

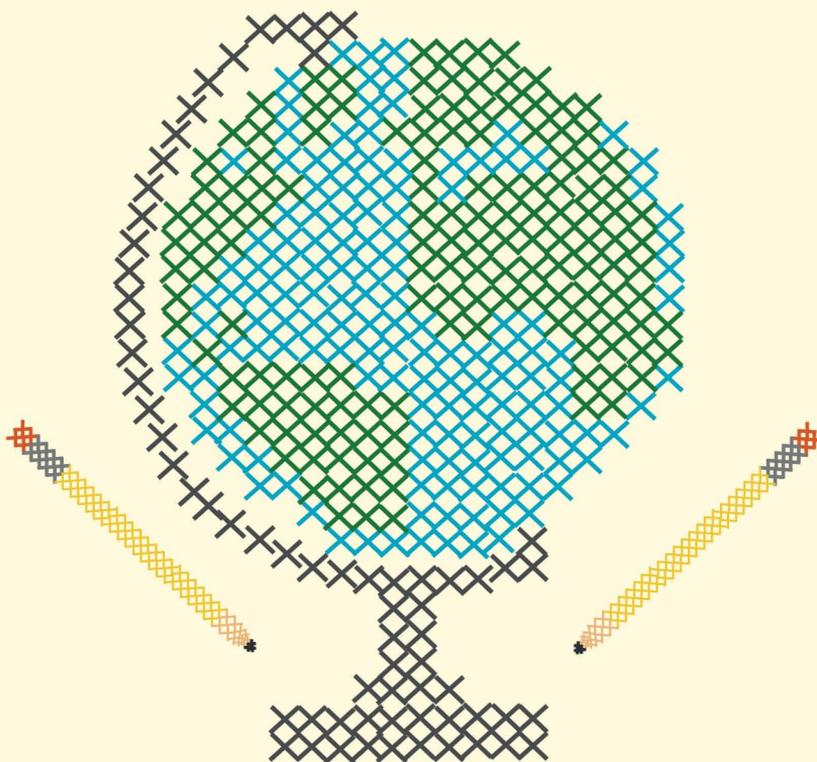
ISSN 2007-6916

alegatos

No. 117

Tercera Época

mayo - agosto 2024 \$50.00



alegatos

Comité Editorial

Dra. Rosa A. Álvarez González
Dra. Alicia B. Azzolini Bincaz
Dra. Sofía M. Cobo Téllez
Mtro. Luis Figueroa Díaz
Dra. Ma. Susana Núñez Palacios
Dra. Iris R. Santillán Ramírez
Dra. Ana L. Silva López
Dr. Arturo Sotelo Gutiérrez
Dr. José Zamora Grant

Coordinadores:

Directora del Programa Editorial
Dra. Ana Laura Silva López

Ayudante del Programa Editorial
Axel A. Curiel Rangel

Secretaria del Programa Editorial
Diana Mejía Salazar

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



Alegatos. Tercera Época, Año 38, Número 117, mayo-agosto de 2024, 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: Dra. Ana Laura Silva López. 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 septiembre de 2024. Tamaño del archivo: 9.15 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 117 (mayo-agosto de 2024)



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. Gustavo Cesar Sivila Peñaralda (Asociación Boliviana de Bioética y Derecho Genético y Biotecnología); Dr. Hugo Barreto Ghione (Universidad de la República de Uruguay); Dr. Jaime Cárdenas Gracia (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Joan Anton Mellon (Universidad de Barcelona); Dr. Jorge Hernández Martínez (Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos de la Universidad de la Habana); Dr. José Antonio Ibáñez Aguirre (Universidad Iberoamericana); Dr. 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 117 (mayo-agosto de 2024)

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: Lic. Patricia Alejandra Ibáñez Álvarez

Diseño de portada: Lic. Patricia Alejandra Ibáñez Álvarez

Corrección de estilo: Alegatos/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

- La conducta empresarial responsable y los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria. Segunda parte* 7
Veronica Colina Hernández
- Algunos escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México. Desde una perspectiva realista y crítica* 37
Daniel Juárez Hernández
- La despersonalización en el derecho penal* 57
José Oswaldo Cruz Domínguez
- Bioderecho y resistencia biopolítica a la biopolítica oficial* 75
Liliana Fort Chávez
- Ciencia y ética. La ética de los científicos* 105
Gonzalo Carrasco González

Investigación

- El proceso de integración de la Unión Europea y la evolución del concepto de autonomía estratégica hacia la autonomía estratégica abierta (2013-2024)* 139
Gabriel Pérez Pérez
- Garantismo y derecho a la educación de las niñas niños y adolescentes en condición de vulnerabilidad* 165
Jessica Vega Aguilar
Alina del Carmen Nettel Barrera
- Las personas trabajadoras del hogar en México* 187
Juan Carlos Rodríguez Vélez
- Divorcio y disolución de la sociedad conyugal: disputa y reparto de bienes entre el derecho moderno y las decisiones morales* 219
Marco Polo Álvarez Domínguez
Martín Ronquillo Arvizu

*La Suprema Corte de Justicia de la Nación
reitera su vocación conservadora* 247
Juan Antonio Castillo López

Reseñas y Documentos

*Nuevas regulaciones laborales en la Ley General para
Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de
Trata de Personas y para la Protección y Asistencia
a las Víctimas de estos Delitos* 277

Carlos Reynoso Castillo

La Reforma Judicial, Decreto de 281
Antonio Salcedo Flores

*Presentación del libro Discontinuum y cambio social:
una visión desde el Neozapatismo y la Antropología Jurídica* 291
Patrick Gun Cunningham

La conducta empresarial responsable y los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria. Segunda parte

Verónica Colina Hernández*

Resumen:

La Conducta Empresarial Responsable (CER) se enfoca en respetar y proteger los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria, particularmente, en evitar prácticas discriminatorias o perjudiciales. Asimismo, la conducta debe promover la diversidad y la igualdad de oportunidades dentro de las empresas, sin importar el origen, género u otras características personales de las personas trabajadoras. La cooperación internacional y el cumplimiento de estándares globales son esenciales, con un énfasis en la obligación de los Estados de hacer cumplir la legislación en derechos humanos, especialmente en empresas que representen un mayor riesgo para grupos en situación de vulnerabilidad. Las empresas deben evaluar constantemente sus prácticas para garantizar que no persistan desigualdades y adoptar medidas proactivas para incluir a todos los grupos en sus estrategias y operaciones.

Abstract:

Responsible Business Conduct (RCB) focuses on respecting and protecting the human rights of priority groups, particularly on avoiding discriminatory or harmful practices. It should also promote diversity and equal opportunities within companies, regardless of the origin, gender or other personal characteristics of employees. International cooperation and compliance with global standards are essential, with an emphasis on the obligation of States to enforce human rights legislation, especially in companies that pose a greater risk to vulnerable groups. Companies must constantly evaluate their practices to ensure that inequalities do not persist and take proactive steps to include all groups in their strategies and operations.

Sumario: Introducción / I. La protección de los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria / II. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctora en Derecho, Profesora-Investigadora visitante del Departamento de Derecho de la UAM-A.

Introducción

En la primera parte, se explicó que la adopción de la Conducta Empresarial Responsable (CER) y la implementación de la Debida Diligencia en derechos humanos, resulta esencial para proteger los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria, en virtud de que, permite a las empresas identificar y abordar posibles impactos negativos en los derechos humanos que podrían surgir como resultado de sus operaciones. Especialmente para proteger a grupos desaventajados que pueden ser más vulnerables a explotación y abusos.

Al cumplir con los estándares descritos en la primera parte, las empresas en contextos globales evitan vulneraciones a derechos humanos, sobre todo, en regiones donde los derechos pueden estar en mayor riesgo.

Si bien, la responsabilidad principal de respetar y proteger los derechos humanos recae directamente en los gobiernos, las actividades empresariales también desempeñan un papel decisivo. Los gobiernos tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de estas normas y aplicar sanciones en caso necesario, asegurando así un entorno empresarial que respete y proteja los derechos humanos de las personas.

En esta segunda parte, se explicarán las formas de incidencia que las operaciones empresariales pueden tener sobre las condiciones especiales de protección que guardan sobre los grupos de atención prioritaria en los que, la comunidad internacional ha enfatizado su defensa, como son: los niños, niñas y adolescentes, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de discapacidad, movilidad y minorías sexuales.

I. La protección de los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria

Las empresas deben considerar en todas sus actividades, el reconocimiento de grupos de población que enfrentan dificultades para el ejercicio de sus derechos humanos y que asiduamente son víctimas de actos de discriminación, exclusión y violencia. Dichos grupos son llamados de atención prioritaria conformados por mujeres; niñas, niños y adolescentes (NNA); personas con discapacidad; personas en movilidad y migrantes; personas indígenas y de la diversidad sexual (LGBTIQ+).

La normativa tanto nacional como internacional hace que se visibilicen sus derechos y a su vez, reitera la garantía de su atención preferente para el pleno ejercicio de ellos y se eliminan de manera progresiva y no regresiva, los obstáculos que impiden su realización, así como, alcancen su plena inclusión efectiva en la sociedad.

Por ello, la empresa debe prestar especial atención a las personas que integran estos grupos desde sus áreas de trabajo hasta las actividades de su cadena de suministro, aplicando toda la normatividad que se ha desarrollado con este propósito.

I.1. Derechos de las niñas, niños y adolescentes

Las empresas interaccionan con niñas, niños y adolescentes (NNA) diariamente, aunque a menudo no lo hacen de modo directo, ni intencionado. Las niñas, niños y adolescentes son familiares de sus personas trabajadoras y parte importante de las comunidades donde operan.

En el ámbito global, todavía no se ha conseguido centrar la atención debidamente en el papel positivo que las empresas pueden desempeñar para mejorar la vida de los niños y las niñas, ni en el considerable impacto negativo que las estrategias y operaciones empresariales pueden tener sobre su supervivencia y desarrollo. A medida que cada vez más empresas adoptan públicamente una postura fuerte en materia de responsabilidad social empresarial, se hace imprescindible situar a niñas, niños y adolescentes en el centro de la agenda del sector público y privado.

En el marco de los Principios Rectores en Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que especifican la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), “Save the Children” y el Pacto Mundial de Naciones Unidas desarrollaron los Derechos del Niño y Principios Empresariales, una herramienta de diálogo con el sector privado para identificar sus principales impactos, tanto positivos como negativos, así como sus principales oportunidades de contribuir al bienestar de la niñez.¹

La Debida Diligencia en derechos de la niñez debería abarcar los impactos negativos que la empresa pueda causar o a los que pueda contribuir a través de

¹ UNICEF, *Los derechos de la infancia y la adolescencia en México*.

sus propias actividades, o que puedan relacionarse directamente con sus operaciones, productos o servicios debido a relaciones comerciales. Para llevar a cabo una Debida Diligencia, todas las empresas deberían:

- Identificar y evaluar cualquier impacto negativo real o potencial sobre los derechos del niño. Para ello, la empresa debe contar con conocimientos especializados en derechos humanos y el proceso debe incluir consultas con niños y otros grupos potencialmente afectados. Se debe tener en cuenta que niños y niñas pueden verse enfrentados a riesgos diferentes.
- Integrar las conclusiones de las evaluaciones de impacto en procesos y funciones internas relevantes y tomar las medidas adecuadas (como se define en los Principios Rectores). Cuando una empresa causa o contribuye a un impacto negativo sobre los derechos del niño, o cuando pueda causarlo, debe dar los pasos necesarios para cesar o evitar dicha actividad o su contribución a la misma, y utilizar su influencia para mitigar cualquier impacto restante. Cuando una empresa se vea vinculada a un impacto negativo a causa de una relación empresarial, debe utilizar su influencia y considerar otros factores relevantes para determinar las medidas adecuada a llevar a cabo.
- Controlar y realizar un seguimiento de la efectividad de las respuestas de la empresa, con el propósito de verificar si los impactos negativos sobre los derechos del niño están en efecto siendo abordados. Para esto, deben utilizarse indicadores cualitativos y cuantitativos y analizarse la retroalimentación recibida tanto de fuentes internas como externas, incluyendo los niños afectados, familiares y otros participantes.

En el ámbito regional, los derechos de las niñas y niños han sido plenamente reconocidos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores,² la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo³ y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.⁴

² OEA, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

³ OEA, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

⁴ OEA, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

El Sistema Interamericano ha mostrado su preocupación para la protección de los derechos de la niñez en razón de su interdependencia con todos los derechos humanos. Por ejemplo: los derechos al agua, a la alimentación, la identidad cultural, salud, educación, etcétera.

En este sentido, la empresa en la esfera de sus actividades y los gobiernos deben tomar acciones para su cuidado y protección; por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha observado que la falta de agua potable y saneamiento es considerada la segunda causa principal de morbilidad y mortalidad en niños y niñas menores de 5 años en la región.

De igual forma, el derecho a la alimentación, si la empresa, dentro de sus actividades afecta el cultivo de alimentos puede vulnerar dicho derecho. En esta dirección, la Comisión ha dictado resoluciones en las que ordena a los Estados tomar medidas inmediatas para que las niñas, los niños y adolescentes puedan tener alimentos en calidad y cantidad suficientes para satisfacer sus necesidades alimentarias con pertinencia cultural, así como, establecer los mecanismos idóneos para la identificación de casos de desnutrición para una intervención inmediata.⁵ Ello, en razón de que una alimentación inadecuada o insuficiente puede comprometer incluso la vida del niño o acarrear graves daños irreversibles en su salud y su condición.⁶ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en relación a la importancia del derecho a la alimentación refiriéndose a la cantidad, variedad y calidad de los alimentos como condición para asegurar que los niños y las niñas tengan las condiciones mínimas para una vida digna.⁷

Otro derecho que los gobiernos y las empresas deben de tomar en cuenta al momento de otorgar las concesiones en tierras y territorios de los pueblos indígenas es de la identidad cultural por falta de acceso al territorio ancestral, este hecho puede surtir un impacto directo sobre los derechos de los niños y niñas de las comunidades desposeídas. La Corte Interamericana ha explicado:

⁵ CIDH, Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del Pueblo Wayúu, asentados en el departamento de la Guajira, respecto de Colombia. Ampliación de beneficiarios a favor de las mujeres gestantes y lactantes de la Comunidad Indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribía respecto de Colombia.

⁶ OEA, “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”.

⁷ Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5 Niños, niñas y adolescentes*.

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido el artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma. Asimismo, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.⁸

Respecto al tema de niñez, salud integral y educación para personas con discapacidad, la Comisión ha tenido en consideración la interrelación de tales temas y la importancia de la educación en la primera infancia para los niños y niñas con discapacidad. Por lo que, la empresa puede supervisar que en sus actividades o en la cadena de suministro no se vulneren estos derechos.⁹ A su vez, la Comisión considera la importancia de garantizar a los niños, niñas y adolescentes programas de formación profesional y evitar todas las formas de explotación si no pueden acceder a los medios mínimos de vida.

Asimismo, la CIDH reconoce que el seguro social desde un enfoque de la salud aumenta el uso de los centros, bienes y servicios de salud, promueve la igualdad de acceso y puede permitirse niveles más altos de protección financiera para quienes se encuentran normalmente excluidos, como pueden ser niños o niñas con discapacidad. De este modo, para que los programas públicos o privados de seguro social relativos a la salud tengan un enfoque basado en dicho derecho, su diseño y alcance no solo deben tener en cuenta la capacidad financiera y la situación laboral de las poblaciones receptoras, sino las necesidades específicas de salud de quienes se benefician.

Cabe destacar que, los gobiernos deben supervisar a las empresas para que sus personas trabajadoras cuenten con vivienda adecuada y en esta dirección, los niños, niñas y adolescentes, puedan tener un mejor desarrollo cognitivo, físico, cultural, emocional y social. Un entorno de vida seguro es trascen-

⁸ OEA, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

⁹ CIDH, Irene respecto de Argentina.

dental para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer de manera efectiva otros derechos humanos, como los derechos a la educación, la salud y a la seguridad personal.

I.2. Derechos de las mujeres

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) define la discriminación contra las mujeres y enfatiza en la cultura y la tradición como fuerzas influyentes que dan forma a los roles de género y a las relaciones familiares.¹⁰

El derecho a la mujer, entendido como la necesidad de alcanzar la igualdad entre géneros no es solo un derecho fundamental, sino la base necesaria para conseguir el desarrollo sostenible de la sociedad. Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho a la no discriminación por cuestión de género.

Las empresas tienen un papel importante que desempeñar sobre este derecho, adoptando a nivel interno políticas y procedimientos para garantizar los mismos derechos y oportunidades laborales a la mujer, particularmente en puestos directivos y de responsabilidad e invirtiendo a nivel externo en programas de empoderamiento económico de las mujeres y niñas.

En el ámbito regional, la CIDH ha desarrollado ampliamente estándares relacionados con la protección de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes, con especial atención a las que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como las mujeres indígenas.

Cuando la empresa tiene actividades en territorios en los que se encuentran comunidades y pueblos indígenas, es necesario que se tenga en cuenta a las mujeres que habitan dichos territorios, en razón de que las mujeres indígenas poseen una herencia ancestral invaluable y, por lo tanto, cualquier acto de violencia contra ellas tiene repercusiones tanto a nivel individual como colectivo. En el caso de las mujeres indígenas, la información debe presentarse en su propio idioma y de manera culturalmente apropiada, respetando sus tradiciones y creencias. Asimismo, la CIDH ha observado la existencia de factores culturales que pueden operar como barreras en el acceso a los servicios de salud materna, por ejemplo, los servicios de salud que son ofrecidos sin tomar

¹⁰ Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979.

en consideración las expectativas, tradiciones y creencias de las mujeres indígenas.¹¹ La discriminación contra los pueblos y las mujeres indígenas se refleja en la falta de derechos laborales y nivel de pobreza, pero también es un obstáculo importante para el goce del derecho a la alimentación.¹²

En la esfera laboral, la empresa debe establecer condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, mismas que comprenden: una remuneración mínima que garantice una subsistencia digna y decorosa, un salario equitativo, un salario de igual valor por igual trabajo, la posibilidad de que una mujer trabajadora siga su vocación, la oportunidad para ser promovida, la estabilidad en el empleo, la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación razonable de las horas de trabajo y el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas y la remuneración de los días feriados nacionales y la prohibición del trabajo infantil.

En relación a la violencia sexual y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes en el ámbito laboral, se debe de tomar en cuenta a la influencia de relaciones de poder basadas en el género, profundamente, arraigadas en la sociedad, para combatir todas las formas de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes.

Tomando en consideración estos elementos en su conjunto, la CIDH ha estimado necesario señalar que, al momento de determinar la situación de riesgo para la salud, vida e integridad personal de las mujeres, ésta no solo debe analizarse en sí misma, sino también sumando la dimensión del impacto diferenciado, permitiendo así una valoración integral.

Además, en materia de salud y de conformidad con la Convención de Belém do Pará,¹³ se debe reconocer que las graves barreras para acceder a un tratamiento médico adecuado y oportuno supone una forma más de violencia contra la mujer, caracterizada por el impacto diferenciado que precisamente se produce con base en su género o por su sola condición de mujer, reflejo de la discriminación a la cual ha sido históricamente sometida. La falta de medidas positivas para garantizar tanto la accesibilidad a los servicios de salud materna, así como para garantizar todas las características del derecho

¹¹ OEA, CIDH, 7 mujeres embarazadas de la etnia Wichí respecto de Argentina.

¹² OEA, CIDH, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*.

¹³ OEA, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”.

a la salud, pueden repercutir en una afectación al principio de igualdad y no discriminación.

Como principio correlativo, la Corte Interamericana también ha afirmado que es necesario considerar el alcance del derecho a la salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y necesidades “en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos (...), tales como (...) su función reproductiva”. De estos principios se deriva que la falta del respeto pleno del derecho a la integridad personal de las mujeres en la esfera reproductiva puede contravenir a su vez su derecho a vivir libre de toda forma de discriminación protegido por el artículo 1.1 de la Convención Americana.¹⁴

Ahora bien, ciertos grupos de mujeres, como en el caso de la mujer migrante y de pocos recursos económicos, padecen discriminación a lo largo de su vida, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos; en este sentido, la empresa también debe de tomar medidas para evitar dicha vulneración, tanto en sus actividades, como en toda su cadena de suministro.

En materia de acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos,¹⁵ la CIDH ha considerado como el derecho a la integridad personal en el ámbito de la salud la provisión de servicios adecuados y oportunos de salud materna, es una de las medidas principales para garantizar el derecho a la integridad personal de las mujeres. El artículo 10 del Protocolo de San Salvador expresa que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, el artículo 3º del Protocolo de San Salvador establece que los Estados se comprometen a garantizar los derechos enunciados en dicho instrumento, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Respecto al acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual¹⁶ y en relación con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW),¹⁷ se destacan como obligaciones inmediatas:

¹⁴ Informe No. 72/14, Caso 12.655, Informe de fondo I.V. Bolivia.

¹⁵ OEA, CIDH, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*.

¹⁶ OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*.

¹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

- a) la incorporación de la perspectiva de género y la eliminación de formas de discriminación de hecho y de derecho que impiden el acceso de las mujeres a servicios de salud materna, lo que es aplicable a casos de violencia sexual;
- b) la priorización de esfuerzos y recursos para garantizar el acceso a servicios de salud a las mujeres que pueden encontrarse en mayor situación de riesgo por haber sido sujeto de varias formas de discriminación como las mujeres indígenas, afrodescendientes y adolescentes, las mujeres en situación de pobreza y las que habitan en zonas rurales;
- c) el acceso oportuno a recursos judiciales efectivos, para asegurar que las mujeres que consideren que el Estado no ha observado sus obligaciones en esta materia tengan acceso a recursos judiciales efectivos.

De igual forma, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia estipula que los Estados deben comprometerse a cumplir toda legislación que prohíba la discriminación.

En el ámbito de la salud, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer reconoce que los Estados deben proteger el ejercicio libre y pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de todas las mujeres, y previene de manera específica la violencia contra las mujeres que se puede presentar en los establecimientos de salud.

Otros instrumentos jurídicos regionales también consagran el derecho a la salud con la incorporación de nuevos desarrollos nacionales e internacionales en la materia, por ejemplo, la Carta Social de las Américas¹⁸ y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.¹⁹

Los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes requieren de garantías para la accesibilidad de información y la educación integral necesaria para adoptar decisiones libres sobre el número y espaciamiento de sus hijos y aspectos vinculados con la planificación familiar.

¹⁸ OEA, Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012.

¹⁹ OEA, 15 de junio de 2015.

En materia de seguridad social, el artículo 9° del Protocolo señala que:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad de que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.²⁰

En materia laboral, los avances de nuevas tecnologías en el mercado de trabajo pueden potencializar las desigualdades de género que se identifican en los locales de trabajo. Por este motivo, el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo²¹ ha recomendado la creación de una agenda transformadora para lograr la igualdad de género que incluya políticas que promuevan que hombres y mujeres compartan los cuidados y las responsabilidades domésticas, asimismo, medidas para garantizar la rendición de cuentas con el fin de impulsar la igualdad de género y potenciar la voz, la representación y el liderazgo de las mujeres.

Se debe agregar en este rubro que la CIDH ha considerado que para que los Estados puedan enfrentar los desafíos respecto de la realización de la libertad sindical en el contexto regional, y en particular en relación a sus efectos sobre las condiciones laborales, la igualdad de género y el uso de nuevas tecnologías en este ámbito, es oportuno que desarrollen y especifiquen los estándares y acciones que deben cumplir bajo las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, el sistema regional subraya que el ejercicio de la libertad sindical es un derecho que dinamiza y coadyuva a garantizar condiciones justas y equitativas de trabajo, por ello, la participación activa de las mujeres en este proceso resulta central para la promoción de la igualdad de género en el mundo del trabajo.

²⁰ OEA, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

²¹ Organización Internacional del Trabajo, 14 de agosto de 2017.

El acceso de las mujeres a mayores oportunidades educativas y de capacitación debe ser parte de las medidas que los gobiernos y las empresas deben impulsar para un acceso igualitario al empleo, promociones laborales a puestos de dirección o mayor jerarquía, y una igual remuneración en el empleo. El respeto y garantía del derecho al trabajo de las mujeres, libre de toda forma de discriminación y en condiciones de igualdad, es un componente clave para la erradicación de la pobreza, el empoderamiento y la autonomía de las mujeres.

En este contexto, gobiernos y empresas deben incorporar la perspectiva de género dentro de sus políticas y marcos normativos relacionados para evitar acciones que generen discriminación y violencia contra las mujeres en el trabajo, así como, implementar medidas activas que las protejan y promuevan tanto en sus derechos laborales, como sindicales.²²

I.3. Derechos de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad enfrentan múltiples obstáculos en su vida cotidiana en comparación con el resto de las personas, lo que dificulta su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales y, además, todas las personas tienen, en algún momento de su vida, algún tipo de discapacidad debido a lesiones físicas, enfermedades o al envejecimiento.

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo poco integrado en el mercado laboral, debido a que sufren discriminación en el acceso al empleo y en los propios centros y puestos de trabajo por la falta de adaptación y accesibilidad del entorno laboral.

Las empresas pueden favorecer la integración de personas con discapacidad en toda su cadena de valor y adaptar sus instalaciones y puestos de trabajo para cumplir con sus necesidades.

La Corte Interamericana señala que: el término “personas con discapacidad” se refiere usualmente a cualquier persona limitada para ejercer total o parcialmente las actividades esenciales en su vida diaria, como resultado de una deficiencia, temporal o permanente, en su capacidad física o mental.²³ En

²² Corte IDH, Observaciones escritas presentadas por la CIDH sobre la solicitud de opinión consultiva a la Corte IDH.

²³ Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

este orden, la Comisión ha aplicado los estándares internacionales relacionados con derechos humanos de las personas con discapacidad teniendo en cuenta también la jurisprudencia del sistema europeo sobre la materia.

Lo anterior, en razón de que, las personas con discapacidad tienen mayor probabilidad de experimentar situaciones socioeconómicas adversas, tales como, menores niveles de educación, peores condiciones de salud y alto porcentaje de desempleo.

En materia del derecho de acceso al agua, la CIDH²⁴ ha instado a los Estados a diseñar e implementar políticas de acceso al agua potable y saneamiento, procurando que se efectúen estrategias para garantizar su disponibilidad y gestión, tanto en los contextos urbanos como rurales, de manera que esta población tenga accesibilidad y asequibilidad al agua y saneamiento. Para tales efectos, se debe tener en cuenta que existen factores de interseccionalidad que pueden exacerbar los obstáculos para el goce y disfrute de estos derechos. De igual forma, en materia de disponibilidad y acceso a alimentos en cantidad y calidad suficientes, los gobiernos deben vigilar y asegurar su garantía.²⁵

En materia del derecho a la salud, los gobiernos deben garantizar que todas las personas con discapacidad no sufran ningún tipo de discriminación en razón de su condición. Para ello, resulta necesario la realización de ajustes físicos en las empresas en función de las específicas necesidades de protección. En particular, considerando los potenciales efectos de la pandemia COVID-19, los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad cuenten con una atención en salud oportuna, apropiada y sin discriminación. Asimismo, en vista de las medidas de contención que responden a la naturaleza de la pandemia, también debe brindarse particular atención a la salud mental de las personas con discapacidad psicosocial.²⁶

En cuanto a la educación para personas con discapacidad,²⁷ la Comisión ha tenido en consideración la importancia de la educación de los niños y niñas con discapacidad. Principalmente, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha considerado que la vía para alcanzar el desarrollo psicofísico de las personas con discapacidad es a partir

²⁴ CIDH, “Acceso al agua en las Américas. Una aproximación al derecho humano al agua en el Sistema Interamericano”.

²⁵ CIDH, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua.

²⁶ OEA, CIDH, *Derechos humanos de las personas con COVID-19*.

²⁷ CIDH, Irene respecto de Argentina.

de la educación inclusiva, entendida como “un proceso de abordar y dar respuesta a la diversidad de necesidades de todos los estudiantes a través de un aumento de la participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades; y como una reducción de la exclusión de la educación”. De esta forma, las empresas también pueden colaborar incluyendo en el diseño de sus políticas, la formación y capacitación de sus personas trabajadoras con discapacidad.

Respecto al medio ambiente, las empresas deben tener en cuenta el vínculo entre la protección ambiental y el derecho a la salud, dado que el medio ambiente es esencial para una población sana. Por ello, cuando existe contaminación y degradación del medio ambiente, aquello constituye una amenaza para la vida y salud de las personas que en él habitan, particularmente, las personas con discapacidad.

En materia laboral, las personas trabajadoras tienen derecho a recibir prestaciones emanadas de la relación laboral, como las que están comprendidas en los sistemas de indemnización por accidentes de trabajo. Las prestaciones tales como el acceso a tratamientos y servicios médicos pagados por el empleador para sufragar el costo de la curación de lesiones sufridas en el trabajo, así como los pagos por discapacidad para proporcionar una fuente de ingresos a la persona trabajadora lesionada a fin de que pueda mantenerse durante el tiempo en que la discapacidad le impida trabajar, son cruciales y necesarias para cumplir las normas de seguridad social establecidas en la Carta de la OEA y en el Artículo XVI de la Declaración Americana. La CIDH considera que los programas de indemnización por accidentes de trabajo en general, se encuadran plenamente en el ámbito de la “seguridad social”.²⁸ En cuanto al derecho a la seguridad social, además de la última parte del artículo 45 b) de la Carta de la OEA antes referida, en el inciso h) del mismo artículo se establece el compromiso de los Estados Miembros para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social. A su vez, el artículo 46 se refiere a la armonización sobre normativa de seguridad social a nivel regional.²⁹ La Declaración Americana recoge este mismo derecho en su artículo XVI y el Protocolo de San Salvador en el artículo 9°; ambos reconocen el derecho de toda persona a ser protegida para llevar una vida digna ante las consecuencias de la desocupación, vejez y discapacidad.

²⁸ OEA, CIDH, Trabajadores indocumentados contra Estados Unidos de América.

²⁹ OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Complementariamente, uno de los temas más reiterados en la Carta se refiere a la erradicación de la pobreza y mejor distribución de la riqueza (arts. 2.g, 3.f, y 34.b) de lo cual se puede desprender la necesidad de una consideración amplia del derecho a la seguridad social para el logro de estos objetivos, ya sea en su faceta contributiva o de asistencia social.³⁰

El Estado mantiene la responsabilidad de regular y fiscalizar el sistema de seguridad social cuando son terceros quienes administran los planes de aseguramiento, así como de garantizar razonablemente que los agentes del sector privado, como es el caso de la empresa, no vulneren este derecho. Asimismo, se debe contar con legislación marco, supervisión independiente, auténtica participación pública e imposición de sanciones, en caso de incumplimiento.

La CIDH ha reconocido que el seguro social desde un enfoque de salud, aumenta el uso de los centros, bienes y servicios, promueve la igualdad de acceso y permite niveles más altos de protección financiera para quienes se encuentran normalmente excluidos, como pueden ser niños o niñas con discapacidad. De este modo, para que los programas públicos o privados de seguro social relativos a la salud tengan un enfoque basado en dicho derecho, su diseño y alcance no solo deben tener en cuenta la capacidad financiera y la situación laboral de las poblaciones receptoras, sino las necesidades específicas de salud de quienes se benefician.

En el marco de una medida cautelar sobre una niña con discapacidad, la Comisión logró que el estado de salud y la falta de apoyos integrales podrían poner en riesgo el derecho a su vida e integridad. En esta línea, el desarrollo de los derechos de niños y niñas con discapacidad reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la comunidad, lo que implica el derecho a crecer en el entorno familiar, así como “la existencia de servicios de apoyo adecuados y que tengan en cuenta la edad para las niñas y niños con discapacidad resulta indispensable para que puedan disfrutar de sus derechos humanos en igualdad de condiciones”.³¹

Respecto a los derechos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva de las personas trabajadoras, los gobiernos deben crear programas que

³⁰ Corte IDH, *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*.

³¹ OEA, CIDH, *Caso Martina Rebeca Vera Rojas Chile*.

fomenten la organización y los espacios de negociación colectiva de la población con discapacidad.³²

Finalmente, el Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad ha indicado que, los Estados tienen la obligación de apoyar a las personas con discapacidad en la búsqueda, obtención y mantenimiento del empleo y en el mismo sentido, “asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados”.³³

I.4. Derechos de los Pueblos Indígenas

Los tratados internacionales reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales, así como, el derecho a la consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada para que participen en la adopción de decisiones que afecten a sus vidas. De igual forma, los instrumentos internacionales enfatizan que los pueblos indígenas, tienen derecho a la cultura, la identidad, el idioma, el empleo, la salud y la educación. Reconocen el derecho a seguir siendo distintos y a perseguir su propia idea de desarrollo económico y social.

Los pueblos indígenas son descendientes de la población u ocupantes originales de tierras antes de que fueran conquistadas por otros. Son poblaciones que se caracterizan por sus fuertes vínculos con los territorios y recursos naturales que los rodean y por poseer sistemas sociales, económicos o políticos singulares. Son considerados uno de los grupos más desfavorecidos del mundo, ya que tradicionalmente han sido alejados de los procesos de toma de decisiones políticas y económicas de los Estados en los que se integran, siendo además objeto continuo de represión.

Los pueblos indígenas suelen verse afectados por las actividades empresariales, especialmente, el derecho a sus tierras, territorios y recursos naturales. Por ello, las empresas deben considerar siempre los estándares internacionales al operar en zonas indígenas, dialogar con la población para obtener su con-

³² Corte IDH, Observaciones escritas presentadas por la CIDH sobre la solicitud de opinión consultiva a la Corte IDH.

³³ Corte IDH, *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*.

sentimiento respecto a la actividad que va a realizarse y evitar impactos sobre los ecosistemas, para que no se produzcan desplazamientos de población.

Los gobiernos deben asegurarse que las empresas cumplan con la normativa interna e internacional de los derechos de los pueblos indígenas y así eliminar la discriminación estructural y exclusión histórica que reproduce el ciclo de la pobreza e impide el goce y ejercicio de sus derechos humanos.

La CIDH ha observado serios impactos negativos por falta de la Debida Diligencia para prevenir la violación de los derechos humanos de las poblaciones en donde tiene lugar la actividad empresarial.³⁴ De manera similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado el impacto de actividades empresariales de distinta índole, especialmente a través del derecho a la vida privada y familiar, contenido en el artículo 8° del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales, por ejemplo, en el caso *López Ostra vs. España*, referido a la contaminación producida por una planta de tratamiento de residuos, el Tribunal afirmó que “la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles disfrutar de sus hogares de manera que se vea afectada su vida privada y familiar de manera adversa, sin poner en grave peligro su salud”.

A partir de las obligaciones generales y el contenido de los derechos humanos más relevantes en materia de proyectos de extracción y desarrollo, la Comisión Interamericana consideró que las obligaciones estatales en estos contextos, giran en torno a seis ejes centrales:

- 1) el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo,
- 2) el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos,
- 3) la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales,
- 4) el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información,
- 5) el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia, y
- 6) el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos.³⁵

³⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras y Caso Godínez Cruz vs. Honduras*.

³⁵ Corte IDH, *Caso: Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 100.

Respecto al consentimiento de los pueblos indígenas para las actividades empresariales, su regulación se encuentra en distintos instrumentos internacionales, tales como: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT. Este último establece en su artículo 6.2 que: “las consultas llevadas a cabo (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. De acuerdo con la OIT, la consulta no se limita, ni se agota en un mero trámite formal o informativo, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”. El proceso de consulta debe “responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. No obstante, este requisito fundamental del derecho a la consulta se ve comúnmente afectado. La CIDH ha denunciado con alarmante frecuencia casos en que meros talleres informativos o reuniones entre los pueblos indígenas y las empresas son tomados como suficientes para cumplir con el derecho a la consulta. Y en algunos de estos casos, sería la propia empresa concesionaria la que decidiría qué entidad realizaría los estudios de impacto, o sería la encargada de financiarla o contratarla directamente.

Esta situación cuestiona la imparcialidad e independencia de la consulta y de los estudios de impacto. Los gobiernos son los responsables de hacer las consultas con todos los requisitos que establece la normativa nacional e internacional (informada, culturalmente adecuada y de buena fe), así como los estudios de impacto. En este sentido, la CIDH ha informado que los estudios de impacto no son traducidos al idioma de los pueblos indígenas, además son muy técnicos, lo cual, impide que los pueblos indígenas estén plenamente informados.

En relación a esta garantía, la CIDH ha enfatizado que los proyectos deben ajustarse a los estándares internacionales en la materia, dado que su incumplimiento puede comprometer la viabilidad de los proyectos, así como la integridad física y cultural de los pueblos indígenas.

Asimismo, la Comisión observó que muchos Estados confunden esta garantía con los actos de buena voluntad que hacen las empresas en el marco de sus políticas. Entre las diferencias existentes, la conducta empresarial responsable se debe a las empresas y en este sentido, los beneficios que ésta decida otorgar a los pueblos indígenas. Por el contrario, los bienes que deben de ase-

gurar los Estados en cada proyecto son de obligatorio cumplimiento, conviniendo a los propios pueblos indígenas a participar al momento de determinar tales beneficios.

Por otro lado, la situación de las personas trabajadoras indígenas de empresas que realizan proyectos sufren explotación o desarrollo en condiciones laborales inadecuadas o lesivas de sus derechos.³⁶

En ese contexto, la CIDH ha identificado una débil o ausente fiscalización por parte de los Estados para prevenir o sancionar el accionar de las empresas.³⁷

Respecto a las mujeres indígenas y la presión sobre las tierras y recursos naturales en manos de empresas, la CIDH ha observado que las mujeres buscan cómo proveer recursos para sus familias o puedan verse obligadas a migrar a centros urbanos en busca de empleos remunerados. En las ciudades, suelen enfrentar numerosas dificultades y tienen pocas posibilidades de subsistencia por la discriminación existente. Además, la Comisión ha recibido información que indica que, en el caso de la actividad minera a gran escala deja profundos impactos en la vida y en ocasiones, en el propio cuerpo de las mujeres. Dicha información indica que las mujeres sufren impactos indiscriminados que se traducen en diferentes tipos de violencia, entre las que destaca la violencia simbólica. Cuando los hombres trabajan en las empresas que se asientan en sus territorios, las mujeres se ven obligadas a cambiar sus costumbres ante la ausencia del trabajo que realizaban a favor de las familias y comunidades.³⁸

De igual forma, las mujeres indígenas informaron que entre los impactos se encuentran la sobrecarga del trabajo por la ausencia del esposo; las responsabilidades que deben asumir a causa de familias afectadas por la defensa de las tierras y territorios, como el caso de niños y niñas huérfanos por la muerte de dirigentes; la trata de mujeres y niñas indígenas en los asentamientos mineros y petroleros; el incremento del alcoholismo en las comunidades por personas ajenas a la comunidad; la violación de niñas y mujeres de las comunidades afectadas por actividades mineras o petroleras ocasionados por traba-

³⁶ CIDH, “Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua”.

³⁷ CIDH, “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina”.

³⁸ CIDH, “Situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas”.

jadores de estas empresas; niños y niñas sin padre producto de violaciones; el debilitamiento de la vida comunitaria y familiar; entre otros.³⁹

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que: “la degradación y la contaminación ambiental derivada de las actividades empresariales pueden poner en peligro los derechos del niño a la salud, la seguridad alimentaria y el acceso al agua potable y al saneamiento”. En este tenor, la CIDH ha dado cuenta que otras formas de impacto en los derechos de los niños incluyen el trabajo infantil ilegal, la presencia de niños en los alrededores o en el interior de instalaciones empresariales, la contratación de niñas, niños y adolescentes como empleados domésticos en los alojamientos para las personas trabajadoras, así como, su exposición a productos industriales, entre otros.⁴⁰

I.5. Derechos de las personas en movilidad y migrantes

Las personas en movilidad enfrentan graves problemas en materia de derechos humanos, principalmente relacionados con el derecho a la libertad de circulación, a la no discriminación, a un trabajo digno, a la salud, a la alimentación, o a la educación y además son más proclives a ser víctimas de trabajo forzoso y a sufrir explotación laboral y exclusión social.

Las empresas pueden asegurar condiciones dignas a todas sus personas trabajadoras y prestar particular atención, a las personas en movilidad y migrantes. También llevar a cabo procesos de evaluación en la cadena de valor para cerciorarse que sus proveedores no empleen en condiciones de riesgo o no decentes a personas trabajadoras en movilidad.

En la región, se considera personas en movilidad a las que se encuentren fuera del territorio social, afectivo o político al que pertenezca. La Resolución 4/19: Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (7 de diciembre de 2019)⁴¹ tiene como propósito orientar a los Estados Miembros de la OEA en sus deberes de respetar, proteger, promover y garan-

³⁹ Información recibida por la CIDH en encuentro regional sobre “Violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes en el contexto de proyectos extractivos y turísticos”. Ciudad de Panamá, 30 de julio de 2015.

⁴⁰ Unicef, *Derechos del niño y principios empresariales*, p. 3.

⁴¹ CIDH, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas.

tizar los derechos humanos de todas las personas independientemente de su nacionalidad o situación migratoria.

En este sentido, los Principios definen que una persona migrante es alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su intención y su temporalidad. También comprenden a las personas apátridas migrantes y a las víctimas de la trata de personas según los definen las legislaciones nacionales y los convenios internacionales pertinentes.

Se mencionan algunos principios que dicho documento contempla para los efectos que pueden incidir en las actividades empresariales.

El Principio 39 establece el Derecho a la Cultura: Todo migrante tiene derecho a disfrutar de su propia cultura y comunicarse en su propio idioma, ya sea individualmente o en comunidad, tanto en la esfera pública como en la privada.

Todo migrante tiene derecho a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, disfrutar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales en cualquier obra científica, literaria o artística de la que sea autor.

El derecho a disfrutar de la vida cultural comprende la libertad de los progenitores migrantes de garantizar la educación religiosa, cultural, lingüística y moral de sus hijos conforme a sus propias convicciones, así como la libertad de escoger una escuela distinta de las establecidas por las autoridades públicas.

Los Estados deben garantizar la integración de los migrantes en la sociedad mediante la aplicación de medidas positivas. Dicha situación no debe estar condicionada a la pérdida de la identidad nacional ni cultural de sus países de origen. Los Estados deben fomentar y apoyar los esfuerzos que hagan los migrantes para conservar su identidad cultural y étnica mediante actividades educativas y culturales, incluida la preservación de sus idiomas y conocimientos relacionados con sus culturas.

Con relación al derecho a la educación,⁴² el Protocolo de San Salvador en su artículo 13 establece que la educación será un derecho de todas las per-

⁴² OEA, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*.

sonas y que entre las diversas medidas que deben adoptar los Estados para lograr el pleno ejercicio de dicho derecho se encuentra el que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”. De igual forma, en el artículo 30 de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares⁴³ establece que los hijos de trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate.

Muchas personas trabajadoras migrantes y sus familias sólo hablan idiomas indígenas, por ello enfrentan diferentes obstáculos en el acceso, goce y ejercicio de sus derechos al no hablar o entender el idioma español. Por otro lado, está la situación de que los ciclos agrícolas no coinciden con los ciclos escolares, lo cual representa otro inconveniente para que las niñas y niños que migran junto a sus padres, y que también trabajan en el sector agrícola, puedan gozar y ejercer su derecho a la educación. Si bien, no es una responsabilidad propia de la empresa, se considera necesario que esta tenga conocimiento que las autoridades deben respetar los derechos de las personas que se encuentran en movilidad. Los Estados deben, en la medida de lo posible, normalizar y flexibilizar los requisitos para el acceso de los migrantes a la educación, a fin de garantizarles el acceso y la finalización de los estudios en todos los niveles educativos.

En relación con el derecho a la salud, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador menciona que todas las personas tienen derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental, en este sentido, los Estados deben proteger el derecho de los no ciudadanos, migrantes en situación irregular, solicitantes de asilo y refugiados para tener un grado adecuado de salud física y mental, lo cual incluye, abstenerse de negar o limitar su acceso a servicios de salud preventiva, curativa y paliativa.

En lo concerniente a la libertad de reunión y asociación: Todo migrante tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación. Este derecho comprende la libertad de formar asociaciones y sindicatos en el Estado de residencia para la promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y otros intereses de los migrantes.

⁴³ Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1990.

En cuanto al derecho al trabajo: Todo migrante tiene derecho a trabajar, lo cual conlleva la posibilidad de obtener medios para llevar una vida digna realizando una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Todo migrante tendrá acceso a condiciones de trabajo justas y favorables y a todos los derechos laborales y de seguridad social; incluida una remuneración equitativa y justa, edad mínima para trabajar, número máximo de horas de trabajo, estándares de salud y seguridad, protección contra el despido injustificado, y contra discriminación y represalia, libertad de cambiar de empleadores y negociación colectiva. La situación migratoria de una persona no constituirá justificación para privarle del goce y ejercicio de sus derechos laborales. La discriminación o acoso en el lugar de trabajo no deben ser tolerados bajo ninguna circunstancia. Este derecho es primordial que la empresa lo tenga en cuenta en sus actividades y en las de sus proveedores.

Cabe hacer mención que, la CIDH ha reconocido que ciertos grupos de mujeres, como en el caso de la mujer migrante y de pocos recursos económicos, padecen discriminación a lo largo de su vida, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. Al respecto, la Comisión ha considerado que las mujeres migrantes de escasos recursos económicos se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad al verse con frecuencia forzadas a acudir a servicios públicos de salud que no son idóneos para satisfacer sus necesidades, dado el carácter limitado de las opciones disponibles para ellas de cuidado.⁴⁴ Por ello, los gobiernos deben supervisar que las operaciones empresariales o su cadena de suministro no vulneren sus derechos.

I.6. Derechos de las personas LGBTIQ+

Las actitudes homofóbicas y transfóbicas profundamente arraigadas, a menudo combinadas con una falta de protección jurídica adecuada contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, exponen a muchas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y Queer (LGBTIQ+) a actos de violencia.

En los últimos años, ha aumentado la concienciación en todo el mundo sobre la gravedad de la violencia y la discriminación de que son objeto de

⁴⁴ CIDH, Informe No. 72/14 Caso 12.655, Informe de fondo, I.V. Bolivia.

las personas LGBTIQ+. Por ejemplo, a las personas transgénero se les suele denegar la expedición de documentos de identidad que reflejen el sexo que prefieren, sin los cuales no pueden trabajar, viajar, abrir una cuenta bancaria, ni tener acceso a diversos servicios.

Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en sus actividades, y a lo largo de toda la cadena de suministro, lo que implica tratar y dar las mismas oportunidades a las personas LGBTIQ+ en el lugar de trabajo y erradicar prácticas empresariales discriminatorias. De igual manera, las empresas pueden utilizar su posición para expandir y visibilizar la importancia del respeto a los derechos de las personas LGBTIQ+.

La Comisión Interamericana ha instado a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para aplicar la Debida Diligencia en prevenir, investigar y sancionar la violencia contra personas LGBTIQ+, independientemente de que la violencia ocurra en el contexto de la familia, de la comunidad, o la esfera pública, la cual incluye los establecimientos educativos y de salud.⁴⁵

La Comisión y la Corte Interamericana han afirmado que los Estados tienen la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos para garantizar el disfrute de los derechos establecidos en la Declaración Americana y la Convención Americana.

II. Conclusiones

Las empresas deben ser consideradas como sujetos obligados para respetar los derechos humanos. Una empresa que respeta derechos humanos debe vigilar, en la mayor medida posible, que tanto su actividad como la de sus aliados comerciales, no vulnere los derechos humanos.

Las obligaciones de las empresas, conforme a los estándares internacionales en el ámbito de los derechos humanos deben alcanzar una conducta empresarial responsable, evaluar los riesgos en sus operaciones y aplicar la Debida Diligencia en el ámbito de los derechos humanos, particularmente, en lo que respecta a los grupos de atención prioritaria.

Las empresas pueden mejorar la vida de las niñas, niños y adolescentes, primero, identificando riesgos y el impacto negativo, tanto de sus operacio-

⁴⁵ OEA, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*.

nes, como en su cadena de suministro, asegurarse de que los proveedores y socios comerciales respeten los derechos de la niñez resulta esencial para evitar la complicidad involuntaria en prácticas nocivas.

Las empresas desempeñan un papel clave en la promoción del bienestar infantil y la prevención de cualquier forma de explotación o abuso, en este sentido, las empresas deben respetar y proteger sus derechos, evitando cualquier actividad que pueda afectar negativamente su desarrollo, salud y seguridad.

Los gobiernos deben aplicar la normativa nacional y los estándares internacionales para proteger a la niñez e imponer sanciones rigurosas en materia de violaciones a los derechos humanos de los NNA.

La protección de los derechos humanos de las mujeres, la prevención de la violencia sexual y laboral, el cuidado de la salud materna y la garantía de seguridad social son imperativos fundamentales que deben ser abordados de manera prioritaria tanto por los gobiernos como por las empresas.

Garantizar la salud materna es básico para el bienestar de las mujeres y la salud de las futuras generaciones. Los gobiernos deben proporcionar servicios de salud accesibles y de calidad, mientras que las empresas pueden contribuir ofreciendo condiciones laborales que apoyen la salud de las mujeres durante el embarazo y la maternidad. En este tenor, garantizar la seguridad social de las mujeres implica que tengan acceso a atención médica, protección en el lugar de trabajo y recursos económicos adecuados. Las empresas pueden contribuir proporcionando beneficios y condiciones laborales que respalden la seguridad y el bienestar de las mujeres empleadas.

Además, las empresas deben incluir en sus políticas, igualdad de oportunidades para las mujeres respecto a puestos directivos, salarios y con ello, eliminar cualquier forma de discriminación de género en el lugar de trabajo.

Las empresas pueden favorecer la integración de personas con discapacidad en toda su cadena de valor y adaptar sus instalaciones y puestos de trabajo para cumplir con sus necesidades.

Respetar el derecho a la consulta para operar en zonas indígenas, dialogar con la población para obtener su consentimiento respecto a la actividad que va a realizarse y evitar impactos sobre los ecosistemas, para que no se produzcan desplazamientos de población.

Los derechos humanos de las personas en movilidad y migrantes en relación con las actividades empresariales y cadenas de suministro, conforme a

estándares internacionales, deben ser respetados. Esto incluye el reconocimiento de su dignidad, independientemente de su estatus migratorio.

Las empresas deben adoptar políticas y prácticas que eviten violaciones de derechos y promuevan un impacto positivo en las comunidades afectadas; de igual forma, lo que concierne a la protección de los derechos laborales. En este sentido, las personas trabajadoras migrantes, que a menudo son empleadas en industrias vinculadas a cadenas de suministro, deben recibir una protección efectiva de sus derechos laborales, condiciones de trabajo seguras, salarios justos y la ausencia de discriminación.

Dada la naturaleza transnacional de las cadenas de suministro y la movilidad de las personas, la cooperación internacional y regional resulta fundamental. Los Estados y las empresas deben trabajar juntos para abordar de manera efectiva los desafíos relacionados con los derechos humanos en este contexto.

El cumplimiento de estándares internacionales, en particular aquellos establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales para garantizar la coherencia con las obligaciones internacionales.

La obligación de las empresas para respetar los derechos de las personas LGBTIQ+ se erige como un imperativo ético y social en el contexto empresarial contemporáneo.

Las empresas, como actores influyentes en la sociedad, deben asumir la responsabilidad de crear entornos laborales donde todas las personas, independientemente de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, se sientan seguras, respetadas y valoradas. Esto no solo se traduce en el cumplimiento de normativas antidiscriminatorias, sino en la adopción de políticas proactivas que fomenten la diversidad y garanticen la igualdad de oportunidades para todo su personal.

El Estado debe hacer cumplir a las empresas la legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos, particularmente, si sus actividades representan mayor riesgo para los grupos de atención prioritaria.

Fuentes de consulta

Electrónicas

- CIDH. “Acceso al agua en las Américas, una aproximación al derecho humano al agua en el Sistema Interamericano”. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV. A, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/15, 31 de diciembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeannual2015-cap4a-agua-es.pdf> (consultada el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86, 21 de junio de 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nicaragua2018-es.pdf> (consultada el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Informe No. 72/14 Caso 12.655. Informe de fondo, I.V. Bolivia, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 4, 15 de agosto de 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/iv_bv/informe.pdf (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el departamento de la Guajira, respecto de Colombia. Resolución 60/2015, MC No. 51/15, 11 de diciembre de 2015. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. “Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua”. Audiencias públicas, 150 periodo ordinario de sesiones, 25 de marzo de 2014. <https://www.oas.org/es/CIDH/Sesiones/Default.asp?S=150> (consultado 01 de noviembre de 2023).
- _____. “Situación de los derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas”. Audiencias públicas, 144 Periodo de sesiones, 28 de marzo de 2012. <https://www.oas.org/es/cidh/Sesiones/?S=144> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- CIDH. “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina”. Audiencias públicas, 144 Periodo de sesiones, 23 de marzo de 2012. <https://www.oas.org/es/cidh/Sesiones/?S=144> (consultado el 01 de noviembre de 2023).

- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5: Niños, niñas y adolescentes*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5_2021.pdf (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Observaciones escritas presentadas por la CIDH sobre la solicitud de opinión consultiva a la Corte IDH. 2020. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=2093 (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- OEA, CIDH. 7 mujeres embarazadas de la etnia Wichí respecto de Argentina. MC 216-21 7, 11 de julio de 2021. https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/mc/2021/res_50-21_mc_216-21_ar_es.pdf
- OEA, CIDH. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. OEA Ser.L/V/II. Doc.63, Documentos oficiales, 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/mesoamerica%202011%20esp%20final.pdf>
- _____. Asamblea General. Carta Social de las Américas. OEA/Ser.P, AG/doc.52/12 rev.2, 20 de septiembre 2012.
- _____. Carta de la Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/basic_docs/carta_oea.pdf (consultada el 01 de noviembre de 2023).
- _____. “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 17 de octubre de 2013. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009. <https://cidh.org/countryrep/tierrasindigenas2009/indice.htm> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008. <https://www.cidh.org/countryrep/Indicadores-DESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>
- OEA, CIDH. *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 07 de junio de 2010. OEA Documentos oficiales. <http://cidh.org/women/saludmaterna10sp/SaludMaternaINDICE.html> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. *Derechos humanos de las personas con COVID-19*. Resolución No. 4/2020, 27 de julio de 2020.

- _____, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17, CIDH, OEA, 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mujeresindigenas.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Documentos oficiales*, CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. *Trabajadores indocumentados contra Estados Unidos de América*. Informe No. 50/16, Caso 12.834, EA/LV/II.159. Doc. 59, 30 de noviembre de 2016. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/usp12834es.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- _____. *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L./II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (consultada el 01 de noviembre de 2023).
- OIT. *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. 14 de agosto de 2017. https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_569909/lang--es/index.htm (consultado el 01 de noviembre de 2023).
- UNICEF. *Derechos del niño y principios empresariales*. (s.f.), UNICEF. <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2015/03/Derechos-del-niño-y-principios-empresariales.pdf> (consultada el 01 de noviembre de 2023).
- _____. *Los derechos de la infancia y la adolescencia en México*. 2018, UNICEF. <https://www.unicef.org/mexico/media/1791/file/SITAN-UNICEF.pdf> (consultado el 01 de noviembre de 2023).

Legislación

- Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- _____. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Resolución 45/158 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1990. <https://www.ohchr.org/>

es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers

OEA. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. 1984. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html> (consultado el 01 de noviembre de 2023).

_____. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. 1989. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

_____. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. 1989. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html> (consultada el 01 de noviembre de 2023).

_____. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 15 de junio de 2015. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf (consultada el 01 de noviembre de 2023).

_____. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”. 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Jurisdiccionales

CIDH. Irene respecto de Argentina. Resolución No. 38/16, MC 376-15, 7 de julio de 2016. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DPD/MC.asp> (consultado el 01 de noviembre de 2023).

_____. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras. (Fondo Reparaciones y Costas)*. Sentencia 31 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf (consultado el 01 de noviembre de 2023).

_____. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (Fondo Reparaciones y Costas)*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf (consultado el 01 de noviembre de 2023).

_____. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. (Fondo)*. Sentencia 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. (Fondo)*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf (consultado el 01 de noviembre de 2023).

_____. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 04 de Julio de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf (consultado el 01 de noviembre de 2023).

OEA, CIDH. Martina Rebeca Vera Rojas Chile. Caso No. 13.039, OEA/Ser.L/V/II.160 Doc. 124, 5 de octubre de 2018.

Algunos escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México. Desde una perspectiva realista y crítica

Daniel Juárez Hernández*

Resumen:

La expansión del derecho penal se ha presentado en diferentes épocas históricas. Los presentes escritos evidencian su presencia en México en tiempos actuales, situación que se vive de manera similar en diversos países, sobre todo en países de nuestra región. Es un fenómeno jurídico que no se puede dejar de analizar desde una perspectiva realista y crítica, en aras de, no sólo evidenciarlo y describirlo, sino de ir en busca de paradigmas o perspectivas que nos aproximen a soluciones reales en torno a la expansión del derecho penal y a la cuestión criminal en general.

Abstract:

The expansion of criminal law has occurred in different historical periods. The present writings show its presence in Mexico in current times, a situation that is experienced in a similar way in various countries, especially in countries of our region. It is a legal phenomenon that cannot be stopped from being analyzed from a realistic and critical perspective, in order not only to evidence and describe it, but to go in search of paradigms or perspectives that bring us closer to real solutions regarding the expansion of criminal law and the criminal issue in general.

Sumario: Introducción / I. La expansión del derecho penal / II. Algunos escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México / III. Crítica a la expansión del derecho penal / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho por la UAM-A.

Introducción

La expansión del derecho penal es un fenómeno jurídico presente en México y en diversos países, que consiste, principalmente, en el aumento de la *criminalización primaria*, producción constante de leyes penales, creación persistente de nuevos tipos penales y/o agravamiento de los tipos penales o penas ya existentes. Hoy, se presenta con características propias del contexto mundial y regional actual, en términos del poder político, económico, social, cultural y jurídico, imperante.

En el primer apartado, se hizo un análisis, fundamentalmente teórico, del agrandamiento del derecho penal: los diferentes conceptos o expresiones con que se puede denominar, qué es, sus características, lo que implica y cuáles son las formas en las que puede expresarse.

Sin duda, en México y en cualquier parte del mundo, existen muchos escenarios que dan cuenta de la expansión del derecho penal. En el segundo apartado, se muestran algunos de esos escenarios: la pena de setenta años de prisión, la pena de prisión vitalicia, delitos de comisión por omisión, la prisión preventiva oficiosa y el arraigo.

En el tercer apartado, toma lugar una crítica a la expansión del derecho penal, que contempla el contexto mundial y regional en que se inscribe, la ideología y el discurso que buscan su legitimación, las funciones que declara cumplir frente a las funciones que realmente cumple y cómo aproximarnos a soluciones reales.

Estos escritos se realizaron desde una perspectiva *realista y crítica*, desde nuestra realidad en la región, sin dejar de integrar las aportaciones de investigaciones teóricas y empíricas, propias de la *criminología crítica*, la *criminología sociológica*, la *sociología jurídico-penal*, el *garantismo* y del *derecho penal mínimo*, principalmente.

Más allá de evidenciar y describir la realidad con relación a un fenómeno jurídico de tal magnitud, que resalta por su actualidad y trascendencia, resulta fundamental ir en busca de paradigmas o perspectivas que nos aproximen a soluciones reales en torno a la expansión del derecho penal y a la cuestión criminal en general.

I. La expansión del derecho penal

Existen varios conceptos o expresiones para referirse al fenómeno jurídico que aquí se analiza: el crecimiento del derecho penal, en específico la producción constante de leyes penales, la creación persistente de nuevos tipos penales y/o el agravamiento de los tipos penales o penas ya existentes, esencialmente.

Algunas de las expresiones más relevantes son: *extensión del derecho penal*; *expansión del derecho penal*; *maximización del derecho penal*; *derecho penal máximo*; *expansión penal*; *inflación legislativa* en el ámbito penal; *inflación penal*; *aluvión legislativo penal*; *hipertrofia del derecho penal sustantivo*; *hipertrofia regulativa* de carácter penal; *conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas*; *expansión del derecho penal abstracto*; *expansión de la criminalización primaria*; entre otras más. Estas expresiones son similares, aunque no siempre quieren decir exactamente lo mismo.

Con base en los postulados de Alessandro Baratta,¹ se trata del *ensanchamiento*, la *expansión* o la *extensión del derecho penal*. En el marco de una política criminal alternativa, se busca, precisamente,

(...) evitar la caída en una política reformista y al mismo tiempo “panpenalista”, consistente en una simple extensión del derecho penal o en ajustes secundarios de su alcance; política que también podría confirmar la ideología de la defensa social y ulteriormente legitimar el sistema represivo tradicional tomado en su globalidad.²

Jesús María Silva Sánchez, en *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, nos permite ver que este crecimiento del derecho penal puede entenderse como la creación constante de leyes penales o el hecho de agravar las que ya existen.³ Raúl

¹ Postulados derivados, fundamentalmente, del estudio de la desviación, la criminalidad, el sistema penal y la relación que tienen con la estructura general de la sociedad (criminología crítica y sociología jurídico-penal), así como también del estudio de una política criminal alternativa. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*; también Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*.

² Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, p. 215, todas las cursivas son del autor.

³ Es un término o expresión que Jesús M. Silva Sánchez adopta, incluso para titular una de sus obras más relevantes, donde aborda algunas causas de la expansión del derecho penal; el contexto y las

Zaffaroni reflexiona sobre la *expansión del derecho penal* y la *extensión* de la punición: “Se denomina *expansión del derecho penal* a la proliferación de tipos penales —o *criminalización primaria*— (...). Cabe aclarar que la *expansión horizontal* de la tipificación, suele ir acompañada de una *extensión vertical* de la punición, mediante agravamientos de penas y proliferación de tipos calificados. La conjunción de *la expansión y la extensión* da lugar al fenómeno llamado *punitivismo*”.⁴

Lola Aniyar de Castro, cuando estudia lo referente a un *mini-Código Penal de los derechos humanos*, reflexiona acerca de las características y lo que implica, pero también sus opuestos, con lo cual se puede saber qué es y en qué consiste la expansión del derecho penal: *criminalización y sobrecriminalización*; el Código Penal visto como un simple indicador axiológico; tratar de proteger todos los principios políticos, religiosos o morales por la vía penal, a través del Código Penal; aparición de nuevos tipos penales y la no eliminación de los existentes; reformas al Código Penal para agregar delitos; proliferación de leyes especiales con elementos punitivos.⁵

Elena Azaola y Miguel Ángel Ruiz Torres, en *Política criminal y sistema penal en México*, evidencian la expansión del derecho penal en nuestro país, y examinan este fenómeno como una ampliación del poder punitivo:

Existe una tendencia actual en el Estado social de Derecho —principalmente en Europa, aunque también en países como México— que consiste en la proliferación normativa, en el sentido de una hipertrofia del derecho penal, que implica un “acrecentamiento desmesurado del número de conductas calificadas como delictivas por la ley”, y se funda en la ‘consideración simbólica del derecho penal como remedio exclusivo para todos los males sociales’.⁶

problemáticas que establecen la globalización y la delincuencia; cuestiones de política criminal y derecho penal; las llamadas velocidades del derecho penal; entre otras cuestiones más. Jesús M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*.

⁴ E. Raúl Zaffaroni, “Expansión del derecho penal y derechos humanos”, p. 1.

⁵ Lola Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal*, pp. 89-91.

⁶ Elena Azaola y Miguel A. Ruiz Torres, “Política criminal y sistema penal en México”, p. 11; para este “acrecentamiento desmesurado del número de conductas calificadas como delictivas por la ley” y para esta “consideración simbólica del derecho penal como remedio exclusivo para todos los males sociales”, *vid.*, Daniel R. Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, p. 75.

Luigi Ferrajoli evidencia este agrandamiento del derecho penal, en el marco de sus postulados sobre el *paradigma garantista* y el *derecho penal mínimo*, y observa que, la *expansión y maximización* del derecho penal pueden presentarse como una *inflación legislativa*, una *inflación penal*, un *aluvión legislativo penal*; el contrapuesto del *derecho penal mínimo* es el *derecho penal máximo*. A juicio del autor, éste último es un derecho penal represivo en grado máximo, que carece tanto de límites como de garantías.⁷

La expansión del derecho penal se puede comprender con los siguientes planteamientos: se declara como solución a los problemas relacionados con el fenómeno delictivo; para su legitimación, se manifiesta la existencia de *riesgos sociales*, de *emergencias*; forma parte del aumento del ejercicio del poder punitivo; es el opuesto del *derecho penal mínimo*; crecimiento de la *criminalización primaria*; *sobrecriminalización*; aumento de bienes jurídicos protegidos por la vía penal; producción constante de leyes penales; introducir constantemente nuevos tipos penales; agravar tipos penales o penas existentes; se establecen penas de prisión de larga duración o la pena de prisión vitalicia.

II. Algunos escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México

Existen diversos escenarios que muestran la expansión del derecho penal, verificables en México y en otros países, que son expuestos en eventos académicos,⁸ evidenciados en diferentes obras especializadas y que resaltan por su vigencia y por su trascendencia, pero, sobre todo, porque se viven y se resienten en tiempos actuales.

La pena de setenta años de prisión y la pena de prisión vitalicia son de los ejemplos más reveladores y esclarecedores de la expansión del derecho

⁷ En efecto, estas expresiones pueden identificarse cuando Luigi Ferrajoli plantea el *paradigma garantista*, al estudiar un derecho penal mínimo, cuando reflexiona acerca de una *seria despenalización*, una *política de desprisonalización*, al analizar el derecho penal como *extrema ratio* y la refundación de la legalidad penal. Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*.

⁸ En el Coloquio Internacional de Derecho Penal. En homenaje al Dr. Esteban Righi, que tomó lugar los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2023, en la UAM-A., se desarrollaron diversos temas y se plantearon algunas problemáticas con relación al derecho penal, lo cual permitió identificar varios escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México y en varios países.

penal.⁹ Existen diversos delitos que establecen la posibilidad de sancionar a una persona con estas penas de prisión de larga duración.¹⁰ Luigi Ferrajoli considera que, la pena de prisión vitalicia puede verse como una pena capital, en dos sentidos, ya que, por un lado, no sólo se trata de una privación de libertad, sino de una modificación de la condición existencial de una persona, modifica su percepción del mundo, es un exterminio de esperanza, se trata de una privación de vida y de futuro; por otro lado, es una pena *eliminatória*, o sea, excluye a una persona del consorcio humano para siempre: “La cadena perpetua: una pena capital”.¹¹

A juicio de Lola Aniyar de Castro, la cuantía de la pena representa únicamente, en su nivel teórico, una aproximación totalmente fantasiosa al valor que se asigna a los bienes jurídicos. “Pero ellas nunca deberían superar el tiempo de privación de libertad que marca los límites entre el mero castigo y

⁹ El Estado de México es uno de los lugares donde se han instaurado estas penas privativas de la libertad personal, y siguen vigentes en el Código Penal de esta entidad federativa; en el artículo 23 se establece claramente que: “La prisión consiste en la privación de la libertad, la que podrá ser de tres meses a vitalicia, entendiéndose por ésta una duración igual a la vida del sentenciado, y se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en las leyes de la materia”; en el artículo 68 del mismo Código, se reafirma la instauración y vigencia de estas penas, esta vez con relación a los casos de concurso, al establecer una pena que va más allá de la pena de setenta años de prisión: “En caso de concurso se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la que deberá aumentarse inclusive hasta la suma de las penas de los demás delitos sin que el total exceda de setenta años de prisión, salvo en los casos previstos en este Código, en que se imponga la pena de prisión vitalicia”. Tómese en cuenta que la pena de setenta años de prisión es ya por sí misma considerada como una evidencia clara de la expansión del derecho penal, con más razón es considerada de la misma forma la pena de prisión vitalicia. Código Penal del Estado de México.

¹⁰ Por ejemplo, en el Código Penal del Estado de México, destacan los delitos contra las personas: delitos contra la vida y la integridad corporal; delitos contra la libertad, seguridad y tranquilidad de las personas; delitos contra la libertad sexual; delitos de violencia de género; delitos contra el patrimonio. Los delitos que indican la posibilidad de sancionar a una persona con pena de setenta años de prisión o con prisión vitalicia, son: homicidio calificado, artículo 242, fracción II; “(...) homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco (...)”, artículo 242, fracción III; homicidio de dos o más personas, ya sea en el mismo o en distintos hechos, artículo 242, fracción IV; “(...) homicidio con ensañamiento, crueldad o de odio manifiesto motivado por discriminación, aversión o rechazo a la víctima por su condición social o económica, religión, origen étnico, raza, discapacidad, orientación sexual o identidad de género de la víctima (...)”, artículo 242, fracción V; extorsión, cuando concorra cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 266, párrafo tercero; violación, en ciertas circunstancias que modifican dicho delito, artículo 274, fracciones I y IV; feminicidio, artículo 281; robo, en circunstancias que agravan su penalidad: “Cuando por motivo del delito de robo se causare la muerte (...)”, artículo 290, fracción IV; además, el artículo 94, párrafo segundo, señala que: “Serán imprescriptibles los delitos que establezcan como pena máxima la prisión vitalicia (...)”. Código Penal del Estado de México.

¹¹ Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 169-171.

la tortura, tal como resulta de las penas de larga duración, en las que el deterioro físico y mental del encierro prolongado se agrega a los efectos primeros de esa privación de libertad”.¹²

Otro escenario que pone de relieve la expansión del derecho penal se configura cuando, sin justificación, los delitos de comisión por omisión son equiparados a los tipos activos, a los delitos de acción (lo que se traduce en: *quien puede evitar el resultado delictivo y no lo impide, lo comete*) en la normativa jurídica, en la legislación penal (sin dejar de lado el hecho de interpretarla o aplicarla en ese sentido, o sea, ampliamente); también cuando, en este escenario, para fincar responsabilidad penal, se atribuye a una persona la calidad de *garante*, sin justificación, sin una fuente clara y precisa, sin observar que esa persona tenga realmente la posibilidad de evitar el resultado.

Como señala Azzolini Bincaz, la imputación de un resultado típico a quien ha omitido impedirlo es cuestionable en los casos en los que el legislador únicamente describió una actividad o acción. Para atender la omisión en aquellos tipos penales que describen una acción con un resultado, o sea, para sustentar la responsabilidad por omisión, se incluyeron cláusulas o criterios de *equiparación* en diversos códigos penales, incluyendo la legislación mexicana a nivel federal y estatal.¹³ Al incluir una *fórmula de equiparación*, general o amplia, en los códigos penales, hace posible la ampliación de los tipos penales de la parte especial, lo cual da cabida a la comisión por omisión.¹⁴

Es evidente que, en ciertos casos, se expande el poder punitivo al equiparar una omisión a una acción, al conectar la omisión con el resultado injusti-

¹² Aniyar de Castro, *op. cit.*, p. 90.

¹³ En México, el artículo 7° del Código Penal Federal, primer párrafo, establece que: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. En su segundo párrafo, señala: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”, *vid.*, Código Penal Federal, artículo 7°.

¹⁴ Azzolini Bincaz observa problemas de falta de legislación específica y de imputación adecuada, con relación a los tipos penales que incluyen una omisión generadora de un resultado; el problema de los alcances de los criterios de equiparación, con relación a la responsabilidad penal; el problema de la equiparación que exige que se precise la persona a quien le es atribuible el resultado típico, lo cual se relaciona con la persona que tenga la calidad de garante y las fuentes que otorgan dicha calidad; otro problema es, la diferencia del tipo de omisión impropia con relación al de comisión activa del resultado; la problemática de la relación o conexión entre omisión y el resultado. Alicia B. Azzolini Bincaz, “Los delitos de comisión por omisión en el sistema penal mexicano: legislación, doctrina y jurisprudencia”.

ficadamente, al contemplar de manera excesiva la figura de *garante*. En este sentido, la ley no ha cumplido la función de contener el ejercicio del poder punitivo, al contrario, ha cumplido la función de ampliar el derecho penal, la responsabilidad penal, el reproche y la pena.

La *prisión preventiva oficiosa* también nos muestra la expansión del derecho penal en México.¹⁵ La exposición de motivos, las justificaciones, las funciones declaradas, o sea, los intereses a los que dice responder, la declaran como una medida cautelar para hacer frente al fenómeno delictivo, la medida más drástica, que no debe ser empleada como regla, sino como excepción.¹⁶

En realidad, la *prisión preventiva oficiosa* sigue vigente en la normativa jurídica mexicana y se ha aplicado constantemente en estos tiempos, a tal grado que, el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, al disponer, por unanimidad, que: “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”,¹⁷ y en el *Caso García Rodríguez y otro vs. México*, al disponer, por unanimidad, que: “El Estado deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva oficiosa, en los términos de los párrafos 292 y 293, 295 a 299 y 301 a 303”.¹⁸ Disposiciones que no se han cumplido, a pesar de las diversas investigaciones y críticas que se han hecho acerca de la *prisión preventiva oficiosa*.¹⁹

¹⁵ La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, instauró, en lo formal, el sistema de justicia penal acusatorio y oral en México, y establece, en el artículo 19 constitucional, la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, catálogo de delitos que se amplió con la reforma constitucional en el año 2019. Actualmente, el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, establece que: “El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, 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, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19.

¹⁶ Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*.

¹⁸ Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*.

¹⁹ Investigaciones y críticas que abordan temas como: el carácter de oficiosa, la contradicción con la presunción de inocencia, la violación de derechos humanos, contradicciones frente a la Constitución, la inconventionalidad, ir en contra de la esencia del sistema penal acusatorio que formalmente se

El *arraigo* es otro de los escenarios que evidencian la expansión del derecho penal,²⁰ vigente en nuestro país y persiste su aplicación en estos tiempos, tan es así que, el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte IDH, en el *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, al disponer, por unanimidad, que: “El Estado deberá dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza preprocesal, en los términos de los párrafos 210, 211, 214 a 216, y 218 a 219 de la presente sentencia”;²¹ y en el *Caso García Rodríguez y otro vs. México*, al disponer, por unanimidad, que: “El Estado deberá dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza preprocesal, en los términos de los párrafos 292 a 294, 298 a 300, y 302 a 303”.²²

En efecto, el *arraigo* sigue vigente en la normativa jurídica mexicana, y continúa su aplicación, aun cuando su *justificación*, exposición de motivos o funciones declaradas, palidecen frente a las investigaciones y críticas relacionadas con la violación de derechos humanos, contradicciones con la Constitución, inconventionalidad, contradecir la esencia del sistema penal acusatorio formalmente instaurado, entre otras.

Como vemos, se trata de figuras jurídicas, cuya instauración, extensión y vigencia evidencian el aumento del ejercicio del poder punitivo, y en conjunto con cada caso concreto en que se apliquen o se intenten aplicar, son hechos que muestran la presencia actual de la expansión del derecho penal en México, un fenómeno jurídico que exige ser analizado desde la perspectiva de nuestra región, desde una perspectiva *realista y crítica*.

instauró, etcétera. Además, aun cuando la prisión preventiva oficiosa se quite formalmente de la normativa jurídica mexicana, tanto la expansión del derecho penal como las consecuencias reales a que da lugar, se pueden trasladar a la prisión preventiva justificada.

²⁰ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en el artículo 16, párrafo octavo: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”, *vid.*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16.

²¹ Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*.

²² Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*.

III. Crítica a la expansión del derecho penal

El estudio de la cuestión criminal nos ha mostrado que, en diferentes épocas históricas, ante el poder imperante y el ejercicio del poder punitivo, o sea, en los diferentes *momentos de poder*, ha existido también su respectiva crítica criminológica.²³

El fenómeno jurídico de expansión del derecho penal no es nuevo, es un tema transversal a los diferentes estudios e investigaciones que versan sobre el derecho penal y la cuestión criminal en general, en distintas épocas históricas, en México y en diferentes latitudes; ha sido analizado desde diferentes perspectivas epistemológicas, teóricas y metodológicas, dentro de las cuales resaltan la *teoría crítica*, la *criminología de la reacción social* o *criminología crítica*, la *criminología sociológica*, la *sociología del control penal*, la *sociología jurídico-penal*, la *sociología criminal*, el *abolicionismo* del sistema penal, el *garantismo*, el *minimalismo penal*, el *derecho penal mínimo*, entre otras. Es fundamental hacer un análisis desde el enfoque de nuestra región, desde una visión *realista y crítica*.²⁴ Raúl Zaffaroni sostiene que:

Se denomina *expansión del derecho penal* a la proliferación de tipos penales —o *criminalización primaria*—, que se viene produciendo desde hace décadas, con *motivo o pretexto* del surgimiento de nuevos *riesgos* y con la *función manifiesta* de su neutralización, fenómeno que generó alertas doctrinarias ante la perspectiva de una *panpenalización* y la consiguiente búsqueda de criterios limitativos metalegales a la legislación penal.²⁵

²³ Tómesese en cuenta que, ya desde 1631, en *Cautio criminalis* o *Cautela criminal*, Friedrich Spee hizo una crítica al poder imperante de aquellas épocas con relación a la cuestión criminal. La crítica criminológica ha existido en diferentes épocas históricas y continúa su desarrollo en tiempos actuales.

²⁴ Se trata de una crítica criminológica transdisciplinaria, realista e histórica; desde la perspectiva de nuestra región, desde el Sur; que contempla la situación actual en el marco del colonialismo y su evolución; que permite aproximarse a la realidad del control social y del ejercicio del poder punitivo; que distingue entre las funciones declaradas (deber ser) y las funciones reales (ser). Para Raúl Zaffaroni, en criminología y en derecho penal, “un realismo marginal puede: a) revelar más nitidamente los caracteres estructurales de todo sistema penal, dado que en nuestro margen son más evidentes, en razón de su mayor nivel de violencia; b) mostrar más claramente cómo opera la red de poder planetario al señalar las particularidades de su ejercicio de poder en el margen”. E. Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, pp. 177-180.

²⁵ E. Raúl Zaffaroni, “Expansión del derecho penal y derechos humanos”, p. 1.

Es fundamental contemplar el contexto actual en que se encuentra México y en el que se inscribe la expansión del derecho penal, el cual es establecido, principalmente, por el poder que impera actualmente a nivel mundial y a nivel de nuestra región, y que da lugar al *actual momento de poder*. En *La sociedad del riesgo global*, Ulrich Beck pone de relieve algunos puntos esenciales en los que se han enfocado los autores y las expresiones que se han utilizado para referirse a los tiempos actuales:

Algunos autores ponen gran énfasis en la apertura del proyecto humano en medio de las nuevas contingencias, complejidades e incertidumbres, sea su término operativo “posmodernidad” (Bauman, Lyotard, Harvey, Haraway), “modernidad tardía” (Giddens), “era global” (Albrow) o “modernidad reflexiva” (Beck, Giddens, Lash). Otros dan prioridad a la investigación de nuevas formas de identidad (Melucci) y socialidad (Maffesoli) experimentales, a la relación entre la individualización y la cultura política (Touraine), a la “constelación posnacional” (Habermas) o a los prerrequisitos de “democracia cosmopolita” (Held). Y hay otros que han aportado una oleada de libros sobre la “política de la naturaleza” (...).²⁶

Fernando Tenorio reflexiona acerca de algunas realidades que configuran el contexto actual: la soberanía popular cada vez más limitada; medios de comunicación masiva oficializados y las redes sociales virtuales que derivan en la actual criminología mediática; una sociedad integrada por *incluidos* y *excluidos*; el miedo que emerge y se difumina de manera epidémica: el miedo a la muerte; la presencia actual de la violencia y la venganza; *matar para vivir*, una práctica que continúa actualmente en cualquier cultura del mundo; administración del miedo, de la vida y de la muerte; posibilidad de nuevos escenarios de control social; el contexto de la *guerra mundial de clases*.²⁷

Raúl Zaffaroni ha advertido en varias ocasiones la presencia actual de un *totalitarismo financiero*, a nivel planetario y con impacto en nuestra región en forma de *tardocolonialismo*, lo cual establece el contexto actual: se pone de relieve una *ideología* contraria a los derechos humanos; un discurso legiti-

²⁶ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global*, p. 1.

²⁷ Fernando Tenorio Tagle, “Cuando el temor merodea. Control social y administración local del miedo”, pp. 109-116.

mante llamado *neoliberalismo*; hipertrofia del aparato financiero; concentración de riqueza; se apuesta por el mercado y por el poder punitivo; se busca establecer una sociedad conformada por *incluidos* y *excluidos*; el actual control social; un gran endeudamiento de los países de nuestra región; se busca el subdesarrollo permanente; vigilancia policial; transnacionales que rebasan la soberanía de los Estados y toman decisiones importantes en diferentes ámbitos, dentro de los cuales se encuentra, sin duda, la cuestión criminal; macrocriminalidad organizada; monopolios mediáticos que difunden una realidad creada y que dan lugar a la actual criminología mediática; persecución penal o prisionización de opositores y disidentes; entre muchas realidades más.²⁸

Este poder imperante configura un control social conformado por diversos elementos, con características propias de estos tiempos y que cuenta con distintas formas de aplicación (que se traducen en formas de colonización), entre las que resaltan: la reproducción de la ideología, del discurso legitimante y de las prácticas dominantes; un gran endeudamiento de los países de nuestra región, con el objetivo de establecer el subdesarrollo permanente;²⁹ el Estado como un instrumento cuya función es el control de los *súbditos*;³⁰ la administración del miedo;³¹ un poder que incide en el Estado de Derecho, en los sistemas jurídicos y en el sistema de derechos humanos; el aparato punitivo, dentro del cual se encuentra el derecho penal; el poder mediático, con manipulación mediática, creación de realidad y su respectiva criminología;³² selectividad, criminalización y vigilancia total; represión, vigilancia policial y persecución penal o encarcelamiento de opositores y disidentes.³³ A juicio de

²⁸ E. Raúl Zaffaroni, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*; E. Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*; E. Raúl Zaffaroni, “El genocidio de la prisionización masiva”, pp. 37-42; E. Raúl Zaffaroni, “El poder punitivo y los problemas dogmáticos del derecho penal actual”, pp. 13-17; E. Raúl Zaffaroni, *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*.

²⁹ E. Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*.

³⁰ E. Raúl Zaffaroni, “Expansión del derecho penal y derechos humanos”, pp. 1-23.

³¹ Tenorio Tagle, *op. cit.*, pp. 109-116.

³² E. Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*; E. Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*; E. Raúl Zaffaroni y Matías Bailone, *Dogmática penal y criminología cautelar. Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática*.

³³ E. Raúl Zaffaroni, “Expansión del derecho penal y derechos humanos”, pp. 1-23.

Zaffaroni, estamos ante un “control social tardocolonial: hacia una sociedad carcelaria y sepulcral”.³⁴

En efecto, este aparato de poder imperante se impone en todos los ámbitos, en el económico, político, social, cultural y jurídico; ejerce el poder de definir (impone su concepción del *delito* y del *delincuente* y la reacción ante los mismos); hace que el derecho penal se ajuste al sistema de poder, como una forma de aplicación del control social general, y su expansión o maximización se instaure como uno de los mecanismos del ejercicio del poder; es un poder que se asegura de producir y reproducir obediencia social y aceptación, a través de discursos legitimantes y/o a través de la coacción.

Desde la perspectiva de Jaime Cárdenas Gracia, se trata de instituciones transnacionales, corporaciones mundiales, gobiernos de las grandes potencias, centros de hegemonía mundial que, actualmente, en la fase superior del neoliberalismo globalizador, imponen sus concepciones, sus decisiones y buscan reproducir el sistema dominante; configuran el Estado y el Derecho de una forma específica (se pasa del *Estado westfaliano* a un *Estado transnacional*); crean redes internacionales de regulación en el ámbito jurídico mundial; redes jurídicas que existen por encima de los paradigmas tradicionales del Derecho; pasan por encima de la voluntad del Estado y de sus sociedades; los gobiernos de las naciones no hegemónicas resienten el poder, acatan las decisiones de la hegemonía, suelen recibir, formalizar y hacer vigente el contenido de su propio Derecho, que responde a intereses externos, elitistas, económicos, propios del poder dominante, lejos de atender los intereses de las sociedades desfavorecidas. “La globalización neoliberal es un proyecto geopolítico (...) es una teoría geopolítica de dominación y no solo es una estructura económica (...)”.³⁵

El aumento del ejercicio del poder punitivo es funcional al actual momento de poder. Esto se traduce en políticas criminales orientadas en esa dirección. Desde las consideraciones de Serafín Ortiz Ortiz y José Zamora Grant, se trata de políticas de la criminalidad, no siempre homogéneas ni congruentes, caracterizadas por intentar legitimar la irracionalidad de una reacción al delito intensificada de violencia y represión, lesiva, que vulnera derechos y que

³⁴ E. Raúl Zaffaroni, *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*, pp. 163-166.

³⁵ Jaime Cárdenas Gracia, *El significado jurídico del neoliberalismo*, p. 48.

es incompatible con la dignidad humana.³⁶ En este sentido, la expansión del derecho penal, en realidad, responde a los intereses de este poder imperante.

La *ideología* y el discurso que buscan legitimar el momento de poder actual se encuentran en el llamado *neoliberalismo*,³⁷ y de manera similar se intenta legitimar la expansión del derecho penal: se pretende justificar con la existencia de *riesgos*, de *emergencias* y de *enemigos*, con base en una realidad creada.³⁸ La expansión del derecho penal se pretende legitimar con la *ideología de la defensa social*, la cual examina Alessandro Baratta: *defender del crimen a la sociedad*; concepción abstracta y ahistórica de *sociedad*; la sociedad vista como una totalidad de valores e intereses; un concepto ideal de *sociedad*; principio de legitimidad, principio del bien y del mal, principio de culpabilidad, principio del fin o de la prevención, principio de igualdad, principio del interés social y del delito natural.³⁹ Lola Aniyar de Castro identifica el discurso legitimante de la expansión del derecho penal: “‘Hacer justicia’, ‘mantener el orden’, son las consignas de una cadena discursiva de castigo y severidad”.⁴⁰

Como nos han mostrado las épocas históricas anteriores y la actual, el ejercicio del poder punitivo recae sobre los sectores más desfavorecidos y sobre la disidencia, principalmente; recae sobre aquellos que son considerados *enemigos*. Así que, sabemos entonces quiénes serán las personas que resentirán y que ya resienten la expansión del derecho penal. Alessandro Baratta sostiene que, el derecho penal es el *derecho desigual por excelencia*: el derecho penal no protege igualmente a todos los ciudadanos; el derecho penal no defiende todos los bienes; cuando sanciona las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con desigual intensidad y de una manera fragmentaria; la ley penal no es igual para todos; el *status* de criminal es aplicado de manera desigual a los sujetos.⁴¹

³⁶ Serafín Ortiz Ortiz y José Zamora Grant, *Políticas públicas de la criminalidad. Un análisis crítico de la realidad mexicana*.

³⁷ E. Raúl Zaffaroni, *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*, pp. 194-196.

³⁸ En diferentes épocas históricas se han configurado diversos momentos de poder y, al ejercer el poder de definición, se ha declarado la existencia de riesgos, emergencias y enemigos, así como la necesidad de combatirlos, sobre todo a través del ejercicio del poder punitivo y de la criminología mediática creadora de realidad.

³⁹ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, pp. 35-43.

⁴⁰ Aniyar de Castro, *op. cit.*, p. 86.

⁴¹ Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, pp. 361-366.

Quienes impulsan y/o materializan la expansión del derecho penal, o sea, personas en general y operadores jurídicos, consciente o inconscientemente, reproducen la *ideología* y las prácticas propias del actual momento de poder, entre las que destaca el creer que el aumento del ejercicio del poder punitivo soluciona los problemas relacionados con el fenómeno delictivo. A juicio de Alessandro Baratta, el derecho penal cumple funciones simbólicas (que suelen ocultarse), más allá de cumplir las funciones instrumentales que declara; es un medio eficaz de representación simbólica de la *moral dominante*.⁴²

La expansión del derecho penal no cumple con las funciones que declara, consistentes en resolver los problemas relacionados con el fenómeno delictivo (por ejemplo, neutralizar los *riesgos* que expone como existentes), es más, se puede afirmar que cumple con las funciones contrarias, ya que forma parte del aumento del ejercicio del poder punitivo, busca la conservación del poder y sistema imperantes, reproduce la venganza y contribuye al actual control social.

Lola Aniyar de Castro, al reflexionar sobre la *tarea de criminalizar* y la tendencia a hacer nuevos códigos penales, afirma que: “Así pues, lo que sí parece cierto, es que la esfera de “lo penal” está hoy cargada de mitos, de inercia y de sentimientos arcaicos de venganza y castigo disfrazados de civilidad, a la vez que cumple funciones sociales y políticas que reproducen la estratificación mediante los estereotipos que conforman, y la legitimación del poder que realizan”.⁴³ Para Luigi Ferrajoli, se trata de “(..) la inflación penal que ha hecho retroceder el derecho penal a una situación de sustancial descodificación, esto es, a un derecho penal jurisprudencial no distinto del premoderno (...)”.⁴⁴

Desde una perspectiva realista y crítica, la expansión del derecho penal: responde a los intereses del poder que impera en cierta época histórica; tiene un discurso que busca legitimarla; existe una política criminal que le da orientación real; se relaciona con el *Estado de excepción*; es impulsada, materializada y/o reproducida por personas en general o por operadores jurídicos; para tratar de justificarla, se declaran *razones de excepción*; se relaciona con el *derecho penal de autor*; para buscar su justificación, se establecen criterios de *peligrosidad*; flexibiliza o deja de lado las garantías constitucionales y

⁴² *Ibid.*, pp. 57-88.

⁴³ Aniyar de Castro, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁴ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 167.

las garantías penales, incluyendo las procesales; declara espacios de *riesgo* o *riesgos sociales*; instauro intervenciones de *emergencia*.

Asimismo, la expansión del derecho penal: se opone al derecho penal como *ultima ratio* o *extrema ratio*; contradice el principio penal de *subsidiariedad*; es contrario al *derecho penal sustantivo de mínima intervención*; es el opuesto del *derecho penal mínimo*; es una criminalización anticipada por parte del legislador; adelanta las barreras de protección; impacta la procuración de justicia; se da prioridad a la eficacia de la norma; impacta el derecho procesal penal; se expanden las excepciones del principio de legalidad; se flexibilizan los principios de imputación; da lugar a una flexibilización de los requisitos concernientes a *la prueba*; indeterminación semántica de los tipos delictivos; tipos penales que se dejan a una interpretación abierta o amplia.

Las soluciones reales frente a los problemas relacionados con el fenómeno delictivo y con la cuestión criminal en general, en México y en cualquier parte del mundo, no se encuentran en la expansión del derecho penal, no se encuentran en el aumento del ejercicio del poder punitivo, sino que, se encuentran en otra dirección. Algunos de los paradigmas o perspectivas que nos aproximan a soluciones reales, en torno a la expansión del derecho penal y a la cuestión criminal en general, son: una política criminal alternativa;⁴⁵ la limitación de la legislación penal;⁴⁶ el derecho penal visto como una actitud de defensa;⁴⁷ el

⁴⁵ Algunos elementos que Alessandro Baratta señala para construir una política criminal alternativa son: una base ideológica y cultural; añadir el punto de vista de las clases subalternas; formas alternativas de control social de la desviación; formas de control legal no estigmatizantes; máxima contracción y, en su caso, superación del derecho penal y del sistema penal, con énfasis en la pena. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, pp. 209-222.

⁴⁶ Claus Roxin reconoce: “El intento emprendido por la Escuela de Frankfurt de limitar la legislación penal a un “Derecho penal básico (...)”. Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, pp. 89-94; Zaffaroni reflexiona acerca de “(...) la (con) fusión del bien jurídico lesionado como limitación constitucional a la potencia puniendi del estado, con el bien jurídico pretendidamente tutelado, legitimante del poder punitivo y estímulo a su expansión (...)”. E. Raúl Zaffaroni, “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con) fusiones”, pp. 89-105.

⁴⁷ Es un planteamiento que hace Alessandro Baratta, al proponer que el derecho penal sea visto como una actitud de defensa: frente a los ataques contra garantías liberales, frente al propio derecho penal y como respuesta legítima mientras no existan alternativas ante los problemas sociales. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, pp. 237-241; esto se relaciona con lo que plantea Luigi Ferrajoli: “Como paradigma metateórico, ‘derecho penal mínimo’ designa una doctrina que justifica el derecho penal (...) si y solo si es un instrumento de minimización de la violencia y la arbitrariedad que se darían si él faltase”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 34.

derecho penal mínimo,⁴⁸ un *mini-Código Penal de los derechos humanos*,⁴⁹ la “necesaria adecuación de los tipos penales a la realidad social”,⁵⁰ se encuentran en las medidas alternativas, las universidades, la política, la democracia y la cultura;⁵¹ en *algo mejor* que el derecho penal.⁵²

IV. Conclusiones

Los escenarios analizados en estos escritos evidencian claramente la expansión del derecho penal en México, vigentes aun cuando está demostrado por diversas investigaciones, propias de la crítica criminológica y desde otras perspectivas, que no soluciona las problemáticas relacionadas con el fenómeno delictivo.

Los escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México nos muestran también la concepción ideológica, teórica y metodológica, que tiene o que adopta el Estado mexicano frente al fenómeno delictivo; nos permiten ver la orientación real de la política criminal, el sistema penal y el derecho penal, que actualmente predomina en nuestro país y en otros países, sobre todo de nuestra región.

El agrandamiento del derecho penal se aproxima más a la lógica de guerra, y resulta fundamental evidenciar contra quiénes se emprende realmente esa guerra y qué intereses se protegen en realidad.

⁴⁸ Resaltan los postulados de Alessandro Baratta y los postulados de Luigi Ferrajoli.

⁴⁹ Aniyar de Castro, *op. cit.*, pp. 81-91.

⁵⁰ Azzolini Bincaz, en su investigación sobre la protección penal de la libertad de expresión, resalta que: “En este caso, más que de la protección de nuevos bienes jurídicos se trata de nuevas modalidades de ataque (...) No se trata de un derecho penal de tercera velocidad en el sentido señalado por Silva Sánchez en *La expansión del derecho penal* (...) sino de la necesaria adecuación de los tipos penales a la realidad social”. Alicia B. Azzolini Bincaz, “La protección penal de la libertad de expresión en México”, pp. 155-174.

⁵¹ Tómense en cuenta las respuestas que dieron las y los ponentes en el *Coloquio de Política Criminal* que se llevó a cabo en la UAM-A., el 19 de diciembre de 2023, en torno a la pregunta ¿cómo podemos contrarrestar o frenar la expansión del derecho penal?, donde resaltaron: apostar a la universidad, tomar el camino de la política, contemplar lo concerniente a la democracia y no dejar de lado lo referente a la cultura.

⁵² Alessandro Baratta destaca que: “Ha sido Gustav Radbruch (...) quien ha escrito que la mejor reforma del derecho penal no sería la de sustituirlo por un derecho penal mejor, sino por algo mejor que el derecho penal”. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, p. 220.

Las épocas históricas y las investigaciones relacionadas nos han enseñado la relación que siempre ha existido entre el poder imperante y la cuestión criminal; nos enseñaron que uno de los elementos fundamentales de los que se vale un poder que busca verticalizar una sociedad es el poder punitivo y el respectivo aumento de su ejercicio: la expansión del derecho penal es una muestra de ello.

Cualquier país que pretenda expandir su derecho penal debe justificar muy bien una acción de tal magnitud, que comience por justificar la existencia de la expansión del derecho penal, e incluso, la existencia misma del derecho penal.

La expansión del derecho penal seguirá en México y en el mundo si no hacemos aquello que la frene o la contrarreste. Las soluciones reales se encuentran en *algo mejor* que el aumento del ejercicio del poder punitivo, en *algo mejor* que la expansión del derecho penal.

Es fundamental analizar los fenómenos jurídicos desde una perspectiva realista y crítica; se requiere dialogar con distintas disciplinas; se necesita, en lugar de una expansión del derecho penal, una expansión de soluciones reales en torno a dicho fenómeno jurídico y a la cuestión criminal en general.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Aniyar de Castro, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires, Del Puerto, 2010.
- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004.
- _____. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Colección Memoria Criminológica, No. 1, Montevideo, B de F, 2004.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid, Siglo XXI Editores, 2002.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *El significado jurídico del neoliberalismo*. Colección Constitución y Democracia, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Ferrajoli, Luigi. *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Trotta, 2018.

- Ortiz Ortiz, Serafín y José Zamora Grant (coord.). *Políticas públicas de la criminalidad. Un análisis crítico de la realidad mexicana*. México, Tirant lo Blanch, UATx, 2022.
- Roxin, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Colección Estudios y Debates en Derecho Penal, No. 1, 2ª ed., Buenos Aires, B de F, 2006.
- Tenorio Tagle, Fernando. “Cuando el temor merodea. Control social y administración local del miedo”. *Cuando el temor merodea. Ensayos sobre pandemia y sociedad*, Cuadernos de la Academia Mexicana de Criminología, No. 1, Fernando Tenorio Tagle y Luis González Placencia (coord.), México, Ubijus, 2021, pp. 109-116.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl e Ílison Dias dos Santos. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Serie Pensamiento Penal Crítico, No. 2, Quito, El Siglo, 2019.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Matías Bailone, *Dogmática penal y criminología cautelar. Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática*. Chile, Olejnik, 2021.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con) fusiones”. *Debates dogmáticos sobre el derecho penal actual*. E. Raúl Zaffaroni y Matías Bailone (comp.), Argentina, Olejnik, 2021, pp. 89-105.
- _____. *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*. Buenos Aires, Taurus, 2022.
- _____. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2015.
- _____. “El poder punitivo y los problemas dogmáticos del derecho penal actual”. *Debates dogmáticos sobre el derecho penal actual*, E. Raúl Zaffaroni y Matías Bailone (comp.), Argentina, Olejnik, 2021, pp. 13-17, 2021.
- _____. “El genocidio de la prisionización masiva”. *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*, E. Raúl Zaffaroni (coord.), Buenos Aires, Ediar, 2020, pp. 37-42.
- _____. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires, Ediar, 1998.
- _____. *La cuestión criminal*. 2ª. ed., Buenos Aires, Planeta, 2012.

Hemerográficas

- Azaola, Elena y Miguel Ángel Ruiz Torres. “Política criminal y sistema penal en México”. *El cotidiano*, Núm. 153, enero-febrero, 2009, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 5-11.
- Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz. “La protección penal de la libertad de expresión en México”. *Alegatos*, Núm. 92, enero-abril, 2016, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 155-174.

- _____. “Los delitos de comisión por omisión en el sistema penal mexicano: legislación, doctrina y jurisprudencia”. *Criminalia*, Vol. 90, Núm. 1, enero 2024, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, pp. 271-296.
- Pastor, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. *Nueva Doctrina Penal*, Núm. I, enero-junio, 2005, Argentina, Del Puerto, pp. 73-114.
- Zaffaroni, E. Raúl. “Expansión del derecho penal y derechos humanos”. Conferencia dictada en el *Convegno di Studi Politica Criminale Silvia Sandano*, Campidoglio, 25 de junio de 2018, Roma, ASSOCIAZIONE Silvia Sandano, SAPIENZA: Università di Roma, pp. 1-23.

Electrónicas

- Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Cuaderno de Apoyo, México, 18 de junio de 2008, <https://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> (consultado el 20 de enero de 2024).

Legislación

- Código Penal del Estado de México, publicado el 20 de marzo de 2000 en el *Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” del Estado de México*; última reforma publicada el 12 de diciembre de 2023.
- Código Penal Federal, publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 17 de abril de 2024.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1971 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 22 de marzo de 2024.

Jurisdiccionales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 25 de enero de 2023.
- _____. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, (*Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*), sentencia de 7 de noviembre de 2022.

La despersonalización en el derecho penal

José Oswaldo Cruz Domínguez*

Resumen:

El opúsculo explica las consecuencias conceptuales de la despersonalización del sujeto que desarrolla la concepción del derecho penal del enemigo, tomando en cuenta para ello fundamentos teóricos y filosóficos del ámbito jurídico. En ese sentido se expresa en él la condición de persona y su importancia para la protección de los derechos y la coherencia del discurso penal.

Abstract:

The booklet explains the conceptual consequences of the depersonalization of the subject that develops the conception of the enemy's criminal law, taking into account theoretical and philosophical foundations of the legal field. In this sense, it expresses the status of a person and its importance for the protection of rights and the coherence of criminal discourse.

Sumario: Introducción / I. Las dimensiones moral y jurídica de la persona / II. La despersonalización / III. De la justicia del enemigo a la ley del más fuerte / IV. De la oposición a la negación del derecho / V. Castigo, razón y naturaleza / VI. La despersonalización del enemigo / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

Introducción

El presente trabajo se ocupa del problema de la despersonalización en el ámbito de la delincuencia de gran escala, el cual convierte al delito en una forma de vida que ha sido considerada, desde la base argumentativa de Günter Jakobs, como una oposición al derecho que convierte al sujeto en un enemigo, y, que, por lo tanto, hay que combatirlo desde ahí, con base en un régimen excepcional de sujetos no ciudadanos, con la consecuencia obvia de pérdida de derechos.

Una de las categorías centrales del análisis del derecho es, sin duda, el de persona, el término es polisémico y en la teoría jurídica se ha pensado a la persona como un portador de derechos y obligaciones, por ello, la teoría tradicional considera al sujeto de derecho como persona, desde ese punto de vista se propone su identidad con la del humano.

Resulta impensable lo jurídico sin la atribución de derechos y obligaciones, por ello se ha dado esta identificación entre la persona física y la persona humana, cuestión con la que polemiza Hans Kelsen,¹ en ese sentido, considera a la persona como “una construcción artificial de la ciencia del derecho; (porque) la persona física sólo es una persona jurídica”,² se le da el término de persona jurídica a las personas colectivas y se les considera como personas artificiales, sin embargo, lo mismo acontece con las personas físicas, son solo personas jurídicas, es el derecho el que las hace personas.

Desde este punto de vista, si el derecho puede hacer personas a los sujetos, entonces, el derecho, puede negarles la condición de personas. Pero el derecho se relaciona con lo que no es persona y le da la condición de objeto, por lo que, no queda fuera del derecho, pero sí de su protección como persona. En ese sentido, la protección de los bienes es una protección indirecta de la persona.

La pérdida de la calidad de persona implicaría la reducción del sujeto a un mero objeto o medio sobre el que recaen las conductas de las personas, la despersonalización supone la eliminación de los derechos. El punto de vista kelseniano es solo una cuestión de fundamentación jurídica y el juicio moral se desplazaría a un análisis ético de la cuestión. Sin embargo, la discusión sobre la excepcionalidad del derecho penal del enemigo se da en torno a un

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 182.

² *Loc. cit.*

contenido normativo, el cual, se expresa en un ejercicio del derecho que tiene consecuencias ético-fácticas en su aplicación.

La persona también tiene una dimensión moral y es necesario abordar su carácter ético en la acción del Estado y revisar si la despersonalización jurídica nos lleva a la despersonalización moral y, por ende, el derecho se vuelve inmoral al establecer un régimen de excepción que niega la calidad de persona a sujetos que sufren las consecuencias del actuar del Estado y, por lo tanto, se niega a sí mismo por negar la condición de persona a quien tendría que regular como persona.

Nos podemos cuestionar si es la aplicación de la filosofía del derecho de Hegel la que posibilita una argumentación en el establecimiento de un régimen de excepción despersonalizante. En ese sentido tendremos que cuestionar que, si la negación del derecho por la comisión del delito exige su afirmación por medio de la sanción, entonces, la negación del derecho como totalidad por la conversión de la forma de vida en una empresa delictiva exige la negación de la calidad de persona y la conversión en enemigo al que lo emprenda.

Es el derecho penal del enemigo una forma de reflexión sobre el derecho que requiere una complicada justificación. Su fundamento es la despersonalización que el sujeto hace de sí mismo en la negación del derecho como totalidad jurídica, negación que deriva de su actuar sistemático contra el derecho. El problema es si al mantener la despersonalización no se ha negado a sí mismo por la negación de la dignidad humana que conlleva el concepto de derecho.

Es en este sentido que la obra de Hegel cobra relevancia como fundamento del derecho penal del enemigo, dado que las consecuencias que se atribuyen a la negación del derecho la hacen permanecer en esta y por ese camino podrían llevarlo a la negación del Estado y con él al derecho.

1. Las dimensiones moral y jurídica de la persona

La persona tiene su origen en la proyección que los actores tienen de su voz, en el teatro, por medio de la máscara personare. En la analogía la persona es la voz y el rostro que se presenta frente a los otros en el ámbito público. A decir de Günter Jakobs:

Una persona es también una institución normativa y no un mero “ser humano”. El concepto de persona es por tanto ¡una conquista de la cultura! Por mor de esta normatividad una persona no puede ser definida sociológicamente (esto es: en tanto orientadora del sentido social) de manera puramente contrafáctica. Como puede reconocerse, el hecho de no reconocer la estructura normativa de la Sociedad no puede tratarse jurídicamente como el hecho de una persona cualquiera.³

Jakobs se refiere al sujeto que niega el orden jurídico como estructura normativa, en ese caso plantea la problemática de su consideración como cualquier persona, quiere expresar con ello “cualquier sujeto”, en el entendido que dicho sujeto debe ser tratado de manera especial.

Ahora bien, aunque los seres humanos somos una unidad, nuestra conducta y nuestras acciones tienen un ámbito de análisis diferenciado en la responsabilidad frente a los otros.

La responsabilidad deriva de un orden objetivo, es decir, un orden reconocido por la comunidad, uno que no depende de la voluntad individual. Tal orden somete a sus integrantes a sus reglas de tal manera que podemos dar cuenta de una comunidad no solo por sus prácticas culturales, sino por sus obligaciones, sus permisiones y sus prohibiciones. Dicha organización en la modernidad es reconocida como Estado, sus características y condiciones representan la forma de ser de la colectividad.

El que exige una conducta se dirige al exigido a través del fundamento de un orden jurídico objetivo, en el que, la persona exigente se presenta como una persona titular de derecho y el exigido como la persona obligada. En ese sentido el Estado es una persona a la que se le exige por medio de sus funcionarios la protección de los derechos.

El Estado puede ser visto como una organización jurídica, en cuyo caso, la regulación sistemática de la conducta en los cuerpos jurídicos le dan su existencia y sentido. Sin embargo, hay otros ámbitos de organización que describen a la sociedad como una totalidad en la unidad del Estado, de tal manera que la moralidad puede ser tratada como un ámbito que encuentre su sentido

³ Jakobs Günter, *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, p. 11.

en la unidad del Estado, sobre todo si el análisis del Estado excede la pura forma de la normativa jurídica.⁴

Lo moral y lo jurídico son dos ámbitos de responsabilidad de las personas, en ellas se representan dos mascarar para una sola obra, mientras la la. se dirige a una desvaloración de la conducta por medio de una presión vaga sobre los sujetos, la otra es identificable en los enunciados puestos por su la legislación, por medio de sujetos determinados y reconocibles. Lo que diferencia ambos extremos, según Kant es el móvil de la acción más que la reacción social, de ahí que Kant afirme:

La legislación que hace de una acción un deber y de ese deber, a la vez un móvil, es *ética*. Pero la que no incluye al último en la ley y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es jurídica. En lo que respecta a esta última, vemos fácilmente que estos móviles, distintos de la idea del deber, tienen que extraerse de los fundamentos *patológicos* de la determinación del arbitrio, de las inclinaciones y aversiones y, entre estas, de las últimas, porque tiene que ser una legislación que coaccione, no un reclamo que atraiga.⁵

Sin embargo, para ambos la persona es lo central, es la máscara moral la que se presenta ante la exigencia social de una conducta apegada a lo que es considerado como bueno dentro del grupo.

En el sentido moral identifica a la persona con el ser humano, a él se le atribuye el actuar correcto y el incorrecto. La desvaloración social le viene de la presión social, pero, tiene su fundamento en el fuero interno. Para Kant el mundo moral deriva de la capacidad de autonomía del sujeto por la decisión racional y por tanto por el ejercicio *a priori* de la voluntad en el sujeto sobre sus inclinaciones *a posteriori*.⁶

La persona moral en ese sentido es la persona que decide las reglas de su actuar, y su moralidad depende de su capacidad de darse a sí misma las leyes

⁴ Es el caso de Hegel que considera al Estado como un ámbito mucho más amplio que la estructura jurídica, en él se fundamentan todos los ámbitos de la vida y la cultura, ello incluye a la economía, ética y la política. Otro de los autores que consideran de esta manera al Estado es Hermann Heller quien lo define como el centro de todos los ámbitos de la sociedad dividida en clases sociales.

⁵ Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, pp. 23-24.

⁶ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pp. 91-97.

universales y necesarias de su actuar, su actuar moral no se inclina por sus pasiones, decide por las leyes universales y necesarias de la razón.⁷

Por otra parte, la persona, según Kelsen, es una creación del orden jurídico, todo derecho y toda obligación jurídica recae en la persona. De tal manera que al hablar de derecho ha de considerarse la imputación a la persona, de tal manera que las responsabilidades del Estado no escapan al principio de imputación y los actos de los funcionarios públicos han de ser atribuidos al Estado.

Der tal manera que la persona en el ámbito moral pertenece a la legislación moral que según Kant es obra de la voluntad racional, mientras que, la persona en la legislación jurídica —según Kelsen— es obra de la norma.

La noción de persona en Hegel va más allá, dado que la persona entra en el ámbito de un análisis de carácter político, dado que reconoce como una cima del pensamiento la libertad de la voluntad, esta no puede considerarse como un elemento natural, pues está ligada al orden de la cultura en la que el ser humano es reconocido a través de la decisión que puede tomar en manifestación de su autonomía, pero solo es auténtica libertad en tanto logra la eficacia de su realización concreta. Sergio Pérez Cortés afirma en ese sentido:

Para Hegel la libertad no se agota con el acto formal de adoptar una ley moral o jurídica por respeto al deber. Para él, una libertad que no se presenta en la realidad efectiva permanece inactual. Esto no significa rechazar la dimensión jurídica e institucional que la dignidad exige, pero Hegel estima que si solo se expresa de esa manera abstracta, queda intacto el problema de su realización en la vida efectiva, donde se juega su verdadero significado.⁸

De esta manera la dignidad, la persona y la libertad se encuentran ligadas, no solo en una dimensión de la formalidad institucional sino en su concreción para la vida del Estado.

II. La despersonalización

La condición de persona representa las obligaciones y responsabilidades, pero también la protección del sujeto humano, la provisión de la calidad de perso-

⁷ *Id.*

⁸ Carmen Trueba Atienza y Sergio Pérez Cortés, *Dignidad en la filosofía del derecho de Hegel*, p. 204.

na que da el derecho dentro del orden jurídico es la protección que las reglas del sistema le dan a los bienes, de tal manera que ser persona es la garantía y certeza primaria de la existencia frente al resto de los sujetos.

El derecho se presenta como un orden coactivo de la conducta, por ende, como un límite hacia los que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. Para mantener dicho orden el derecho establece obligaciones. El derecho es así tanto el límite como la posibilidad de la libertad. Los bienes y libertades, en ese sentido, se encuentran protegidos por el orden jurídico del Estado.

Pero el Estado, que actúa por medio de sus funcionarios, también puede causar la afectación de bienes a través del ejercicio de sus facultades, actos justificados en la necesidad de la protección de los bienes y las libertades. Los medios de los que el Estado se vale para lograr sus fines están ligados a su capacidad para ejercer la fuerza y sancionar a quien no cumple con sus reglas.

De tal manera que, perder la protección nos dejaría en un estado de indefensión, a eso se refiere Giorgio Agamben cuando explica al *Homo Sacer*, el hombre sagrado es el hombre desnudo, desprovisto de la protección del derecho.⁹ A alguien así cualquiera puede hacerle lo que desee sin consecuencias, pues no habría ni prohibición ni obligación respecto de dicho sujeto.

Lo jurídico es lo personal, tanto en la conducta de los individuos como en la del Estado la acción jurídicamente relevante es la de la persona, de tal manera que perder la condición de persona es perder la del derecho. Sin derecho no hay atribuciones jurídicas, en consecuencia, no se puede ser titular de derechos y obligaciones, sin la condición de persona lo único que hay es fuerza y resistencia.

La despersonalización es la pérdida de cualidad de persona, esta solo puede darse porque los funcionarios del Estado han decidido suprimir para un sujeto o un grupo determinado la calidad de persona. Esta pérdida de la condición de persona puede ser total o parcial, ya que a un sujeto puede considerársele como persona para unos actos y como cosa en determinados casos en

⁹ Giorgio Agamben, "*Homo Sacer*, cuya función esencial en la política moderna hemos pretendido reivindicar. Una oscura figura del derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión (es decir de la posibilidad de absoluta de que cualquiera le mate), nos ha ofrecido la clave gracias a la cual no sólo los textos sagrados de la soberanía, sino, más en general, los propios códigos de poder político pueden revelar sus arcanos. Pero, a la vez, esta acepción, que es quizás la más antigua del término *sacer*, nos ofrece el enigma de una figura de lo sagrado que está más acá y más allá de lo religioso y que constituye el primer paradigma del espacio político de occidente", *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, pp. 18-20.

los que los derechos humanos que protegen a las personas han dejado de lado su condición para algunos sujetos.

Al respecto Günter Jakobs considera que toda coacción es una despersonalización por la heteroadministración, la cual según Jakobs “despersonaliza, y lo hace incluso cuando su necesidad es provocada responsablemente por la persona obligada”.¹⁰ La base de esta afirmación está en la consideración de la autonomía del sujeto kantiano, cuyo fundamento de su moralidad está en la autolegislación de los principios que cada uno puede otorgarse objetivamente con base en la razón. La consecuencia sería de un orden que impone externamente la sanción despersonaliza al sujeto por la imposición de una voluntad heterónoma.

Sin embargo, en este punto, Jakobs, omite algo importante, la visión de Kant es limitada frente a la de Hegel, en cuyo caso, la libertad se expresa más allá de la particularidad del individuo, la referencia al mundo objetivo es más que la unión de las subjetividades, se presenta como una universalidad de la cultura y en ese sentido hablamos de la expresión de un *nosotros*, de tal manera que, no es la voluntad particular sino las condiciones objetivas de la voluntad libre la que permite en la acción sobre el sujeto el tratamiento de persona.

En ese sentido Hegel expresa sobre la ley: “Así como en la sociedad civil el derecho en sí deviene ley, así también la existencia *inmediata* y *abstracta* de mi derecho individual toma el significado de ser reconocido como una *existencia* en el saber y en la voluntad universales existentes”.¹¹ La libertad es la forma en que voluntad se realiza en todos los ámbitos de la vida, no se trata de una mera subjetividad particular y tampoco se trata de la naturaleza individual en la que lo espiritual y lo natural se encuentran separados.

En consecuencia, el delito no es la habitualidad de un incesante actuar subjetivo, no es la suma de los delitos lo que hace lo universal, puesto que “el delito no es ya la lesión de un *infinito subjetivo*, sino de la cosa *universal*, que tiene en sí misma una existencia firme y sólida”.¹²

En tal caso la despersonalización no es por la imposición que se impone sobre la voluntad particular, sino por la excepción que violenta la universalidad del derecho, de tal manera que:

¹⁰ Jakobs, *op. cit.*, p. 127.

¹¹ Georg F. W. Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho*, p. 338.

¹² *Ibid.*, p. 339.

El hecho de que en *un* miembro de la sociedad son lesionados todos, altera la naturaleza del delito, no según su concepto, sino según su existencia exterior. La lesión afecta ahora a la representación y la conciencia de la sociedad civil, y no sólo la existencia del individuo inmediatamente lesionado.¹³

El problema que se plantea aquí es la imposibilidad de considerar al sujeto físico y a la persona como unidad frente a la universalidad, de ahí que una despersonalización lleve al sujeto como forma y contenido a la tragedia del extravío de lo universal.

III. De la justicia del enemigo a la ley del más fuerte

En *La República* de Platón, Polemarco considera que la justicia planteada por Simónides como “darle a cada quien lo que se le debe”¹⁴ tiene que ser precisada, Céfalo, padre de Polemarco, ha concluido que la justicia es lo que dice Simónides, pero Sócrates demuestra que no es suficiente con dicha consideración, puesto que si alguien le da a aguardar un cuchillo a un amigo y luego este enloquece no debe regresárselo porque es injusto, le haría daño a un amigo. Lo que se le debe al amigo enloquecido es el cuchillo que le haría daño y en ese caso “darle lo que se le debe” resulta injusto.

Polemarco concluye que a los amigos no se les debe hacer daño, por lo tanto, lo justo para él es hacerle bien a los amigos y daño a los enemigos. Cada arte implica un tipo de bien, de ahí que Polemarco considere que el arte de la justicia es un bien para la guerra, pero el arte de la justicia es el de la estrategia y en la paz la justicia debe tener alguna utilidad. Por ello, concluye que el arte de la justicia es útil para el resguardo del dinero, pero el que puede guardar el dinero también puede hurtarlo, el justo quiere lo justo y por ello no debe hacer el mal ni a amigos ni a enemigos.

La condición de enemigo no precisa el tipo de mal como en el caso del tipo de bien cuando nos referimos al amigo, de hecho, en la guerra al enemigo se le destruye, puesto que se le quiere vencer y para ello es menester disminuirlo en la medida de lo posible. El camino del enemigo es o la destrucción o

¹³ *Ibid.*, p. 340.

¹⁴ Platón, *La República*, pp. 11-23.

la neutralización del otro, la guerra aparece cuando la política ha perdido su capacidad de negociación.

En la guerra se forman los bandos, cada uno se acomoda a una idea que es contrapuesta al enemigo, el enemigo es el malo, el equivocado, no se le da voz, sin embargo. desde el punto de vista del derecho el límite se encuentra en el derecho internacional, en la consideración de los ciudadanos de los países en conflicto como personas con derechos humanos y en la consideración de los combatientes cuando no se encuentran en contienda y en el trato digno que se les debe dar cuando son capturados. Sin embargo, desde el punto de vista de Michael Foucault el derecho es la forma ritualizada de hacer la guerra, porque el derecho:

No opone la guerra a la justicia, no identifica justicia de paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza. El derecho es, pues una manera reglamentada de hacer la guerra (...) ritualizan (en estos) el gesto de la venganza y lo caracterizan como venganza judicial. El derecho es en consecuencia la forma ritual de la guerra.¹⁵

Desde este punto de vista Günter Jakobs podría oponer el derecho penal del ciudadano al del enemigo puesto que podría pensarse que los sujetos despersonalizados pueden ser sometidos a un derecho sin la calidad de personas, aunque el derecho solo pueda darse entre personas. Según Jakobs: “No se trata de la reorganización de una relación jurídica, sino en una —por lo general, parcial— exclusión del sujeto peligroso y en ese sentido en relación con el sujeto excluido no se trata de derecho, sino de guerra”.¹⁶

Podemos considerar la forma latente del derecho que expresa Foucault, sin embargo, desde el punto de vista del discurso expreso el derecho es un orden que tiende a la paz, tratar el objeto de su regulación como un campo entre enemigos desnaturaliza el sentido de lo jurídico, como un orden que potencia la libertad por medio de la limitación de la conducta.

Desde otro punto de vista, si llegara a considerarse un enemigo interno en el cual el sujeto perdiera el carácter de ciudadano, de nacional o de suje-

¹⁵ Michael Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, pp. 98-99.

¹⁶ Jakobs, *op. cit.*, p. 27.

to de derecho, la consecuencia sería la desnudez jurídica, la persona caería en el ámbito de la despersonalización, no sería más persona. En ese caso el derecho perdería su universalidad porque se habría negado a sí mismo su razón de ser universal.

El Estado se erige como una persona titular de las facultades y obligaciones frente a los ciudadanos, al convertir al sujeto en enemigo desprovisto de la condición de persona, tampoco puede presentarse como persona, puesto que el derecho es una relación entre personas.

El derecho en ese sentido, solo es una máscara sin fundamento, es una fuerza de hecho que utiliza el poder de la comunidad para enfrentar al otro que debía castigar para afirmar al derecho. El derecho al que alude no es más que una ilusión escondida bajo su fuerza, a esa capacidad de oponerse al otro como derecho es lo que llama derecho, derecho del más fuerte.

Lo más grave que podía suceder es la despersonalización del Estado por la oposición del Derecho que le da sentido, por la negación de sí mismo. La persona aparece en este sentido como la dignidad del derecho que es la del ser humano encarnado en su responsabilidad, pero ya ni el Estado ni el enemigo pueden ser responsables porque han dejado de ser personas.

IV. De la oposición a la negación del derecho

Las relaciones entre las personas se dan entre humanos, pues son estos los que pueden realizar las conductas, sin embargo, el ser humano también establece relaciones en torno a los objetos, estas son relaciones indirectas con otros seres humanos, ellas se manifiestan como límites o como derechos y obligaciones frente a otros respecto de los objetos.

Dentro del análisis de la filosofía y la teoría jurídica puede considerarse al incumplimiento de los imperativos normativos como oposiciones al derecho. Los términos pueden ser ambiguos, el no realizar el contenido de una norma no es necesariamente una oposición al derecho, en todo caso, se trataría de una oposición a una norma.

Oponerse al derecho no es lo mismo que oponerse a una norma, aunque si la oposición es al orden jurídico en su totalidad, la cuestión puede llevarnos a considerar dos posibilidades. Primero, la oposición es a un orden jurídico en

particular, segundo, la oposición es a todo tipo de orden jurídico. En el segundo caso podríamos hablar de una oposición al derecho.

Lo mismo puede tratarse al abordar el problema de la oposición a la regla. Los sujetos que se oponen a las reglas, por medio de conductas contrarias al deber jurídico, no niegan, por ello, la validez del derecho y su necesidad de cumplimiento.

Las conductas pueden ser contrarias al derecho debido al desconocimientos de las normas que rigen el acto, pero también, pueden oponerse debido a que el sujeto se decide a tomar el riesgo del castigo al incumplir la norma, incluso podrían realizar la conducta admitiendo las consecuencias jurídicas.

La conducta implica la voluntad de quien la realiza, con nuestras acciones expresamos mensajes, demostramos nuestra cultura, pero no toda expresión corporal está destinada a comunicar algo, aunque a veces lo que hacemos tenga un significado para las otras personas.

El delito intencional expresa una forma de relacionarse con el mundo y con la sociedad, en ese sentido Günter Jakobs considera que la acción delictiva comunica una propuesta de mundo, es decir, con nuestras acciones expresamos el mundo que aceptamos como asumible. Jakobs lo ejemplifica en el apuñalamiento.

La puñalada por parte de una persona culpable representa una toma de posición en el mundo, o formulado de manera menos grandiosa: una “propuesta de mundo”, y —con ello— una acción comunicativa, o más exactamente: *también* una acción comunicativa, porque el autor, con su conducta violenta, realiza al mismo tiempo un acto real, que —por su parte— es mudo o silencioso.¹⁷

Gunter Jakobs siguiendo a Hegel considera que la “propuesta de mundo” del autor de un delito contradice a la norma (jurídica) y la condena al delincuente, de tal manera que:

De este modo, se puede conformar la siguiente consecuencia: la norma prohíbe tales “propuestas de mundo”, el autor del delito contradice la norma, el veredicto de culpabilidad por parte del tribunal contradice al delincuente. Pero la cosa no se queda en el veredicto de

¹⁷ *Ibid.*, p. 9.

culpabilidad porque este conduce a la pena, que —en tanto acto de poder— también es, de nuevo como un acto real.¹⁸

Para Jakobs la vigencia de la norma está en su eficacia, es decir, es eficaz en tanto se cumple con lo que esta prescribe, de tal manera que cuando los ciudadanos desobedecen la norma esta pierde eficacia, en consecuencia, la norma pierde vigencia y la sanción se la devuelve en tanto es una consecuencia de la propia norma.

El problema de la propuesta de Jakobs es que al considerar en la acción de la propuesta de mundo que realiza el delincuente extremo, se plantea un derecho para conductas futuras, pero el derecho ya tiene una respuesta en las conductas presentes y deriva de la consideración del establecimiento de medios para la realización de una actividad delictiva como conductas presentes y demostrables dentro de un procedimiento ordinario en el que el sujeto es tratado como persona, por lo que, se puede realizar con respeto a los derechos humanos y el cumplimiento del esclarecimiento de los hechos cometidos antes del juzgamiento como un fin del proceso.

V. Castigo, razón y naturaleza

En términos Kantianos lo racional es *a priori*, lo cual, quiere decir que no depende de la experiencia, por ello, los principios de la moral no son derivados de la experiencia sino de la pura razón, no son las inclinaciones las que le dan sentido.

El derecho —según Kant— como una cuestión positiva es una cuestión empírica, depende de lo que se haya legislado, sin embargo, su fundamento está en un juicio de otro nivel, ello lo hace depender del juicio racional. El derecho en ese sentido se distingue de la moral por el móvil de la acción, mientras el juicio jurídico se da por cualquier móvil, el de la moral tiene exclusivamente como fin el deber.¹⁹

El castigo al infringir un dolor se da como un suceso natural, de la misma manera que cualquier suceso que produzca placer o desagrado. En ese sentido toda acción humana es un suceso natural, pero su carácter racional no

¹⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁹ Enrique Serrano Gómez, “Derecho y Razón Práctica”, pp. 11-15.

deriva de su carácter empírico sino de su fundamento *a priori*, es un ejercicio reflexivo desde la pura racionalidad. En ese sentido el castigo no es más que una determinación y su fundamento deriva en la afirmación del derecho en la persona jurídica, aunque su ejecución, al igual que cualquier acto humano, es un suceso natural. Sin embargo, Jakobs plantea al castigo como un suceso natural dejando de lado su determinación jurídica.

En la coacción jurídica el derecho permite u obliga a maltratar al sujeto a quien se obliga como parte de la naturaleza, esto es: en ese sentido no se le trata como persona, aunque sea su propia personalidad la que haya debido primeramente desencadenar ese permiso o ese mandato.²⁰

El trato de persona en el castigo no está en el resultado como un suceso natural, sino en el procedimiento mediante el cual el sujeto es juzgado y se le escucha en juicio, manteniendo las garantías de sus derechos y en la determinación jurídica que preserva su dignidad humana al no infligirle un castigo de antemano, y en permitir que tenga la oportunidad que cualquier otra persona pueda tener de defenderse ante un juez.

De otra manera sería imposible hablar de la condición de persona, puesto que aun el proceso de acuerdo y ejecución de un contrato son sucesos jurídicos que pueden resultar contra la voluntad al momento de la ejecución.

Un pensamiento de esa naturaleza ha vuelto abstracto el análisis al sacar del proceso, en el que tiene sentido, una determinación que solo se considera por ser un resultado.

VI. La despersonalización del enemigo

El derecho penal del enemigo que desarrolla Jakobs parte de la consideración de que todo castigo a final de cuentas es una despersonalización deriva de la aplicación de la fuerza, como un suceso natural, aún contra la voluntad del sujeto.

La diferencia con cualquier otro delito como una oposición a la normativa jurídica es que el que ha hecho del delito su forma de vida ha negado al de-

²⁰ *Ibid.*, p. 13.

recho como totalidad del orden jurídico y no como una normativa específica, en ese sentido al negar el derecho ha negado su propia condición de persona.

En ese sentido, no sería el derecho el que lo ha despersonalizado, sino sus propias acciones que se presentan como una comunicación silenciosa de una propuesta de mundo que se opone al derecho. Oposición que tiene como consecuencia la de oposición a la condición de persona.

Es así porque el derecho representa las expectativas sociales, los sujetos esperan vivir en paz y conservar sus bienes y sus derechos bajo las reglas del orden jurídico. Esa expectativa social, según Jakobs, consagrada en el derecho es puesta en pausa en torno a su vigencia por la comisión del delito que solo se supera con el restablecimiento de la vigencia de la norma por la imposición del castigo.²¹

Pero tratándose de los sujetos que han hecho de su forma de vida una oposición sistemática al derecho, en consideración del autor alemán, no solo han negado una normatividad, han negado al derecho mismo y por lo tanto han perdido la calidad de personas. Lo cual lleva a la necesidad de establecer un régimen de excepción, uno especial en donde los derechos humanos de protección de las personas se ven disminuidos.²²

Se trata de un régimen especial en el que los derechos disminuidos son los que permiten la protección del derecho de ser juzgados por un sistema equilibrado desde la misma conducción de los sujetos al proceso. Este régimen especial evita que se cumpla con el esclarecimiento de los hechos, como uno de los fines supremos del procedimiento, máxime si este implica una menor exigencia probatoria de culpabilidad.

VII. Conclusiones

El derecho penal del enemigo fundamenta un régimen especial para la comisión sistemática de delitos por un grupo de sujetos a los que se han de considerar como enemigos, ya que, su actuar tiende a negar el derecho que recoge las expectativas sociales, logrando con ello la pérdida de la vigencia de la ley. Pero en el caso extremo este grupo, con su forma de vida, no solo amenaza con destruir la norma, sino que niega el sistema jurídico completo.

²¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

²² *Ibid.*, pp. 117-122.

La persona en sus dimensiones jurídica y moral representan dos ámbitos de responsabilidad derivados de la persona, a la que se le atribuyen dichos ámbitos. El Estado mismo actúa como persona jurídica y establece relaciones con otras personas, ya que el derecho es un ámbito de relaciones interpersonales.

El Estado que establece relaciones a través de la condición de persona, al despersonalizar a los sujetos se niega a sí mismo su condición de sujeto y se presenta como una fuerza a la que llama derecho pero que ha perdido su carácter.

En ese sentido, el régimen de excepción que pueda surgir de la consideración especial de los sujetos sometidos ha querido salvar al derecho y lo ha convertido en el derecho del más fuerte. Pues al hacer incidir su excepcionalidad en los derechos que derivan de la condición de persona han convertido al procedimiento en una consecuencia de la pura fuerza. El derecho de excepción se ha convertido en el instrumento del Estado que puede usar contra la moral y el derecho para señalar a cualquier ciudadano, negando con ello la calidad de persona de manera contingente y por lo tanto destruyendo el derecho cuya vigencia no puede ser restablecida sino aplicando el derecho de las personas y no el de los enemigos.

Jakobs pretende de esa manera justificar un derecho de los sin derecho por determinación preprocesal, por medio de la separación entre sujeto físico y persona, arribando con ello a un régimen de derecho aplicable entre no personas-enemigos, con la disminución de los derechos que dan sentido al proceso y por ello, como una imposibilidad de la justicia, y por lo mismo, como un uso del poder del más fuerte, en negación del orden jurídico.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2013.

Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 2013.

Günter, Jakobs. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*. México, Editorial Flores, 2015.

- Hegel Georg Wilhelm, Friedrich. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. Trad. Ramón Valls Plana, Madrid, Alianza, 2010.
- _____. *Principios de la filosofía del derecho*. Trad. Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 2005.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999.
- _____. *Metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina y Jesús Conill Madrid, Tecnos, 2016.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2019.
- Trueba Atienza, Carmen y Sergio Pérez Cortés. *Dignidad: perspectivas y aportaciones de la filosofía moral y política*. México, Anthropos, UAM-I., Trueba Atienza, 2018.
- Roxin, Claus, Jakobs Günter, Friedrich-Christian Schroeder, Miguel Polaino Navarrete, Miguel Polaino-Orts. *Teoría del delito: Cuestiones fundamentales de dogmática penal*. México, Editorial Flores, 2019.
- Serrano, Gómez Enrique. “Derecho y Razón Práctica”. *Signos filosóficos*, Vol. VI, Núm. 11, enero-junio, México, UAM-I., pp. 9-45.

Bioderecho y resistencia biopolítica a la biopolítica oficial

Liliana Fort Chávez*

Resumen:

Necesitamos saber discernir entre un gobierno tiránico, que reproduce la sumisión y la violencia, y un gobierno legítimo que privilegia la comunicación y plasticidad del sistema nervioso. Cada uno implica diversas formas de vida: unos apuestan a un juego social incluyente, que pacifica la ciudadanía y desarrolla su percepción; otros, por un juego excluyente, que deja a la ciudadanía individualizada y violenta. Hemos vivido una normalización biopolítica, que se ha presentado como el biopoder instrumentalizador de lo viviente. Necesitamos conocimiento de las posibilidades inscritas en la estructura misma de lo viviente (autoconocimiento, plasticidad), para estar en condiciones de llevar a cabo una resistencia biológica a la biopolítica. Necesitamos el lenguaje simbólico, en orden de acoplarnos en una ecología concebida como la interrelacionalidad en donde transformarnos.

Abstract:

We need to know how to discern between a tyrannical government, which reproduces submission and violence, and a legitimate government that privileges the communication and plasticity of the nervous system. Each one involves different forms of life; some bet on an inclusive social game, which pacifies citizenship and develops its perception; others, on an excluding game, which leaves citizens individualized and violent. We have experienced a biopolitical normalization, which has been presented as the instrumentalizing biopower of the living. We need knowledge of the possibilities inscribed in the very structure of the living (self-knowledge, plasticity), to be able to carry out a biological resistance to biopolitics. We need symbolic language, in order to engage in an ecology conceived as interrelationality in which to transform ourselves.

Sumario: Introducción / I. Deriva biológica / II. Edipo y la Ley / III. Juegos del lenguaje y formas de vida / IV. La filosofía y la filosofía del derecho: entre conocimiento disciplinario y conocimiento complejo o de la contingencia / V. El futuro y la resistencia biológica / VI. El lenguaje simbólico y reestructuración social / VII. Concepto de ecología / Fuentes de Consulta

* Profesora-Investigadora de Filosofía del Derecho en la UAM-A.

Introducción

Necesitamos el autoconocimiento como parte de una deriva biológica. Saber discernir entre un gobierno tiránico, que reproduce la sumisión y la violencia, y un gobierno legítimo que privilegia la comunicación y plasticidad del sistema nervioso. Conocer el lenguaje característico de cada uno, las formas de vida que representan e impulsan: unos, apostando por un juego social incluyente, que coordina y pacifica la ciudadanía; otros, por un juego excluyente, destructivo, que solo dialoga con los potentados y deja a la ciudadanía cada vez más individualizada y violenta.

Hasta ahora, hemos vivido una normalización biopolítica, que se ha presentado como el biopoder, consistente en control e instrumentalización de lo viviente. Necesitamos conocimiento de lo que proviene de las posibilidades inscritas en la estructura misma de lo viviente (autoconocimiento, plasticidad), y no conceptos filosóficos que lo ocultan, para estar en condiciones de llevar a cabo una resistencia biológica a la biopolítica. Necesitamos de un bioderecho para transferir dicha resistencia al lenguaje simbólico, y realizar una reestructuración física y mental de nuestro organismo, en orden a de conformar un concepto profundo de ecología como interrelacionalidad, con el cual asumir las diversas posibilidades de regeneración y plasticidad que presentan las biotecnologías como la epigenética.

I. Deriva biológica

¿Qué es la organización de algo? Por organización entendemos aquellas relaciones que tienen que existir o tienen que darse para que ese algo sea. Los componentes y relaciones que constituyen una unidad particular se organizan formando estructuras; las unidades forman sistemas, es decir, conjuntos de procesos dinámicamente interrelacionados para cumplir una función. Una máquina, lo mismo que un organismo vivo, son sistemas. La función que tiene una máquina es realizar la operación para la cual fue diseñada; la función que tiene un organismo vivo como unidad *autopoiética*, es mantenerse en vida constantemente.

La aparición de unidades *autopoiéticas* sobre la superficie de la Tierra marca un hito en la historia de este sistema solar. Los seres vivos se carac-

terizan porque, literalmente, se producen continuamente a sí mismos, lo que indicamos al llamar a la organización que los define, organización. “Lo peculiar de los seres vivos es que su organización es tal que su único producto es sí mismos, donde no hay separación entre productor y producto”¹. Los sistemas vivos son autónomos, pues son capaces de especificar su legalidad como organización *autopoiética* o autoproductiva. Entre más autónomo es un organismo, más relaciones establece con el entorno; se constituye en la trama de interdependencia. Al recibir los estímulos o provocaciones del medio ambiente el organismo se reestructura, pero conserva su organización *autopoiética*. La información acerca de estas reestructuraciones se va guardando y conservando en el genoma. Es así como transcurre el tiempo biológico.

Como dos (o más) unidades *autopoiéticas* celulares pueden encontrarse acopladas durante su vida (ontogenia), sus interacciones adquieren un carácter recurrente o muy estable. El acomplamiento da lugar a la multicelularidad, otro orden de la vida que ha aparecido en todos los reinos, tanto vegetales como animales. Dada la movilidad de los diversos multicelulares, ya sea mediante los elementos naturales que los esparcen o por locomoción animal, éstos se han extendido por todo el planeta, dando lugar a múltiples formas de vida, resultado de las irritaciones o provocaciones de diversos nichos. Es así como ha surgido la gran biodiversidad.

En general, el fenómeno de reproducción consiste en que, a partir de una unidad, y mediante algún proceso determinado, se origina otra unidad de la misma clase; es decir, con la misma organización *autopoiética* pero diversa estructura. La reproducción, aun en los multicelulares, se realiza a nivel celular con la formación de un cigoto a partir de un óvulo y un espermatozoide. Es allí donde se recombina la información de cada uno, dando más posibilidades de reestructurarse al descendiente, para conservarse.

La visión determinista del conocimiento señala que los genes contienen la “información” que especifica al ser vivo. Esto es un error: primero, porque confunde el fenómeno de la herencia con el mecanismo de réplica de ciertos componentes celulares (los ADN) de gran estabilidad transgeneracional; segundo, porque decir que el ADN contiene lo necesario para especificar a un ser vivo saca a estos componentes (parte de la red *autopoiética*) de su inte-

¹ Humberto Maturana y Francisco Varela, *El árbol del conocimiento*, p. 29.

rrelación con todo el resto de la red. Es la red de interacciones en su totalidad la que constituye y especifica las características de una célula particular, no uno de sus componentes. El error está en confundir participación esencial del ADN con responsabilidad única del mismo. En el ADN está el tiempo registrado como historia de su plasticidad, visión no compartida por el conocimiento determinista que sólo mira el instante, hace sus generalizaciones acerca del organismo y así lo enuncia.

Plantas y animales son organismos *autopoiéticos*, con o sin sistema nervioso. Entre las sociedades instintivas más desarrolladas están, por un lado, los insectos y en otro, los mamíferos vertebrados. Para explicar el funcionamiento del sistema nervioso, los científicos refieren haber separado de su madre, por unas pocas horas, a un corderito recién nacido, para luego devolvérselo. Se vio en el animalito un desarrollo aparentemente normal, pero a la hora en que los demás contemporáneos comienzan a jugar, a hacer cabriolas, a caminar, se observa que no juega con los otros corderos. No sabe y no aprende a jugar. ¿Por qué no se integra con el grupo?

No se sabe por qué en detalle, pero todo indica que el sistema nervioso del borreguito es diferente como resultado de la privación materna transitoria en el momento en que ésta lame el cuerpo del crío y provoca que se hagan las sinapsis necesarias, desde la piel hasta el cerebro, que le permitirán coordinar sus extremidades y moverse como todos los otros que sí recibieron los estímulos del medio, es decir, el “baño” que les dio la madre. Estas interacciones o irritaciones del medio externo son decisivas para una transformación estructural del sistema nervioso, y para conservar la organización *autopoiética*. El borreguito que no las recibió no pudo caminar, pues al no haber reconectado redes nerviosas, no tenía capacidad de coordinar el movimiento de sus patas: por lo tanto, no pudo integrarse a su sociedad instintiva.²

Este experimento evidencia que el operar del sistema nervioso es expresión de su conectividad o estructura de conexiones, y que la conducta que surge depende del modo en que se establecen en él las relaciones de actividad internas. El sistema nervioso reestructura sus correlaciones internas para mantener al organismo autoproduciéndose. No se reestructura como efecto de una causa externa, sino a partir de las irritaciones del medio externo, para continuar autoproduciéndose. Y de esa manera, el sistema nervioso presen-

² *Ibid.*, p. 85.

ta plasticidad. Quien desarrolla su sistema nervioso percibe un mundo más amplio y tiene mayor capacidad de realizar conductas, como el animalito que recibió las irritaciones externas de la lengua materna y pudo acoplarse a su sociedad instintiva; no así el borreguito no desarrollado cuya accidentada vida no pasará del corral.

Las sociedades instintivas también son *autopoiéticas*, pues son un conjunto de procesos dinámicamente interrelacionados a través de las percepciones visuales, auditivas, sensoriales, olfativas, para mantener a la sociedad constantemente en vida. La sociedad es un conjunto de organismos con sistema nervioso y constituye otro orden de la vida, que opera como una red cerrada de cambios de relaciones de actividad entre sus componentes, según el rol en la red social en la que opera.

Refiere Bergson que, de las sociedades instintivas, donde alguno comenzó a marcar las regularidades, surge la inteligencia. Si bien es una capacidad que nos da conocimientos mecánicos del mundo y nos permite construir tecnologías, no es una facultad social, pues hace caer en la tentación de individualizarnos y desprendernos del contexto social. Pero, “cuando la inteligencia afecta la estabilidad social, surge la fabulación literaria como un correctivo”.³ Mediante la literatura clásica no se establecen proposiciones verdaderas; más bien, se pueden ver formas diversas de producir verdades y comparar los efectos sociales de cada una. De esa manera, tendremos elementos para tomar decisiones.

El cerebro no da una respuesta al medio, más bien, coordina las actividades internas del cuerpo. Como animales, desarrollamos nuestro sistema nervioso a partir de provocaciones del medio, como caricias, deporte, juegos, etcétera. Como animales pensantes, desarrollamos las redes neuronales y la cerebración a través de la deliberación y el desarrollo lingüístico. El sistema nervioso es plástico: se transforma tanto a partir de información genética como a partir de provocaciones del medio externo (epigenética). El sistema nervioso no inventa la conducta, sino que la expande de una manera dramática, y su desarrollo se da a partir de contar historias, de hacer hermenéutica. En estos espacios de comunicación se aprende a discernir entre las sociedades civilizadas que se sustentan en el ideal del derecho, y las sociedades violentas e inestables gobernadas por los tiranos; se aprende a escuchar, a ubicar las contradiccio-

³ Henri Bergson, *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, p. 168.

nes performativas del que habla según su interés, para contrastarlo con el que habla en interés de todos. Las neurociencias pueden hacernos entender la anticipación del sistema nervioso central respecto de los procesos sociopolíticos, evitando así sujetarnos a formas fijas de relación social. De ahí la importancia de debatir buenos relatos. Hay quien habla de un exo-cerebro y lo mira en la cultura deliberativa.

El sistema nervioso es una unidad definida por sus relaciones internas y las interacciones que modulan su dinámica estructural; esto es, como una unidad con clausura operacional. Dicho de otra manera, el sistema nervioso no “capta información” del medio, como a menudo se escucha (esta no es su principal función), sino al revés, trae un mundo a la mano al especificar qué configuraciones del medio son perturbaciones y qué cambios repercuten en el organismo. Es decir, reestructurado por el medio, el sistema nervioso percibe un mundo más amplio y elabora ideas con pretensión de universalidad.

Un ejemplo de ello tenemos en la tragedia de Edipo. Veremos cómo un recuerdo olvidado de su juventud hace aparición y dispara la sinapsis neuronal que cambiará la mirada que tiene sobre su vida. De un momento a otro, Edipo se figura a sí mismo en un mundo diferente y cambia su lenguaje normativo-descriptivo al expandirse su percepción de la realidad. El mundo no se presenta en el lenguaje como un objeto, sino que revela su sentido en un proceso que es, a la vez, hermenéutico e histórico.

El lenguaje tiene en su base una comunidad de vida, una cultura de la que surge y se desarrolla. En la modernidad, los lenguajes nacionales privilegiaron el conocimiento científico experimental, cuyo resultado son leyes abstractas. Dichos conocimientos causales y normativo-categoricos son *trascendentales*, pues tienen un método de conocimiento. En cambio, el proceso de interpretar e ir corrigiendo las interpretaciones sobre el supuesto mundo nouménico es *trascendente*, pues éste es el único y constante correctivo con el que el pensamiento se sustrae al dominio de la estructura lingüística estatizada, para lograr hacer su historia. Kant, en su tercera *Crítica*, trató el lenguaje simbólico en el arte con sus posibilidades creativas y su tarea de atar los cabos sueltos del proceso de la deriva biológica, para acoplarnos al ecosistema en donde es posible la supervivencia de las especies.

Sin embargo, Kant supeditó el proceso cognoscitivo de la naturaleza y de la sociedad a la finalidad de la naturaleza expresada en la cultura; pero la mo-

derinidad secular rechazó este conocimiento, al haber sido fundado en Dios. Por eso, la modernidad se despliega con el conocimiento científico determinista, y la finalidad de la naturaleza, que es sobrevivir acoplándonos para ello en el mundo vivo, se borra. De manera que nuestra sensibilidad es remodelada para ordenarse a la finalidad de consumir, línea que las empresas comerciales fomentan dentro de los estados nacionales. En general, se cultiva la ignorancia sobre las ciencias complejas, o de la vida, en beneficio de las ciencias deterministas. Bajo el dominio de los medios de comunicación, el capitalismo evita la percepción del estado del mundo, la creación de ideas y el desarrollo orgánico en la interrelacionalidad ecosistémica. Hoy, el progreso de la ciencia es constituido por el conocimiento de la deriva biológica, sin embargo, el poder económico de la burguesía ha avasallado el poder político de los ciudadanos, privándolos de las ciencias de la complejidad y de las humanidades; por eso sobreviven “accidentados”.

La humanidad se organiza *autopoiéticamente* a través del lenguaje. Veremos, a continuación, dos estilos de hacer juegos lingüísticos y los modos de vida que conllevan. Diferenciaremos, a través de la tragedia de Edipo, dos maneras de construir la verdad y modelar los cerebros y percepciones de los ciudadanos: una, según el tirano, y otra, según la sociedad organizada *autopoiéticamente* a partir del lenguaje simbólico. Señalaremos la necesidad de transformarnos para conservar el futuro de la Tierra como nuestro nicho ecológico, tan dañado hoy en día.

II. Edipo y la Ley

Veamos algunos momentos determinantes en la historia de Edipo. Empecemos por el principio.

Yocasta y Layo reinan en Tebas. Layo mira al Edipo recién nacido y piensa: “Estás para tomar mi puesto en el mundo, para reducirme a la nada, para robarme todo lo que tengo. Lo primero que me robarás será la mujer que amo”.⁴ Edipo, al ser enviado a otra habitación y separado de la madre, se convierte en una furia. A la mañana siguiente, Layo ordena a un siervo que lo

⁴ Las frases entrecomilladas, pero sin una referencia bibliográfica, no son citas; corresponden a enunciados en estilo directo, y son intervenciones que la autora hace para dar mayor vivacidad a la exposición de esta antigua tragedia griega.

mate en el monte. Yocasta le da al niño. El siervo tiene misericordia y lo regala a unos pastores que, a su vez, lo llevan a Corinto, donde será adoptado por los reyes. Pólipo y Mérope le darán todo a su hijo adoptivo, excepto la verdad sobre su origen.

Edipo, como todos los niños, nació lleno de inclinaciones subjetivas, como es la posesión de la madre que proporciona alimento. Desde niño fue observador, se había dado cuenta de la plasticidad de la vida a través del tiempo. Por eso pudo resolver el enigma que la Esfinge había lanzado y que otros muchachos no hicieron. Los padres lo festejaron con juegos. Jugando a la pelota, Edipo hace trampa y se corona como vencedor. Otro chico reclama la victoria, dice que la huella muestra que no siguió las reglas del juego. Edipo, indiferente, se retira, y el compañero le grita: “¡Hijo falso!” “Rey ilegítimo!”. Pero no hace caso, ya pedirá una explicación a sus padres. Cuando habla con ellos, Pólipo y Mérope niegan que sea adoptado. La madre lo consuela, le dice que chicos lo hicieron “por envidia”.

Como tiene sueños extraños, Edipo decide ir al oráculo para saber el significado de sus inquietudes. La Esfinge le dice: “En tu destino está escrito que asesinarás a tu padre y te casarás con tu madre”. Horrorizado con el vaticinio, Edipo decide no regresar a Corinto y se dirige a Tebas para evitarlo. En un cruce de caminos, desde un carruaje alguien le grita: “¡Quítate, pordiosero!”. Edipo le responde. El otro, molesto, ordena a sus guardias agredirlo, pero éste los enfrenta uno a uno, y los mata; entonces decide encararlo él mismo, pero es vencido igual. Un siervo, testigo de los hechos, huye del lugar. Una vez que se hubo defendido, Edipo siguió su camino, sin saber que había matado a Layo, el rey de Tebas, su padre.

Llegando a Tebas, se encuentra con asentamientos de pobres y migrantes. Le cuentan que hay un monstruo que los esclaviza y que está en el monte. Edipo sube y lucha con él. Este oráculo le dice, al caer de lo alto, que el problema que quería resolver, estaba dentro de él. Edipo de nuevo no escucha: no percibe lo que le dicen. En un acto de generosidad, les ofrece políticas de distribución de bienes y ellos lo hacen su rey. La distribución de bienes es una condición necesaria para lograr un gobierno legítimo: sin distribución de bienes no hay gobierno legítimo. La distribución no es suficiente. A Edipo no le era difícil controlar las pulsiones de ambición de dominio y apropiación, por eso Edipo vence temporalmente a la Esfinge, pero no se desprende de su

vanidad. Aclamado por los múltiples grupos populares, acepta casarse con Yocasta y reinar Tebas, pero ¿está preparado para eso? Tiresias intuye que no; siente que no sabrá vencerse a sí mismo, ni tampoco liberará a sus súbditos de la fatalidad de la fortuna y el capricho de sus inclinaciones subjetivas. El mundo de la libertad que sueña el adivino ciego está lejos de realizarse.

Edipo tuvo cuatro hijos con Yocasta, pero la fatalidad aún pesaba sobre él. La prosperidad de los primeros años de su reinado fue menguando. Volvieron los problemas de violencia, inseguridad, epidemias y pobreza; y el pueblo exigía una solución. En busca de respuestas Creonte, el hermano de Yocasta, acude al oráculo de Apolo y éste le dice: “La causa de tanto infortunio es la impunidad de un hombre que está en el reino”. Lo comenta después con Edipo y éste le pregunta: “¿De qué hemos de acusarlo? ¿A qué pena debemos condenarlo?”. Creonte responde: “Del homicidio de Layo. La ley prescribe que el que mata debe morir, pero nadie ha recibido la pena de muerte por el homicidio del antiguo rey”. Edipo toma la tarea de encontrar y sancionar al culpable.

Creonte le aconseja buscar al ciego Tiresias y presionarlo para que hable. Edipo lo llama y éste le dice: “El hombre al que buscas está aquí como extranjero, pero es de Tebas. Es hermano y padre de sus hijos, además él es hijo y marido de su madre. Tú eres ése que estuvo unido a la mujer del padre y es asesino de él”. Edipo lo acusa de estar coludido con Creonte.

Yocasta trata de calmarlo. Le aconseja hablar con el siervo de Layo, aquel que había huido luego de presenciar la muerte de su amo. Edipo lo llama e interroga. En ese momento llega un mensajero de Corinto a decir que Pólipo había muerto y que Edipo sería su sucesor. Allí, siervo y mensajero se carean. Entonces sale a la luz la historia de su origen: desde Layo, que por una profecía decidió sacrificar a su hijo recién nacido; pasando por el siervo que recibió a la criatura con pies amarrados, colgado de un gancho, para que lo matara en el monte, hasta el mensajero que se cruzó en el camino y aceptó salvarle la vida, llevándolo a los reyes de Corinto, quienes decidieron adoptarlo. Edipo comprende, al fin, que es el hijo biológico de Layo y que mató a su padre por propia mano.

Sin embargo, no acepta ser parricida, pues considera que actuó en legítima defensa contra un atacante que no conocía; tampoco siente responsabilidad por el incesto que cometió, pues no sabía que Yocasta era su madre.

Mientras analiza los porqués de sus acciones, súbitamente le viene un recuerdo que le hace ver todo su pasado bajo otra luz. Recuerda aquel juego de

pelota que ganó haciendo trampa y las recriminaciones de sus compañeros cuando corrió a coronarse de laureles: “¡Hijo adoptado!”... “¡Rey ilegítimo!”, le gritaron. Era entonces un jovencito, y se fue del lugar sin responder a las acusaciones. Comprende que su crimen no fue ni el parricidio, ni el incesto, sino que realizó una omisión imperdonable: no escucha a los hablantes del pueblo, no los mira en la interconexión de la historia. Pero ahora lo percibe y cambia la perspectiva con la cual ve el mundo. Logró legitimar su gobierno a través de políticas asistencialistas, distribuyendo bienes entre la población, pero esto no fue suficiente para mantener la paz. Él, aunque generoso, cometía arbitrariedades. Se hizo la luz en su cerebro, cuando recordó su prepotencia al no haber reconocido su trampa en el juego de pelota, ni en el juego social. La biopolítica oficial de él como gobernante había evitado la organización ciudadana y la expansión de la capacidad perceptiva del sistema nervioso de los potenciales hablantes. En un acto de resistencia biopolítica a su pasado, Edipo debía que auto sancionase.

En la sociedad, igual que en el ajedrez, la coparticipación es un factor esencial. Basado en la teoría de juegos, Alf Ross utiliza esta metáfora para señalar que los objetivos e intereses que se persiguen, y las acciones condicionadas por ellos, solo pueden ser concebidos como eslabones de un todo más grande, que incluye las acciones de otra persona, en general en los juegos. No es posible que una persona se proponga por su cuenta ganar al ajedrez. Las acciones que constituyen el juego solo pueden ser llevadas a cabo cuando se juega en forma alternada con una segunda persona. Cada jugador tiene su parte a desempeñar, pero cada parte solo adquiere significado cuando el segundo jugador cumple con su papel.⁵

Edipo no cumplió su papel como jugador aquel día que hizo trampa en el juego de pelota. Y lo que es peor, siendo rey de Tebas, rompió las reglas del juego social al omitir la actividad deliberativa. Sin deliberación, el hablante no puede formar eslabones, está individualizado; no puede ejercitar el lenguaje simbólico, tampoco desarrollar la plasticidad de su cerebro, o ensanchar su percepción y conciencia del mundo. Cuando el gobernante juega aliándose con los pudientes, para usar a los ciudadanos, se inhibe la participación de los hablantes y la civilidad de costumbres no emerge. Ése era el crimen por omi-

⁵ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 14.

sión que estaba aún impune y que había provocado la vuelta de la violencia, inseguridad y pobreza al reino de Tebas.

El sistema nervioso se reestructura a partir de provocaciones del medio, como es la palabra. El uso de la palabra permite a los hablantes diversificar sus conductas, organizarse y apropiarse del mundo en el sentido de que lo nombran a partir de la existencia orgánica común. Sin comunicación, un cerebro subdesarrollado se manifiesta en la violencia. En el caso de Edipo, al omitir la cultura discursiva en su estado, los súbditos no se lograron identificar con la interdependencia e indivisibilidad de la vida y, desconociendo la noción de orden ecológico, lo desorganizaron.

Ross señala que la vida humana social en una comunidad, al igual que el juego, no es un caos de acciones individuales mutuamente aisladas. Adquiere un carácter de vida comunitaria a partir del hecho mismo de que un gran número de acciones individuales son relevantes y tienen significado en relación con un conjunto de reglas comunes. Dichas acciones constituyen un todo significativo y guardan la misma relación entre sí que movida y contra movida en el ajedrez. Aquí también hay interacción mutua, motivada por las reglas comunes del “juego” social que le confieren significado. Este es el ambiente donde surge el Bioderecho, donde hay resistencia a las políticas biopolíticas oficiales.

Edipo se dio cuenta que había roto las reglas del juego social. Viene a su memoria la pobreza que encontró cuando llegó a Tebas, y el heraldo que lo condujo hasta la Esfinge para que la venciera, y la forma como acabó con su terror, lanzándola al precipicio. Vuelve a escuchar ahora, la advertencia que le hizo al caer: el verdadero abismo no era ese al cual la empujaba, sino aquel que traía dentro de él mismo. Piensa entonces en Tiresias, en ese mundo de la libertad que deseaba, donde cada persona sabe controlar sus inclinaciones, razona y tiene la capacidad de decidir su propia vida, más allá del destino al que está sometida.

Como gobernante, Edipo reprodujo el modelo asistencialista aprendido de sus padres adoptivos: distribuyó bienes al pueblo de Tebas y, por un lapso, sus políticas fueron efectivas. Cómo explicar el retroceso que llegó a continuación: de nuevo la violencia, la inseguridad, las enfermedades, la pobreza. Si como dijo el oráculo, la razón del malestar en Tebas era la impunidad, ¿qué crimen había que castigar? ¿La muerte de Layo o la muerte de la ciudadanía

pensante? Si es lo primero, Edipo no se sentía culpable, lo hizo en defensa propia y sin saber quién era la víctima. Si es lo segundo, comienza a entender que él, como gobernante, era responsable de todos los males. No supo escuchar, no se percató que la gente era meramente reactiva ante él, sin propuestas ni participación. Sin eso, no es posible integrar una sociedad como “un todo coherente de sentido y significación”.⁶

Los juegos del lenguaje inclusivos de los hablantes estabilizan las inclinaciones y, por tanto, emerge el entendimiento social (civilización), y el lenguaje con el cual organizar la Tierra como un sistema *autopoiético* o autosostenible. Pero Edipo jugaba excluyéndolos.

Finalmente, Edipo es condenado. Creonte decide que debe morir, porque cometió parricidio e incesto, pero como es misericordioso, lo castiga con el destierro o muerte civil. Él hace su metáfora retórica. Edipo rechaza tales acusaciones. Parte ciego, luego de haberse autocastigado sacándose los ojos.

III. Juegos del lenguaje y formas de vida

Comparemos los efectos sociales que instauran los juegos del lenguaje de Layo el tirano y Edipo ya con buen juicio. En cada uno se piensan diversas realidades cuando se pronuncia la palabra “derecho”. Hemos de ver “los mecanismos de dominación, que van más allá del ámbito estatal *stricto sensu* para abarcar todos los ámbitos de la vida: pública, privada, colectiva, individual”,⁷ pues tenemos que restaurar la posibilidad del ideal de la vida futura. Necesitamos mirar con transparencia y ubicar las contradicciones performativas que puede tener un proyecto social; por ejemplo, el que se dice democrático, pero utiliza métodos tiránicos de dominación. Si podemos ver estas contradicciones, podremos hacer crítica.

Entendemos por dominación todas las formas de influencia que obligan a un individuo o a un grupo, con frecuencia bajo amenazas de violencia, a una subordinación continua. Sin embargo, esta subordinación, incluso la más aparentemente alejada de la esfera política, encuentra su origen, tanto psicológico como político, en lo que Proudhon llama “prejuicio gubernamental”. La crítica

⁶ Robert Alexy, “La naturaleza de la filosofía del derecho”.

⁷ Catherine Malabou, *¡Al ladrón! Anarquismo y filosofía*, p. 26.

del Estado es, ante todo, crítica del hecho de que el Estado es solo una hipótesis, establecida para justificar la distribución arbitraria y la asimetría entre los gobernados y los gobernantes. Que unos manden y otros obedezcan, tal es la lógica del gobierno, su “prejuicio”.⁸ Para superar esa situación, acudimos al aprendizaje de Edipo. Él comprendió que los gobernantes son criminales, si no organizan la comunicación pública de los hablantes. Hoy nos gustaría ver al arquetipo superando la asimetría entre gobernados y gobernantes.

Es la ciudadanía la que debe hacer las leyes y nombrar las cosas del mundo, directamente o en la lectura e interpretación de las buenas historias, porque esta es la vía para desarrollar la percepción y conciencia de las personas, y también para autoconocernos en la dinámica interrelacionalidad e interdependencia de la vida vista como ecología profunda. Esto implica una forma de vida organizada para trascender en las generaciones, e implica el control de las inclinaciones subjetivas para reconocerse en la dignidad de los cuerpos organizados ante los desórdenes provocados en el planeta.

Sin embargo, hoy en día, tenemos estados nacionales democráticos que excluyen a los hablantes y los tienen detenidos en la idea de que el único conocimiento legítimo es determinista y disciplinario. Así, los juristas permanecen con la definición estática del derecho como orden coactivo de la conducta, derecho positivista, y renuncian al conocimiento de la dinámica deliberativa. No hay soberanía estatal sin lógica de gobierno, ni lógica de gobierno sin dominación. Vemos que cualquiera que tenga el mandato de representar a otra persona es inevitablemente llevado a decidir en su lugar; o sea, que no lo incluye, sino que prolonga su sumisión “representada”. Vemos al interior de los estados violencia y aumento de fuerzas represivas; y al exterior, tiranías “democráticas” en guerra. Según Proudhon, la constitución externa del poder colectivo, al que los griegos dieron el nombre de *arkhé* (principado, autoridad, gobierno), se basa en esta hipótesis: un pueblo —el ser colectivo que llamamos sociedad— no puede gobernar, pensar, actuar o expresarse por sí mismo de manera análoga a la de los seres dotados de personalidad individual; necesita ser representado por uno o más individuos, quienes, en alguna calidad, se supone que son los depositarios de la voluntad del pueblo y sus agentes. Este prejuicio gubernamental es el paradigma árquico, y es la actitud típica de las actuales democracias representativas, rompen con la tendencia a la organiza-

⁸ *Ibid.*, p. 27.

ción autopoietica. Los ciudadanos son tomados como cosas y reducidos a su mínima expresión.

El desmantelamiento del paradigma *árquico* solo puede tener lugar a costa de la deconstrucción de la metafísica. Alexy explica que los derechos humanos necesitan, más que metafísica, un fundamento en la ontología semántica. Cuando el individuo hace uso de la necesaria competencia del afirmar, interrogar y argumentar, presupone en tal uso el reconocimiento del otro como participante del discurso con igualdad de derechos. Si, además, conduce el discurso con seriedad, entonces reconoce al otro como autónomo.

Reconocer al otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Con ello yace en la naturaleza discursiva del hombre un sistema de conceptos que en primer lugar se corresponden con nuestra necesidad de competencias discursivas, que en segundo lugar tienen un significado normativo y que, en tercer lugar, conducen a que nuestro mundo esté poblado con entes que, con sus solas fuerzas no pueden crear los reinos de lo físico y de lo psíquico: con personas.⁹

Esta tesis metafísica tiene su fuente en la estructura de la comunicación, como afirma Habermas. Y esta es la manera de llevar a cabo una resistencia biológica a la biopolítica estatal.

Son dos juegos del lenguaje diferentes: la palabra “derecho” bajo Layo-Creonte significa orden coactivo de la conducta. Al no haber inclusión en la toma de decisiones, la cabeza y sus inspiradores, divinos y humanos, son los que juegan; los demás miran sin saber las reglas y ejercen violencia. Así ha sido en el pasado: el primitivo da órdenes y amenaza con sanciones legitimadas por dioses. Layo sujeta al pueblo a su orden; los ciudadanos están excluidos de la toma de decisiones, permanecen individualizados, desorganizados, violentos; subdesarrollados física y mentalmente. No son personas, sino objetos a manipular. El mundo de la vida no se discute, las decisiones son tomadas por el tirano y las fundamenta en las verdades de las ciencias causales y normativas disciplinarias. El autoconocimiento y la autocomprensión conjunta, como parte de una deriva biológica que se realiza en el debate de historias, están prohibidos.

⁹ Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, p. 248.

Es el mundo donde las tecnologías comunicativas han sido concesionadas al fundamentalismo, religioso o mercantil; donde la civilidad de costumbres no emerge y la expansión de la percepción, producto del desarrollo neuronal, no ocurre. La definición de derecho que conviene al tirano es una generalización de notas comunes en diversos espacios y tiempos, como es la definición ofrecida por Kelsen. “La ley de la casa, del estado, de la sociedad humana, su *oikonomia*, mantiene una relación con la *arkhé politikè*, cuya ambigüedad es el cemento paradójico del paradigma árquico”.¹⁰ Sobreviene con la definición kelseniana, una incapacidad de percibir el mundo más allá de los intereses de sus grupos familiares y de la nación, por lo que los ciudadanos son objetos a controlar. Y esta incapacidad se fomenta con los conocimientos disciplinares, mecánicos, que ciegan a la dinámica de la vida. Tenemos que superar este estado de sumisión con el autoconocimiento en la deriva biológica, para depurar y conectar los diversos conocimientos disciplinares con un sentido de supervivencia. La genética, la cibernética (sistema nervioso), la ecología como interdependencia, son conocimientos que no se desarrollan en la academia. Y son conocimientos que se transmiten a través de la literatura clásica de todos los tiempos: las humanidades. Pero no es un discurso aislado, sino “acción efectiva en el medio ambiente”.

¡Cuánto material de análisis tenemos tan solo en la historia de Edipo! Por ejemplo, cuando comprende que su crimen fue la omisión de escuchar y dejar expresar a sus ciudadanos, su idea del derecho cambia y adopta una visión transdisciplinaria. Deja de someterse a sus propias inclinaciones, para entrar en la autocomprensión. Del narcisismo profundo, transita al buen juicio. Evidentemente, Edipo no era un teórico, ni reflexionaba sobre el discurso, simplemente ató cabos y miró con transparencia las contradicciones que había tenido en el pasado, buscando trascender en la gloria o reconocimiento. En su cerebro se hizo la luz de las sinapsis verificadas: la trascendencia se logra con todos los otros hablantes. La obra fue creada hace unos 2500 años, mucho antes de que apareciera la teoría de sistemas vivos.

La humanidad se organiza *autopoiéticamente* mediante el lenguaje en actos del discurso. Y, como Edipo, debemos transitar hacia la comprensión de que, en nuestra condición de ciudadanos, necesitamos políticas organizativas en el discurso. Foros para exponer problemas y soluciones compartidas. Fo-

¹⁰ Catherine Malabou, *¡Al ladrón! Anarquismo y filosofía*, p. 33.

ros públicos que nos ubiquen en la interdependencia para razonar mediante argumentos, no solo en el congreso, sino en la vida cotidiana. *¡Sapere aude!* ¡Ten el valor de usar tu razón en público! Este es el lema de la ilustración kantiana que aún no hemos realizado. Es uno de los aprendizajes de Edipo, que las políticas para lograr la eficacia de las normas no siempre se reducen a la amenaza de sanciones. Este lema ilustrado es una resistencia biopolítica a la biopolítica del Estado, que no permite el desarrollo ni del cerebro ni del pensamiento entre los hablantes de la sociedad nacional.

IV. La filosofía y la filosofía del derecho: entre conocimiento disciplinario y conocimiento complejo o de la contingencia

La modernidad privilegió el conocimiento determinista a partir de la física de Newton. El principio de causalidad fue el modelo de conocimiento que se aplicó a las ciencias sociales. Kant observó que la razón da categorías para el conocimiento, tales como el principio de causalidad o el principio de la universalidad formal de la ley. Sobre sus pasos, Kelsen elaboró una definición estática de derecho como “orden coactivo de la conducta”, pero ambos supusieron que esto se daría en una cultura deliberativa donde la ciudadanía podría plantear las excepciones a las normas generales. El problema es que el proyecto de modernidad nace democrático, pero los representantes no desarrollan ni la inclusión en la toma de decisiones ni la cultura deliberativa. Por lo tanto, seguimos con esa definición de derecho, sin transitar a la civilidad de costumbres y la paz. La cultura nacional hoy no es suficiente para instaurar la paz. Para remediar este desorden y violencia en los hechos, donde se nos hace difícil explicar las cosas, acudiremos al conocimiento complejo o transdisciplinario. Hoy, la filosofía nos lleva a plantear una revolución epistemológica. Para Alexy, la filosofía es una reflexión sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y lo que podemos conocer; esto es, preguntamos por y argumentamos acerca de lo que existe objetivamente, acerca de lo que es verdadero o correcto, y está justificado.

A su vez, la filosofía del derecho hace estas mismas preguntas, pero con relación al derecho. Alexy es transdisciplinario, distingue tres discursos de la filosofía del derecho.

El primero discurso corresponde a la dimensión normativa, definida como la habilidad para reconocer lo correcto de lo incorrecto, con preguntas normativas de este tipo: ¿cómo la autoridad define lo correcto? o ¿cómo logra la eficacia de las normas? Vimos que Edipo cambió su noción de lo correcto, cuando se vio como criminal al no ser inclusivo en el discurso. Pero los gobernantes reales no lo hacen y siguen con la visión disciplinaria que los lleva a lograr la eficacia con más medidas represivas. No son como Edipo que se transformó aplicando una pena a su delito, porque entendió que lo correcto era la inclusión en la toma de decisiones: ésas son las reglas del juego social que producen corrección normativa; la manera correcta de que las normas logren ser válidas y eficaces. Por tanto, la biopolítica oficial subdesarrolla a la ciudadanía.

La segunda dimensión de la filosofía del derecho es analítica. Se define por el intento de identificar y hacer explícitas las estructuras fundamentales del mundo natural y social en que vivimos, y los conceptos y principios fundamentales mediante los cuales comprendemos estos dos mundos. Sin este complemento analítico, la filosofía no puede ser ni general ni sistemática en un sentido sustancial. Esta es la utilidad de las teorías: nos proporcionan conocimiento intersubjetivo al que todos pueden llegar, utilizando los presupuestos explicativos y sus principios lógicos. No hay grupos de investigación sin una teoría que los unifique, pero si la teoría se cierra a la expresión holista, puede ser usada por tiranos para legitimarse.

En tercer lugar, está la dimensión sintética u holística de la filosofía del derecho, caracterizada por el intento de unir los dos discursos anteriores en un todo coherente. “Dar un panorama coherente y fundado en profundidad acerca de lo que existe, lo que debe hacerse y lo bueno, y lo que podemos saber, es la idea regulativa de la filosofía, o en términos más simples, su finalidad última. Esto implica que la filosofía es necesariamente holística”.¹¹

En la comprensión de índole holista, todo el saber acerca de las partes puede y debe aprovecharse, pero como aquello que nos permite proceder a su ulterior caracterización como componentes tramados en las redes en red. “Y el centro de gravedad de esos esfuerzos holistas es precisamente la caracterización de la dinámica procesual de tales redes, sean entre átomos (moléculas, sólidos, líquidos y/o gases); entre moléculas (macromoléculas, células); entre

¹¹ Robert Alexy, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, p. 149.

células (tejidos, órganos, organismos vivos); entre organismos vivos (poblaciones, especies); entre seres humanos (grupos sociales, sociedades); entre estrellas (agrupaciones estelares, galaxias); entre galaxias (constelaciones galácticas; la metagalaxia), etcétera. Y cada una de tales redes constituye en sí misma solo un nodo tramado en las redes de mayor complejidad”.¹² No es sorprendente, entonces, que la metáfora “red de redes” o “redes en red” haya sido central para el pensamiento o enfoque de la complejidad.

Esta dimensión se encuentra en la literatura y en las artes. Quien discute historia, sobre todo la historia de su grupo o nación, y tiene conocimiento de su existencia, puede nombrar fenómenos más abarcadores a partir de metáforas que hace desde las analogías de la dinámica procesual común de las redes. Quien conoce su existencia orgánica, puede nombrar fenómenos más grandes del mundo a partir de analogías basadas en la dinámica procesual común de las redes. Así emerge el lenguaje simbólico, que es lenguaje común, en donde todos son susceptibles de ser creativos y donde abrevan los escritores para usar las metáforas en sus textos y crear otras. Más allá de las lenguas nacionales, hay esta posibilidad de reconstruir el lenguaje de la especie que está en la interrelacionalidad y es interdependiente. Este discurso es sintético y nos da conocimiento, a la vez que desarrolla el sistema nervioso y perceptivo. Esto debiera ser parte de los programas educativos, pero no se incluyen en la educación oficial. Por otro lado, debemos ser conscientes de que no toda metáfora busca el entendimiento en el nombrar las cosas. Por ejemplo, la metáfora de que el cerebro con una computadora, se hace bajo la similitud de que procesan información, pero ocultan que la máquina lo hace bajo programación y que el cerebro es creativo.

¿Qué es el derecho? Podemos responder disciplinariamente que es un orden coactivo de la conducta, como Kelsen afirmó, pero suprimir la deliberación con la ciudadanía produce violencia, individualismo, subdesarrollo cerebral y perceptivo, complejidad como desorden, y quedarnos allí, pues es una definición científica. Alternativamente, podemos mirarlo de manera transdisciplinaria, uniendo las tres dimensiones ya mencionadas. De esa manera superaremos la complejidad en sentido de desorden y violencia. Lograremos la paz, gobernanza y civilidad. Y haremos resistencia a la biopolítica oficial.

¹² Carlos Delgado y Pedro Sotolongo, *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social: hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo*, p. 17.

V. *El futuro y la resistencia biológica*

La vida humana no se subsume en la vida simbólica. Debemos advertir, nos dice Catherine Malabou, que “lo simbólico es el nombre de los juegos diferenciados que la vida juega consigo misma, sin nunca fragmentarse o dividirse a sí misma, y no perder de vista el alcance revolucionario de los mecanismos epigenéticos”.¹³ En este sentido, ella afirma una resistencia simbólica en la biología; una resistencia que la vida ejerce simultáneamente en su polimorfismo y contra su fijación; una resistencia que transformaría nuestra identidad en el ejercicio de la palabra simbólica que desarrolla la plasticidad del cerebro.

Apostar por las ciencias deterministas nos reduce a las instancias de normalización biopolítica, de manera que todos perdemos lo que tenemos ante nosotros: una nueva versión del intercambio que la vida mantiene consigo misma, una vida expuesta en sus riesgos y en sus chances. Hasta ahora, hemos vivido una normalización biopolítica, que se ha presentado como el biopoder oficial, consistente en control, regulación, explotación e instrumentalización de lo viviente. Un control que en los tiempos libres llega en formas de historias hasta nuestra casa. Necesitamos conocimiento de lo que proviene de las posibilidades inscritas en la estructura misma de lo viviente (autococimiento), y no de conceptos que lo dominan, para poder llevar a cabo una resistencia biológica a la biopolítica estatal. Necesitamos que el *bio* pueda ser considerado como una instancia compleja y contradictoria, opuesta a sí misma, que, por un lado, designa el vehículo ideológico de la soberanía moderna y, por otro, lo que limita a esta última. Todo eso parece no haber sido pensado jamás, pues el pensamiento se ha estacionado en los conocimientos deterministas y disciplinarios que esconden nuestras capacidades plásticas y organizativas bajo el mito ocultador de que en la ciencia “no hay mitos”.

La modernidad vio la cancelación definitiva del límite que se creía asegurado entre el sujeto político y el sujeto viviente. Las democracias modernas funcionan con políticas que ponen en entredicho la vida del ser viviente. En ellas el biopoder ha sido el dispositivo de introducción de la vida en los mecanismos políticos. Así, el poder se ha ejercido en los procesos de la vida, y ahora se emprende la tarea de controlarlos y modificarlos unilateralmente.

¹³ Catherine Malabou, “Una sola vida. Resistencia biológica, resistencia política”, p. 247.

Hoy el sujeto viviente ha ingresado definitivamente en la política y los organismos inteligentes ni cuenta se dieron. El doble proceso cruzado de politización de la vida y de biologización de la política ha tenido lugar sin tensión, ya que lo biológico está privado del derecho a responder y simplemente parece verterse en el molde del poder. Por ello, parecería que no puede existir una resistencia biopolítica a la biopolítica, nos dice la pensadora en “una sola vida”.

Sin embargo, la resistencia biológica se manifiesta en la exigencia de tener vida simbólica o cultural. La vida simbólica es aquella que excede a la vida biológica, dinamizando su sentido, recreándola. “Ella designa la vida espiritual, la vida como ‘obra de arte’, la vida como cuidado de sí y formación del ser, que desprende nuestra presencia en el mundo de su pura dimensión natural y oscura”.¹⁴ Vida iluminada a partir del discurso que desarrollan los cuerpos y los acopla a la dinámica interrelacionalidad que nombramos ecología profunda. Sociedad cosmopolita, en términos kantianos.

Foucault señaló que los dispositivos de poder se articulan directamente en el cuerpo. “Éste enlaza a ‘la anatomía, lo biológico, lo funcional’ y aparece como el mínimo denominador común entre las diversas determinaciones que deben calificar la ‘especificidad de viviente’”.¹⁵ Además, el cuerpo es y no es reductible a lo biológico, entendido como lo que hay de más material y viviente en los cuerpos. Y lo “menos viviente” y lo “menos material” es lo que, en el cuerpo, es incorporal: lo espiritual o lo simbólico. Los biólogos, no ayudan en este punto, pues buscan datos. Ninguno de ellos ha considerado útil abandonar la asimilación entre biología y biologismo, para entrar en el ámbito de la recreación.

Y, sin embargo, el cuerpo no es reductible a lo biológico, sino que participa en lo espiritual o simbólico. La euforia de los hablantes que se expresan como el iluminismo supuso, no ha llegado, no hemos acuñado el lenguaje universal del humano; las “democracias tiránicas” accidentaron el trayecto: permitieron expandirse los fundamentalismos religiosos y mercantiles que sujetaron a los hablantes en un individualismo que los enfrenta. Se hace necesaria la explosión de plasticidad neuronal a través de la palabra democrática, de la cultura, en suma, del constitucionalismo deliberativo, puesto que allí está la oportuni-

¹⁴ *Ibid.*, p. 252.

¹⁵ *Ibid.*, p. 255.

dad de abandonar historias que nos atan e ideas que colonizan la mente, para poder fundar una historia de nuestra libertad y responsabilidad sobre la conservación de la vida. En este sentido, es notorio que las humanidades no han cumplido su papel hermenéutico.

La ciencia de lo viviente podría y debería cuestionar la identidad entre determinación biológica y normalización política, a partir del autoconocimiento y ejercicio de discutir haciendo leyes y nombrando las cosas del mundo. Y, de esta manera, superar complicidades entre ciencia de lo viviente, el capitalismo y la manipulación tecnológica de la vida, como peligrosamente está haciendo la educación.

VI. El lenguaje simbólico y reestructuración social

En la epigenética, las interacciones tienen lugar entre dos sistemas de transmisión de la información hereditaria, tanto en el nivel del desarrollo individual (desarrollo ontogenético) como en el nivel de la perpetuación de los caracteres de la especie (herencia filogenética). La epigenética “hace aparecer al viviente como una estructura abierta en la cual se cruzan regímenes plurales de transmisión de la memoria y del patrimonio genético”.¹⁶

Lo que hay de más vivo y de material en los cuerpos, es como un espacio de juego, un dinamismo formativo y transformativo de la identidad orgánica que opera en la economía misma de lo viviente, y no fuera de ella.

La epigenética nos permite ver que son nuestros juegos del lenguaje los que implican ciertos modos de ser y formas de vida. Es decir, no hay funciones preestablecidas, por tanto, no hay un programa de la vida; éste es contingente: podemos transitar hacia la comunidad deliberativa y conformarnos como la especie humana responsable del resto de especies en la interrelacionalidad, o bien, detenernos en el violento primitivismo tirano y autodestruirnos. Pretendo mostrar lo anterior tomando como referencia a Layo y Edipo. Vemos allí que el hecho de vivir *per se* no conduce hacia el modo de ser sociable. Esto se logra debatiendo historias y comprendiendo lo antisocial de las imposiciones de leyes: así se transforma a los jóvenes hablantes y se los acopla a la meta de conservar el futuro.

¹⁶ *Ibid.*, p. 254.

La transmisión genética no es el único modo de transmisión hereditaria lineal; las modificaciones epigenéticas, efectivamente, tienen la particularidad de ser heredables de una generación celular a otra, lo que complejiza la idea de evolución progresiva o lineal, y revela la multiplicidad de sus dimensiones.

La noción de historia epigenética remite, finalmente, a las modificaciones del genoma que dependen no solo de factores internos y estructurales, sino también de factores ambientales. Recordemos la explicación de Maturana y Varela: los organismos se reestructuran a partir de las provocaciones del medio ambiente, y para conservar su organización *autopoietica*. Hay, entonces, una memoria transmisible de los cambios debidos al medio. Thomas Jenuwen, director de inmunología del Instituto Max Planck, piensa que se puede comparar la genética y la epigenética con la escritura de un libro y su lectura. Una vez escrito, el texto (los genes o la información almacenada en forma de ADN) será el mismo en todos los ejemplares distribuidos al público. Sin embargo, cada lector tendrá una interpretación ligeramente diferente de la historia, que suscitará en él emociones y proyecciones personales al hilo de los capítulos. De una manera muy comparable, la epigenética permitiría muchas lecturas de una matriz fija (el libro genoma o el código genético), dando lugar a diversas interpretaciones, según las condiciones en las cuales interrogamos esta matriz.

El problema es saber ¿desde dónde se está interrogando a los libros genéticos? ¿Hay realmente un programa, como muchos afirman? Si la estructura del viviente es un punto de entrecruzamiento entre un dato y una construcción, se hace difícil establecer una frontera estricta entre necesidad natural e invención de sí. Es decir, el viviente no ejecuta simplemente un programa, sino que se desarrolla a partir del medio externo. Puede optar por interpretar con conocimiento el libro genético o sujetarse al interés de las empresas mercantiles y del Estado.

Necesitamos ver la contingencia de la vida: podemos continuar con democracias representativas y aceptar educación disciplinaria, para seguir condenados a ser los espectadores de un juego entre partidos, políticos y empresas; o bien, transformarlas en democracias directas y culturales, con el modelo del sistema nervioso, para ser partícipes del juego social. Debatir historias públicamente nos hace ver nuestros ridículos y cambiar para acoplarnos al grupo de hablantes de un ecosistema global.

Con relación al genoma, Habermas diferencia entre una eugenesia positiva o perfeccionadora, y una eugenesia negativa que se reduce a la terapéutica. Afirma que, como nadie puede tener el criterio de perfección en una dinámica interrelacionalidad, es necesario detener la manipulación genética comercial, de frente a las posibilidades terapéuticas justificables. Sin embargo, la medicina preventiva no abona a esta distinción ética, por lo que, paradójicamente, ha servido para defender una eugenesia liberal mercantil, pues no reconoce fronteras entre intervención terapéutica e intervención perfeccionadora. De esa manera, deja que sean las preferencias de los particulares de frente al mercado las que elijan los objetivos de la modificación a la genética original. Por ello, las empresas presentan los saberes biológicos como deterministas, ocultando su contingencia. Aunado a ello, la educación nacional es estrictamente disciplinaria: no se educa para que niños y jóvenes se autocomprendan como parte de la interrelacionalidad del mundo evolutivo, sino para satisfacer sus deseos no civilizados, fomentando el hedonismo del consumo y el individualismo.

Con el conocimiento de la epigénesis ya no se puede sostener el carácter irreversible de los procesos de diferenciación celular: desde el externo social estos procesos pueden ser afectados, para mejorar o no. La epigénesis es un poderoso determinante del desarrollo, pues regula el funcionamiento de los genes y el establecimiento de redes neuronales. Como señala Malabou, hay que considerar que “el ambiente en el cual vive el hombre en devenir, juega en este campo un papel considerable”.¹⁷

Por fortuna, otro mundo es posible. Habermas se refiere a la comunidad de seres morales que crean y se someten a sus propias leyes; donde la regulación normativa se realiza en el lenguaje de los derechos y deberes de los miembros de esa comunidad, pues solo ellos pueden obligarse recíprocamente y esperar que todos se comporten conforme a normas establecidas. “La dignidad humana —afirma el filósofo— en estricto sentido moral y legal está ligada a esta simetría de las relaciones”.¹⁸ A su vez, “la subjetividad, que es lo que convierte al cuerpo humano en un recipiente animado del espíritu, se sustenta sobre las relaciones intersubjetivas con los demás”.¹⁹ Y las subjetividades se organizan a través del lenguaje simbólico. Solo en esa malla de relaciones de

¹⁷ *Ibid.*, p. 255.

¹⁸ Habermas, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹ *Ibid.*, p. 51.

reconocimiento reguladas legítimamente pueden los seres humanos desarrollar y mantener una identidad personal a la vez que su integridad física.

Dado que el ser humano nace “inacabado” en un sentido biológico, y necesita la ayuda, el respaldo y el reconocimiento de su entorno social toda la vida, la incompletitud de una individuación, fruto de secuencias de ADN, se hace visible cuando tiene lugar el proceso de individuación social. Lo que convierte a un organismo en una persona, en el pleno sentido de la palabra, es el acto socialmente individualizador de acogerlo en el contexto público de interacción comunicativa en el mundo de la vida compartido intersubjetivamente. El organismo se convierte en persona cuando comunica y desarrolla la plasticidad de su sistema nervioso, lo que le permite percibir un mundo más amplio y recrearse. Los desarrollos nerviosos se heredan según el ambiente, es decir, podemos preverlos, fomentarlos y regularlos exigiendo gobiernos de democracias deliberativas.

La biopolítica no puede seguir siendo una política de prejuicios sobre las capacidades de la ciudadanía, porque la condena a obedecer y ser transformada según los intereses del mercado.

Las universidades deben difundir la Teoría de sistemas vivos y los descubrimientos hechos sobre la deriva biológica, como es el desarrollo neuronal a partir del debate de historias propias o literarias. Ante la debacle ecológica que asistimos debido al capitalismo y los Estados que educan a la ciudadanía en la ceguera de la vida, nos han sujetado a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, producto de gobiernos y empresarios que supeditan la supervivencia en el mundo al lucro de los negocios.

En relación a la innovación biotecnológica, que va desde la intervención genética o la clonación terapéutica e incluye múltiples posibilidades como la regeneración atendiendo la memoria ancestral de todos los organismos vivos que portamos en nuestro genoma, o la fertilización *in vitro*, la aplicación de técnicas CRISPR y demás prácticas relacionadas con los nuevos saberes, como es el transespecismo, todo esto es producto del conocimiento de la biología evolutiva y las tecnologías a que ha dado lugar. La innovación biotecnológica, lejos de ser una simple instrumentalización, manipulación o mutilación, actualiza así una memoria, la de los vivientes borrados en nosotros. Sin embargo, los estados nacionales no lo tienen incluido en la educación; se oculta la información, pues un pueblo ignorante es consumista

y son las empresas biotecnológicas las que financian partidos políticos, por tanto, los ciudadanos son sacrificados a las modas instauradas, para seguir obteniendo dinero.

Los conocimientos de la deriva biológica y las tecnologías que se han fabricado deben ser difundidos por todas las ciudadanías del mundo y debatidos por todos los hablantes, puesto que conciernen el futuro de nuestra naturaleza humana. El bioderecho presupone el poder de los hablantes, que se desarrollan y luchan en contra de los negocios farmacéuticos que apoya la biopolítica estatal. El bioderecho evita la ignorancia que no deja surgir las biopolíticas de la ciudadanía consciente. Lo poshumano, entonces, sería también lo prehumano. Pero esto, a condición de que se use para la conservación de la especie, y no para dividirla y enfrentarla en la búsqueda de lucro, como han decidido las cúpulas estatales.

En efecto, la novedad radical del concepto de viviente elaborada hoy por la biología, se sostiene, paradójicamente, en el retorno de potenciales celulares presentes en los animales primitivos que se creían desaparecidos o al menos disminuidos, en los animales llamados “superiores”. Estos potenciales son la reproducción asexual y la regeneración, posibilidades que serían discutidas en un ambiente de gobierno legítimo que se ocupa de organizar a la ciudadanía para acoplarse a la dinámica interrelacionalidad ecológica y examina riesgos y necesidades, lo cual, bajo un gobierno tirano no sería posible, pues se supeditarían al lucro. Por eso se hace necesaria una resistencia biopolítica del hablante, en contra de la biopolítica del Estado.

Es una desgracia que pocos filósofos se hayan expresado sobre esta dimensión de vuelta a la naturaleza que posee la técnica. Mucho menos se han ocupado de promover la libre expresión y organización social incluyente de hablantes, donde se desarrolla la percepción y conciencia del mundo. No sabemos si por pereza o por cobardía, los filósofos no han dicho nada y los filósofos del derecho, menos. Muchos, al lado de las empresas, mejor fomentan el prejuicio gubernamental de que una sociedad no puede gobernar, pensar, actuar o expresarse por sí misma; por lo tanto, se convierten en comparsas del paradigma árquico de los partidos en turno.

Podremos intentar renovarnos y perpetuarnos a partir de nuestras propias células madre, o desde las esporas que duermen en nuestro cuerpo. “Y la riqueza de dichas potencialidades, que duermen en lo más profundo de nuestro

cuerpo, sin duda supera con creces lo que todavía podemos imaginar”.²⁰ La reactualización de los vestigios filogenéticos que se creían desaparecidos para siempre constituye el corazón de la investigación biológica contemporánea. Por eso necesitamos la elaboración de un nuevo materialismo, que afirme la coincidencia de lo simbólico y lo biológico.

No hay más que una sola vida. ¿Cómo nos estamos organizando para conservar la vida futura? Los potenciales biológicos revelan modos de transformación inéditos: reprogramación de los genomas sin modificación del programa genético; reemplazo total o parcial del cuerpo sin injertos ni prótesis; concepción del sí-mismo como fuente de reproducción (...) Estas operaciones llevan a cabo una verdadera deconstrucción del programa genético, de la familia y de la identidad, y amenazan con fracturar la supuesta unidad del sujeto político. Esto implica un cambio de costumbres, por lo que se hace necesaria la discusión entre los hablantes, para dar contenido a las normas.

No son cuestiones superficiales, sino posibilidades que deben ser discutidas por todos, ya que, ante la emergencia ambiental que vivimos, podemos necesitar transformaciones para hacerle frente. Si las universidades siguen en la ignorancia, los jóvenes caerán presa del mercado que les dosifica y vende tales conocimientos, sin garantía de calidad, salud y verdad.

VII. Concepto de ecología

La pregunta por el porvenir y por la posteridad solo puede ser respondida si se recogen elementos para pensar la transformación estructural de la estructura. Como humanidad, podemos organizarnos *autopoiéticamente* a partir del lenguaje. Pero el lenguaje se forma y transforma hablando, confeccionando las leyes, nombrando las cosas del mundo. Dos son las fuentes del lenguaje: el lenguaje simbólico y el lenguaje teórico. Un tercer lenguaje, el de las políticas gubernamentales que buscan eficacia, los pueden separar o unir, según nos consideren en la normatividad. Sólo mediante políticas inclusivas en la toma de decisiones surge el bioderecho, fomentando el debate generalizado y la plasticidad cerebral y perceptiva.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el impacto ambiental de la sociedad industrial se hizo cada vez más evidente. La contaminación del aire y las

²⁰ Catherine Malabou, “Una sola vida. Resistencia biológica, resistencia política”, p. 258.

aguas, los efectos secundarios de los pesticidas y los residuos radiactivos en las cadenas tróficas y en la salud humana, aunado al agotamiento de los recursos naturales, constituyen los síntomas más manifiestos. Las ciencias ambientales, señaló Arne Naess, reaccionaron principalmente procurando remediar los síntomas con una aproximación tecnológica, preocupada exclusivamente por controlar la contaminación y buscar formas sustentables de extracción de los recursos naturales, haciendo caso omiso de las causas sociales y culturales responsables de tales síntomas. El filósofo noruego la llamó “ecología superficial” o disciplinaria, porque estas ciencias no cuestionan el sistema político, económico y valórico que genera los grandes problemas ambientales.

En contraste con esta aproximación tecnocrática, Naess introdujo el término de “ecología profunda”, para caracterizar una aproximación que aborda no solo los síntomas, sino también las causas culturales subyacentes a la crisis ambiental, criticando “los supuestos metafísicos, sistemas políticos, estilos de vida y valores éticos de la sociedad industrial”.²¹ La ecología profunda implica que el sujeto que conoce el mundo, sabe que se encuentra en la dinámica interrelacionalidad y que las consecuencias de sus investigaciones tendrán repercusión en el medio ambiente común. Este es el principio de la bioética y del bioderecho. Es desde este concepto que podremos organizarnos y hacer una resistencia biopolítica a la biopolítica oficial.

Pero, el prejuicio señalado por Proudhon subsiste: el Estado es solo el pretexto del gobierno, por lo tanto, imparte conocimientos disciplinarios y mantiene el poder político de la ciudadanía sujeto al poder económico de la burguesía. Impide el conocimiento y decisión de cómo usar las biotecnologías para una transformación que busca acoplarse y conservar la Tierra como nicho ecológico.

Toda esta nueva problemática solo podrá ser afrontada mediante la democracia directa y cultural, pues la fuente de sociabilidad y civilidad radica en el debate público. Solo si los juegos del lenguaje son inclusivos, tendremos un modo de vida civilizado y pacífico. De lo contrario, la resistencia biológica a la biopolítica estatal será nula, por lo que seguiremos cayendo en la violencia y dominio de los fundamentalismos religiosos y de mercado. Continuaremos mirando la extinción de la vida y el cambio de clima, mientras nuestros repre-

²¹ Ricardo Rozzi, “Ecología superficial y profunda: filosofía ecológica”, p. 102.

sentantes y las empresas juegan entre ellos y defienden la “libre expresión” de sus elites.

Tendremos que entrar en los juegos del lenguaje o el *arché*, para ver las contradicciones performativas del ideal discursivo del derecho y emanciparnos. El bioderecho constituye una resistencia biopolítica a la biopolítica estatal y empresarial. Y es una resistencia que busca la democracia directa y cultural. Pero esto es contingente: si seguimos en la tecnocracia de educación disciplinaria nos autodestruiremos, pero si implementamos la educación transdisciplinaria estaremos en la supervivencia de la especie que se transforma para su autorrealización. Toca decidir al lector.

Para Andrea Speranza, la autorrealización es el despliegue expansivo del yo a través de nuestra capacidad de identificación. Es justamente la identificación la que nos lleva hacia entornos más amplios. En la medida en que el ego se identifica con otros, sus estrechos límites iniciales comienzan a desplegarse y se torna más abarcador. Cuanto más se expande el yo, más experimenta la sensación de pertenecer a una totalidad de redes. Así descubrimos que “en la medida en que desarrollamos esta capacidad, la naturaleza no es algo ajeno o exterior: ya no podemos percibirla a través de una relación de carácter externo sino, por el contrario, comenzamos a experimentar una profunda integración de nuestro yo con ella”.²²

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Bergson, Henri. *Las dos fuentes de la moral y de la religión*. Milán, Ediciones de Comunidad, 1979.

Delgado, Carlos y Pedro Sotolongo. *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo*. Buenos Aires, CLACSO, 2006.

Habermas, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana*. Barcelona, Kairós, 2002.

Hernández Ramírez, Greco. *Homo roboticus, Ensayos sobre la creatividad científica en biología*. México, Siglo XXI Editores, 2017.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Argentina, EUDEBA, 1968.

²² Andrea Speranza, *Ecología profunda y autorrealización*, p. 62.

- Malabou, Catherine. *¡Al ladrón! Anarquismo y filosofía*. Francia, Imprenta universitaria de Francia, 2022.
- Maturana, Humberto y Francisco Varela. *El árbol del conocimiento*. Argentina, Lumen, 2000.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Argentina, EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970.
- Speranza, Andrea. *Ecología profunda y autorrealización*. Buenos Aires, Biblos, 2006.

Hemerográficas

- Malabou, Catherine. “Una sola vida. Resistencia biológica, resistencia política”. *Revista de Humanidades*, Núm. 38, julio-diciembre 2018, Santiago de Chile, UNAB, pp. 245-261.
- Rozzi, Ricardo. “Ecología superficial y profunda: Filosofía ecológica”. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Núm. 23, 2007, Santiago de Chile, pp.102-105.

Electrónicas

- Alexy, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 26, 2003, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 147-159. <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-la-naturaleza-de-la-filosofia-del-derecho>
- _____. “Derechos humanos sin metafísica?”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, 2007, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 237-248. <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-derechos-humanos-sin-metafisica>
- Pasolini, Pier Paolo. “Edipo rey 1967 español”. *YouTube*, 18 de febrero de 2017. <https://www.youtube.com/watch?v=rDRIBí6uKvc>

Ciencia y ética. La ética de los científicos

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

En el presente artículo se analiza la interrelación entre ciencia y ética, desde el enfoque del pluralismo axiológico, pues en la evolución de la ciencia a tecnociencia se plantea que los valores de la ciencia no se reducen al valor epistémico, sino que se deben incluir valores económicos, políticos, jurídicos y éticos. Ante los retos que plantea el desarrollo y aplicación de la tecnociencia, es decir, la fusión de la ciencia y la tecnología y su impacto en áreas como la medicina (bioética) y el medio ambiente (biotecnología), se propone la reflexión ética a fin de prevenir jurídicamente los riesgos potenciales del control de la tecnociencia por parte de la inversión privada. Se analiza la responsabilidad social y ética de los científicos, así como las implicaciones de la investigación científica y su aplicación.

Abstract:

This article analyzes the interrelation between science and ethics, from the approach of axiological pluralism, since in the evolution of science to technoscience it is proposed that the values of science are not reduced to epistemic value, but must include economic, political, legal and ethical values. Faced with the challenges posed by the development and application of technoscience, i.e., the fusion of science and technology and its impact in areas such as medicine (bioethics) and the environment (biotechnology), ethical reflection is proposed in order to legally prevent the potential risks of the control of technoscience by private investment. The social and ethical responsibility of scientists is analyzed, as well as the implications of scientific research and its application.

Sumario: Introducción / I. La ciencia / II. Ciencia y ética / III. La ética de los científicos / IV. Deontología de los científicos / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

Introducción

La presencia cada vez más notoria de sustancias nocivas en determinados productos alimenticios y medicamentos creados por la utilización de la biotecnología, los riesgos del cambio climático, los peligros de la contaminación, etcétera; ha llevado a que en la sociedad se forme una perspectiva negativa hacia la ciencia, por considerar que estos problemas se derivan del desarrollo científico-tecnológico. Por lo cual se plantea la necesidad de una reflexión ética de la ciencia práctica (ciencia aplicada).

El estudio de las relaciones entre “ciencia, ética, sociedad y derecho”, pone a discusión sus interrelaciones; trata de indagar sobre los beneficios y peligros del avance de la ciencia que al parecer acechan desde lo que se considera progreso científico, y la búsqueda de su regulación jurídica. Así, el estudio se enfoca a las complejas relaciones entre ciencia (ciencia pura), tecnología (ciencia aplicada), y ética, examinando el concepto de tecnociencia, que se refiere a la imbricación entre la ciencia y la tecnología en la creación y aplicación de conocimiento científico. En este sentido la tecnociencia plantea desafíos éticos y sociales, como cuestiones de sus características de privacidad, equidad y poder.

En la relación ciencia y ética existen entre los especialistas dos concepciones: a) la que establece la neutralidad ética de la ciencia desde la perspectiva de que la actividad científica se enfoca a la elaboración del conocimiento científico en búsqueda de solución de los problemas sociales, es decir, del progreso de la humanidad, y b) la que postula la necesidad de la incorporación de elementos axiológicos (éticos), debido a las consecuencias negativas para la sociedad y el medio ambiente de la aplicación (práctica) del conocimiento científico.

Si bien es innegable que desde “una representación objetiva es que la ciencia (cuando se hace bien, es decir, cuando se ajusta a ciertos criterios dentro del *ethos* científico) produce (entre otras cosas) conocimiento objetivo acerca del mundo. A partir de esta representación surge otra de tipo axiológico (ético): la ciencia es valiosa, por sí misma, porque en general produce auténtico conocimiento y porque permite intervenciones exitosas en el mundo”.¹ No

¹ León Olivé, *La ciencia y la tecnología en la sociedad del conocimiento: Ética, política y epistemología*, p. 139.

obstante esta percepción resulta idílica en la actualidad, pues desde la segunda mitad del siglo XX la imagen del científico que cultiva la ciencia de manera altruista con autonomía de intereses económicos y políticos ha sido desplazada por sistemas tecnocientíficos controlados por élites políticas, de grupos dirigentes de empresas transnacionales o de militares, asesorados por expertos tecnocientíficos.

Debido al desarrollo de la tecnociencia (la biotecnología de manera específica) los valores científicos entraron en crisis al final del milenio, la desconfianza por el uso práctico de la ciencia y su impacto dañino para la sociedad o para el medio ambiente, así como el temor a la falta de control del conocimiento científico, dio fuerza a la expresión “ciencia martillo”, como una forma de expresar los riesgos que el uso irracional de la ciencia encierra para la humanidad. El concepto de ciencia martillo planteaba que la ciencia es como un martillo que puede servir para aumentar la producción de alimentos o modificar las características y composición de los alimentos tradicionales generando enfermedades, depende del uso que se le dé y no de la ciencia en sí misma.

Si bien es importante contextualizar socialmente la actividad científica analizando sus condicionamientos, es necesaria una reflexión sobre sus consecuencias (sociales, económicas, políticas o medioambientales), pero sobre todo incorporar el análisis axiológico (ético). Pues, como señala Pablo Schulz: “Entre las distintas acusaciones que se hacen a la ciencia en ciertos grupos (materialista, ininteligible, superespecializada, deshumanizada y otras cosas más) hay una especialmente popular en la actualidad. Es lo que podría denominarse falta de ética o inconsciencia de las aplicaciones.”²

El interés por incorporar elementos axiológicos en la práctica de la ciencia no es nuevo, pues desde hace décadas se ha enfocado la atención sobre el déficit de formación responsable de los científicos y tecnólogos y se ha demandado no sólo su capacitación teórico-técnica, sino reflexionar sobre la responsabilidad moral de los científicos acerca del uso que se les da a sus investigaciones, y en el referido a la forma de llevar investigaciones que involucra violaciones a principios éticos.

Sin embargo, a pesar de los cuestionamientos a los impactos negativos de la aplicación de la ciencia y las nuevas tecnologías (la tecnociencia), hay una

² Pablo C. Schulz, “La ética en ciencia”, p. 126.

ausencia notable en los estudios jurídicos positivo-formalistas con respecto a la regulación jurídica y la responsabilidad ética de los actores (científicos y empresas transnacionales) acerca del uso de la aplicación del conocimiento científico.

Por ello, consideramos importante exponer las características fundamentales que distinguen a la concepción tradicional de la ciencia del derecho, de la filosofía del derecho.

La ciencia del derecho se orienta al estudio del conocimiento particular de manera descriptiva, cuyo objeto es la norma vigente y positiva. De manera general con el término “ciencia jurídica” se hace mención al estudio del derecho positivo (derecho vigente), esto es, al derecho que *es*. La ciencia jurídica es definida tradicionalmente como el estudio del contenido de las reglas (normas) jurídicas y del orden sistemático de aquéllas, vinculándose con lo que se ha denominado dogmática jurídica o jurisprudencia. La ciencia del derecho se ocupa primordialmente de problemas relacionados con la estructura del derecho. 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. Por formalismo jurídico hay que considerar, ante todo, el desentendimiento del jurista de lo social y lo valorativo.

De acuerdo con Recaséns Sichés en su obra *Tratado general de filosofía del derecho*, la Ciencia jurídica, dice que es lo que dispone el orden jurídico, cuáles son sus soluciones y su correcta interpretación, pero nada más. El problema de la justificación concreta del contenido, esto es, de su justicia o injusticia, excede en muchas ocasiones de los límites de la Ciencia jurídica positiva, los rebasa siempre que se plantea más allá de los principios determinados inspiradores del mismo orden positivo y que son parte integrante de él.

La filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral y ética. Estudia los fundamentos filosóficos que rigen la creación y aplicación del derecho. Asimismo, trata de las cuestiones filosóficas planteadas por el hecho jurídico, por la existencia y la práctica de las normas. La función central de la filosofía jurídica, es la valoración crítica del derecho positivo, incluyendo además la conexión valoraciones-creencias y la compleja interrelación de ambas con la realidad social, esta valoración crítica la realiza desde la perspectiva de la triple dimensión del derecho: como norma, como hecho y como valor. La filosofía del derecho deberá mostrar como el fenómeno jurídico implica la

realidad y el carácter específico de los problemas sociales y a través de ellos, de los problemas humanos.

A diferencia del positivismo formalista que se desentiende del contenido social (fuentes reales) y valorativo, para la filosofía del derecho la cuestión axiológica (los valores) es fundamental. La distinción entre Ciencia y Filosofía del Derecho, ésta centrada en el problema de los valores, esto es, la distinción entre juicios de hechos y juicios de valor. “La distinción entre juicios de validez y juicios de valor viene, pues, a asumir la función de delimitar los confines entre Ciencia y Filosofía del Derecho”.³ De ahí que se impulse la reflexión filosófica con base en la racionalidad valorativa o axiológica.

En el estudio de la relación entre ciencia y la ética las cuestiones axiológicas y praxiológicas (teoría de la praxis tecnocientífica) ocupan un papel esencial. En el ámbito del derecho, de acuerdo con Elías Díaz la axiología jurídica constituye, puede decirse, el tema central de la Filosofía del Derecho, la piedra de toque de su legitimidad. Así se define ésta con frecuencia (contrapuesta a la ciencia del derecho que dice cómo *son* las cosas, cómo *es* el Derecho) entendiéndola exclusivamente a modo de enjuiciamiento sobre cómo *debe ser* el derecho. “La axiología jurídica habla, no de *qué es* el Derecho (ontología jurídica) ni de *cómo es* de hecho aquí y ahora (Ciencia jurídica), sino de cómo *debe ser*; no se refiere, pues al *ser*, sino al *deber ser*. Y aparece en ese sentido como una parte de la ética, como ética jurídica o análisis crítico de los valores jurídicos, teoría de la justicia principalmente, pero incluyendo también a los demás valores”.⁴ Así pues, tradicionalmente se hace una distinción entre el derecho como *es* (ciencia del derecho) y el derecho que *debería ser* (filosofía del derecho).

La dicotomía entre el derecho existente (*ser*) y el derecho ideal que dé respuesta a los nuevos problemas derivados de la aplicación de la tecnociencia (*deber ser*), plantea la necesidad del estudio de la relación entre ciencia y ética desde una perspectiva integral, que incluya los aspectos normativos, fáctico-descriptivos, y axiológicos. Norma, hecho social y valor, —se ha dicho explícitamente— constituirían las tres dimensiones esenciales del derecho. La teoría tridimensional del derecho implica el análisis jurídico (ciencia del derecho o perspectiva normativa), sociológico (hecho social) y axiológico (filosofía del derecho). De acuerdo a Elías Díaz:

³ Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 250.

⁴ *Ibid.*, p. 255.

La sociología jurídica constata, por su parte, el sistema de valores aceptados por una sociedad, estén o no recogidos por el Derecho positivo. Pero es propiamente a la Filosofía del Derecho a quien corresponde —junto al planteamiento del tema del fundamento del Derecho— el análisis crítico de los sistemas de legitimidad, tanto de los incorporados a una sociedad determinada.⁵

De ahí que nuestro estudio tenga un enfoque basado en la filosofía del derecho y la sociología jurídica.

Las insuficiencias del derecho vigente para regular los efectos negativos de la aplicación de la ciencia (tecnociencia), pues a pesar que desde hace años se hace latente la regulación no sólo internacional sino nacional en materia de su regulación, pocas son las disposiciones legales que obran al respecto, y en muchos casos parecen difuminarse en un mar interminable de normatividad que lejos de dotarnos de certeza jurídica, nos colocan en un estado de total de indefensión, pues de acuerdo con Javier Echeverría:

Plantea la necesidad de realizar estudios históricos, sociológicos y filosóficos, tratando de desbrozar las diversas tablas de valores que han estado vigentes en algunos momentos claves de la historia de la ciencia, y en particular las confrontaciones entre valores opuestos y los procesos de cambio axiológico. Adicionalmente, habría también que estudiar las manifestaciones que los científicos individuales han hecho sobre cuestiones axiológicas, así como los valores que efectivamente han imperado en su práctica cotidiana.⁶

El carácter dinámico del derecho, reclama la necesidad de que la teoría del derecho se desarrolle en la construcción de un escenario sobre el cual se desenvuelva y fluya un ordenamiento jurídico que debe servir de respuesta a la regulación de las nuevas relaciones sociales predominantes, en este caso en la relación entre ciencia, ética y derecho.

La responsabilidad no sólo ética sino además jurídica del científico la ubicamos como un problema pendiente para el derecho vigente, pues es necesaria una reflexión externa a la ciencia del derecho (derecho positivo vigente),

⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁶ Javier Echeverría, *Filosofía de la ciencia*, p. 77.

ante los cada vez más numerosos problemas jurídicos aún abiertos en el territorio limítrofe entre el derecho y la medicina, o entre el derecho y la biología, los cuales ponen a los ordenamientos jurídicos, en casi todos los terrenos, ante tareas enteramente nuevas, requiriendo de ese modo un nuevo examen de presuposiciones jurídicas hasta ahora tenidas por firmes.⁷

Es impostergable *una reflexión ordenada* de ciertos problemas que han preocupado y siguen preocupando a la humanidad y que requieren de un análisis desde una concepción filosófica y sociológica del derecho. Puesto que, la sociología del derecho aparece como una ciencia que se basa en la observación de la realidad: “A menudo los juristas no sólo realizan una función de descripción y sistematización de los textos legales, sino que, se ven obligados a suministrar soluciones cuando estos textos no las ofrecen, bien sea por vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, por presencia de lagunas normativas o antinomias irresueltas, etcétera”.⁸

La idea de que el Estado es la única fuente del derecho, se erige como un obstáculo para una transformación del derecho que incluya las fuentes reales del derecho y con ello limita la incorporación de las reflexiones filosóficas y sociológicas a la relación entre ciencia y ética.

Esto explica también que el derecho estatal no sienta apenas la necesidad de intervenir en la comunidad científica. El interés, por lo tanto, radica en discernir la articulación del orden científico con el orden estatal ya que, aunque son distintos, no por ello dejan de estar superpuestos el análisis jurídico de la comunidad científica en términos de orden jurídico es, en definitiva, el más apropiado. Lejos de sustraer la ciencia al derecho, es la mejor manera de incorporarlo a ella.⁹

La creación de códigos éticos plantea una cuestión de interés para la Filosofía del Derecho, pues éstos son elaborados con la finalidad de regular la actividad profesional en un ámbito determinado (autorregulación) ante problemas derivados de situaciones más vinculadas con la ética (normas sociales) que la normatividad jurídica. Los códigos éticos como forma de autorregulación, si bien carecen de capacidad coactiva diferente a la del

⁷ Krawietz Werner, *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, pp. 33-34.

⁸ Josep M. Vilasojana, *Identificación y justificación del derecho*, p. 21.

⁹ Gérard Toulouse, *Mirada sobre la ética de las ciencias*, p. 145.

rechazo de la opinión pública, sí asumen una responsabilidad enfocada a garantizar que su actividad se ajusta a las valoraciones y normas de dicha actividad.

De ahí que, el estudio de los códigos éticos implica necesariamente introducirnos en el debate de la relación entre derecho y moral. Desde una visión restringida del derecho (estructuralista, formalista, normativista) los códigos éticos no tienen un interés significativo para el derecho positivo, se limita a considerarlos como ideales para la realización de una práctica profesional. Es desde una visión amplia del derecho (funcionalista y realista) que la dimensión ética adquiere relevancia como fuente social del derecho (la costumbre). “Vale la pena considerar que la deontología inspira la discusión y el establecimiento de un sinnúmero de códigos y reglamentos que regulan oficialmente la actuación de los científicos en sus prácticas experimentales, principalmente en el área biomédica y biotecnológica”.¹⁰

I. La ciencia

El estudio de la ciencia plantea la necesidad de contextualizarla desde la perspectiva de su definición, su clasificación, su metodología, así como su evolución, con la finalidad de abordar sus características principales.

La ciencia en general se clasifica en ciencia pura, ciencia básica, ciencia aplicada, aun cuando se hacen distinciones en términos de ciencia embrionaria y/o protociencia y ciencia madura. “Si se persigue un fin puramente cognitivo, se obtiene ciencia pura, si la finalidad a largo plazo es utilitaria, resulta ciencia aplicada y si la meta es utilitaria a corto plazo, se hace técnica (o tecnología, por emplear un anglicismo)”.¹¹

En cuanto al conocimiento científico es esencialmente teórico, se encamina a una consideración contemplativa de la realidad. En cuanto a las ciencias prácticas existen conocimientos teóricos que se adquieren con vistas a una actividad práctica posterior; la práctica ya no es ciencia pues no tiene la finalidad la adquisición y

¹⁰ Antonio Arellano Hernández y Laura M. Morales Navarro, “Ética e investigación, hacia una política de integridad tecnocientífica”, pp. 84-85.

¹¹ Mario Bunge, *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, p. 25.

contemplación de la verdad, sino la realización de determinados fines; y la práctica científica recibe el nombre de arte o el de técnica según los casos.¹²

La distinción entre ciencia teórica y ciencia práctica se realiza entre los especialistas con la finalidad de diferenciar las cuestiones axiológicas correspondientes a cada una ellas. La ciencia teórica se considera con un carácter de neutralidad ética, mientras la ciencia práctica exige la aplicación de la ética (praxiología).

I.1. La tecnociencia

El concepto de tecnociencia, desde sus comienzos se ha utilizado para establecer la relación entre ciencia y tecnología.¹³ Si bien por un lado entre los especialistas se planteó en un inicio el debate de precisar el ámbito de estudio de la ciencia y la tecnología, con base en distinguir entre ciencia pura y ciencia aplicada (ciencia práctica), esto es entre teoría y práctica. El desarrollo de la ciencia práctica paulatinamente fue desplazando la separación tradicional entre ciencia y tecnología dando prioridad a la tecnociencia.

El fin de toda ciencia es adquirir la verdad sobre determinadas partes o aspectos de la realidad. Por lo tanto, el conocimiento científico es esencialmente “teórico”, en cuanto que se encamina a una consideración contemplativa de la realidad. Sin embargo, se suele hablar de “ciencias prácticas”, no porque esas ciencias dejen de ser teóricas, sino porque en ellas los conocimientos teóricos se adquieren con vistas a una actividad práctica posterior.¹⁴

Si bien el conocimiento científico tradicionalmente ha sido considerado como esencialmente teórico, es decir, orientado a una finalidad contemplativa de la realidad, con la tecnociencia se da énfasis a la actividad práctica, esto es, paulatinamente se confiere mayor relevancia a las ciencias aplicadas sobre las ciencias puras.

¹² Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general del derecho. Lo que es. Su método*, p. 133.

¹³ De acuerdo con Echeverría el término “tecnociencia” lo usó Bruno Latour en 1983 tan sólo para abreviar la interminable frase de “ciencia y tecnología”. Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, p. 11.

¹⁴ Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 134.

Echeverría¹⁵ señala como características de la macrociencia: la hacen personas jurídicas, no personas físicas, esto es, el científico de laboratorio se ve desplazado por la investigación científica empresarial; el enorme incremento de la financiación privada será uno de sus rasgos distintivos; los científicos colaboraban estrechamente con ingenieros, militares, empresarios y políticos en sus investigaciones, saliendo de la tradicional torre de marfil de la ciencia académica. En síntesis, características importantes de la megaciencia son la militarización de algunos proyectos y la industrialización del conocimiento científico.

Las características de la macrociencia se extrapolan paulatinamente a la tecnociencia, de ahí que la macrociencia de los años 50 finalizó convirtiéndose en tecnociencia a finales del siglo XX. Sin embargo, es importante describir el proceso histórico de evolución a través del cual se llega al auge de la tecnociencia.

Por un lado encontramos la perspectiva histórica, en la que se diferencian tres etapas: (i) la emergencia de la Big Science (1940-1965), primera modalidad de tecnociencia caracterizada por una fuerte apuesta a la investigación básica, financiación estatal y orientación militar; (ii) una década de relativo estancamiento (1966-1976), producto de la contestación social frente a la macrociencia militarizada de Estados Unidos y Europa; y (iii) el auge de la tecnociencia propiamente dicha (1977), en virtud de la creciente presencia de iniciativas privadas en las investigaciones que se materializan, por ejemplo, en la creación de empresas tecnocientíficas.¹⁶

La tecnociencia es un bien empresarial, político, militar, en el cual el conocimiento es un medio para la acción, no un fin en sí mismo, en la cual los valores dominantes son el privilegio de la iniciativa privada, enriquecimiento rápido y la capitalización amplia. Por consiguiente, la tecnociencia se caracteriza por la primacía del sector privado sobre el público.

¹⁵ Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, p. 16; *ibid.*, pp. 10 y ss.

¹⁶ Livio Mattarollo, *Racionalidad axiológica de la ciencia. La relación entre ciencia y valores desde la filosofía de Javier Echeverría*.

I.2. La neutralidad científica

La demarcación entre ciencia pura y ciencia práctica ha suscitado el debate entre los valores internos de la ciencia (epistémicos) y los valores externos (prácticos y/o técnicos), y con ello la reflexión en torno a la neutralidad de la ciencia.

Así se han elaborado argumentos internalistas (estudios internos) y externalistas (estudios externos). El estudio interno de la ciencia ha sido desde sus comienzos un tema filosófico, mientras que el estudio externo es por un lado sociológico, pero por otro interdisciplinario.

Este estudio interno de la ciencia se interesa por el conocimiento científico independientemente de su origen psicológico, de sus bases culturales y de su evolución histórica, mientras que el estudio externo se ocupa sobre todo de las actividades humanas supuestas por (e incluidas en) la producción, el consumo, el desperdicio y la corrupción de la ciencia: las ciencias externas de la ciencia son otras tantas ramas de la ciencia de la cultura.¹⁷

La concepción interna se enfoca en el estudio de la estructura interna de la ciencia, se centra en los valores epistémicos, los criterios de eficiencia, factibilidad, eficacia y fiabilidad conformarían la evaluación interna. “El argumento internalista ha sido construido bajo dos premisas, una donde la ciencia contiene intrínsecamente una deontología, y otra donde aquella es una causa neutra de los efectos que produce, quedando éstos reservados a las consecuencias provocadas por el entorno”.¹⁸

Además de separar estrictamente la ciencia de los valores no epistémicos, postula el aislamiento de la ciencia y la tecnología, reflexiona únicamente sobre las relaciones entre los hechos y las teorías, exime a la primera de toda responsabilidad valorativa, con lo cual justifican la neutralidad ética de la ciencia, y por consiguiente la separación estricta entre ciencia y axiología.

La teoría de la ausencia de valores (*Wertfreiheit*) en la investigación científica de la naturaleza fue ampliamente desarrollada por Max Weber.

¹⁷ Bunge, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ Arellano Hernández y Morales Navarro, *op. cit.*, p. 95.

Según Weber, los juicios de valor deben de estar ausentes de las obras auténticamente científicas. En tanto observador del mundo (social, natural, histórico), el científico ha de guiarse por un único valor epistémico: la verdad.¹⁹

El conocimiento científico es generado por científicos autónomos, por colectivos de investigación o en la academia, esto es, los agentes principales son los científicos. Sin embargo, con el desplazamiento de la ciencia pura por la tecnociencia, la actividad científica se extiende a una pluralidad de agentes, la comunidad científica desempeña, sin duda, una función primordial, pero se advierte ya la presencia de agentes sociales externos a ella, en particular en lo que se refiere a la valoración de las innovaciones.

La pluralidad de agentes (ingenieros o tecnólogos y técnicos, empresarios, empresarios industriales, políticos y militares en la mayoría de los casos) con prácticas intencionales e intereses profesionales incide en la incorporación de valores extrasistémicos en la práctica científica, con lo cual la concepción de la neutralidad ética de la ciencia se restringe en cierta manera para la ciencia pura, mientras que la tecnociencia plantea la necesidad de la incorporación de la ética racional.

Por otro lado, la ciencia no es éticamente neutral en su totalidad. Deja de ser éticamente neutral cuando estudia no ya fenómenos naturales sino objetos biopsicosociales como son las necesidades, los deseos y los ideales de los seres humanos, así como los medios para satisfacer a unos y otros. Esto no es objeto de las ciencias formales y naturales, pero sí algunas ciencias enfocadas en el hombre como la sociología.²⁰

La diferencia entre objetivos y fines de los agentes financiadores *versus* de los investigadores plantea en múltiples ocasiones un conflicto moral, situación que plantea la necesidad del análisis de la relación entre la ciencia y la ética.

II. Ciencia y ética

La conjunción entre ciencia y ética depende de la perspectiva de análisis desde la cual se enfoque su estudio. En el paradigma de la ciencia pura que postula

¹⁹ Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, p. 72.

²⁰ Schulz, *op. cit.*, p. 123.

la neutralidad ética de la ciencia no hay lugar para la reflexión ética, esto es, el conocimiento científico no implica como condición necesaria una relación significativa entre ciencia y ética, Si bien existe un discurso ético éste es el de la neutralidad de valores y una imparcialidad ante los intereses de su aplicación.

La concepción heredada en filosofía de la ciencia ha respondido plenamente a este tipo de planteamientos que separaban estrictamente la ciencia y los valores no epistémicos. Los debates entre los filósofos de la ciencia han estado centrados en cuestiones tales como si la ciencia es predictiva o no, si las teorías son comprobables, verificables o falsables, si una teoría se aproxima más a la verdad que otra, etcétera.²¹

Ahora bien, de manera paralela a la revolución tecnocientífica se desarrolla la revolución ética, cuyo postulado principal es que, la ciencia no está exenta de oposiciones axiológicas, es decir, la ciencia no es éticamente neutral. La ciencia como conocimiento teórico es valorativamente neutral y por consiguiente no puede ser juzgada moralmente; sin embargo, la ciencia aplicada traducida en tecnología puede tener implicaciones éticas.

Los filósofos positivistas sólo se interesaron en las justificaciones epistémicas. Para la tecnociencia esto no vale. Muchas acciones tecnocientíficas se justifican en base a criterios económicos, políticos, militares o sociales. Los valores epistémicos tienen importancia, pero han perdido el monopolio de la “justificación” de la actividad científico-tecnológica. Es otra de las razones por las que la filosofía clásica de la ciencia no es válida para analizar y reconstruir la tecnociencia.²²

Con el desarrollo de la tecnociencia el estudio del conocimiento científico incluye una concepción amplia, pues se empieza a considerar como un organismo dinámico, compuesto por prácticas, acciones e instituciones orientadas hacia el logro de fines, en función de deseos, intereses y valores. Las actividades de la tecnociencia, suelen estar cargadas de valores económicos, empresariales, militares, políticos y jurídicos.

²¹ Javier Echeverría, *Filosofía de la ciencia*, pp. 67-68.

²² Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, p. 150.

La tecnociencia incorpora a su núcleo axiológico buena parte de los valores técnicos (utilidad, eficiencia, eficacia, funcionalidad, aplicabilidad, etcétera) y aunque sigue manteniendo los valores epistémicos, el segundo subsistema de valores tiene un peso tan considerable como el primero. La tecnociencia y la ciencia se distinguen entre sí por el mayor o menor peso relativo de esos dos subsistemas de valores, sin perjuicio de que ambas incorporen valores epistémicos y técnicos a su núcleo axiológico. Esta primera distinción es cuestión de grado, pero también de sistemas de valores preponderantes. En la ciencia predominan los epistémicos, en la tecnociencia los técnicos.²³

Así, el enfoque externalista adquiere relevancia, sobre todo porque se abordan los intercambios valorables éticamente entre demandas y resultados de investigación, y entre actores no científicos e investigadores.

En este enfoque se trata de explicar los compromisos valorativos que influyen los procesos de investigación cuando se establecen de acuerdo con criterios y demandas de los financiadores y no a problemas emanados de las comunidades de investigadores ni a diagnósticos considerados propiamente científicos. La diferencia entre objetivos y fines de los agentes financiadores *versus* de los investigadores plantea en múltiples ocasiones un conflicto moral.²⁴

La presencia de conflictos morales en la aplicación de la ciencia y la consideración que la ciencia como actividad humana está inmersa en la realidad social, económica y política, implica la necesidad de incorporar la ética al estudio de la ciencia. Ello comprende de vincular los valores afines a la producción de conocimiento en su integralidad con los valores que rigen la actividad económica, política o social.

Tanto el enfoque practicista como el paradigma mertoniano entienden que los valores son omnipresentes e indispensables en toda actividad e institución humana. La ciencia, puesto que es una de ellas, no escapa a los valores. Pero para el enfoque practicista, como acabamos de mencionar, no hay valores absolutos ni permanentes en la

²³ *Ibid.*, p. 39.

²⁴ Arellano Hernández y Morales Navarro, *op. cit.*, pp. 84-85.

ciencia; todos ellos cambian a lo largo de la historia pues dependen de los contextos pragmáticos donde cada comunidad científica desarrolla sus prácticas.²⁵

Con ello, en parte, se da repuesta, a la pregunta si la ciencia en sí misma tiene implicaciones éticas que vayan más allá de su aplicación. Si en la manera de concebirla, abordarla, practicarla, institucionalizarla y enseñarla no hay ya de por sí implicaciones de carácter ético. Por consiguiente, así, entre los criterios de la contribución al conocimiento existe un lugar en nuestro entender y nuestra acción para la razón práctica, es decir, para la ética.

El análisis de la relación entre ciencia y ética suele centrarse en el uso que se hace de los conocimientos científicos, en su aplicación en los diversos ámbitos de la vida. Si un gobierno aprovecha los avances de la química para elaborar armas que exterminen de manera más eficiente al adversario, si un médico utiliza sus conocimientos para practicar un aborto o si un ingeniero desarrolla un programa de cómputo para promover la pornografía infantil, entonces hay un campo para la discusión ética.²⁶

En este sentido, la ética adquiere relevancia en los efectos de la aplicación de la ciencia, cuando los conocimientos operan en la realidad y generan consecuencias para “el otro” (las personas, el medio ambiente, el propio científico o el mundo mismo). “El desarrollo de la química, la física, la biología o cualquier otra disciplina científica no implica ningún desafío de carácter ético mientras los conocimientos no operen en la realidad y la modifiquen. Dicho en términos aristotélicos, la ética nada tiene que ver con la ‘teoría’, en todo caso tendría que ver con la ‘práctica’”.²⁷

Ahora bien, de acuerdo a Bilbeny, existen diferencias entre el razonar científico y el ético. El científico explica fenómenos, el ético justifica normas de comportamiento. Así las razones científicas van a seguir siendo explicativas mientras que las éticas van a ser justificativas.

Quiere decirse que hay una diferencia de función entre la argumentación ética y la científica. Es muy cierto que una y otra comparten

²⁵ Olivé, *op. cit.*, p. 177.

²⁶ Juan Carlos Núñez Bustillos, *Ciencia y ética, entre el por qué y el para qué*, p. 5.

²⁷ *Ibid.*, p. 6.

la misma estructura argumental. Pues tanto los juicios teóricos como los prácticos apelan, en busca de su fundamentación, a elementos fácticos (*grounds*) sacados de la experiencia y también a garantes normativos (*warrants*) — ‘explicativos’ o ‘justificativos’—, sobre los que fundaremos inmediatamente cada juicio o proposición.²⁸

Es importante destacar que la ética filosófica se divide en teórica y práctica. En nuestro estudio enfocado a la ciencia práctica o aplicada (la tecnociencia), es de singular importancia la ética práctica. Las modalidades de la ética práctica ponen de manifiesto el impacto de los cambios culturales (tecnología, ciencia, nuevos valores y derechos) sobre la ética en general, y la necesidad de darles respuesta desde ella, que acrecienta, así, su sentido práctico. Sin embargo, no son “éticas distintas”, sino distintas aplicaciones de la misma ética.

Por otra parte, la ética filosófica de carácter práctico es la llamada ‘ética práctica’ o ‘ética aplicada’, con sus cada vez más diversas y especializadas ramas resultantes de aplicar la ética teórica a los ámbitos de la bioesfera (Bioética, Ecoética, Gen-Ética, Ética de los animales), de la sociosfera (Infoética, Ética empresarial, del derecho, de las profesiones, Ética intercultural) y de la tecnosfera (Ética de la tecnología, de la ciencia, las comunicaciones, la ingeniería).²⁹

Así mismo, se distinguen otras modalidades de la ética tales como la ética utilitarista o consecuencialista, la ética principialista, la ética deontológica o del deber, la ética liberal. Entre ellas destacamos la ética utilitarista en tanto que, desde ella, se resaltan los excesos de la tecnología al servicio de los económicamente más fuertes: los dueños de esa tecnología, cuyos derechos de propiedad intelectual, les parece, eso sí, que son objetivamente verdaderos, justos e inexpropiables.

Con base a que la ciencia no es solo cognición, sino que en tanto que actividad social, no sólo está regida por los valores epistémicos sino por una pluralidad de valores, es decir, un pluralismo axiológico que sentido a la praxis científica, se ha fundamentado el pluralismo ético.

²⁸ Norbert Bilbeny, *Ética*, p. 101.

²⁹ *Ibid.*, p. 28.

Los valores económicos son una de las tres componentes axiológicas que guían las acciones tecnocientíficas y sus evaluaciones *ex ante* y *ex post*. Por tanto, el pluralismo axiológico es ‘connatural’ a la tecnociencia. Algunas ciencias clásicas pudieron estar guiadas por valores exclusivamente epistémicos, o predominantemente epistémicos. Ello no ocurre en el caso de la tecnociencia y por ello tenemos un nuevo criterio axiológico para distinguirlas: la existencia de un subsistema de valores económicos junto a los subsistemas de valores epistémicos y técnicos antes señalados.³⁰

Sin embargo, el pluralismo ético no sólo abarca los valores empresariales y económicos, sino que se extiende a otras actividades:

Como lo ha señalado Javier Echeverría (2002, 2003), en estos sistemas entra en juego una variedad de valores: epistémicos, técnicos, éticos, económicos, jurídicos, ecológicos, sociales, militares, religiosos, estéticos, políticos, aunque no siempre estén presentes todos ellos. A diferencia de lo que ocurría con la ciencia tradicional, donde era posible identificar comunidades científicas por medio del cúmulo de supuestos, normas, valores y estándares compartidos, es decir, por medio de los paradigmas científicos de los que habló Thomas Kuhn, los sistemas científico-tecnológicos contemporáneos dieron lugar a comunidades científicas que aunque tengan un campo de trabajo común, digamos la biotecnología, pueden diferir ampliamente en sus intereses y valores dominantes.³¹

Así, podemos observar que Echeverría es enfático en señalar que no basta con una epistemología y una metodología. La filosofía de la ciencia y los estudios sobre la ciencia y la tecnología requieren una praxiología, es decir, una teoría de la praxis tecnocientífica derivada de las transformaciones en la actividad científica. Para explicar esa transformación, la epistemología tradicional es insuficiente, incluida la epistemología kuhniana. Las revoluciones tecnocientíficas son praxiológicas, no epistemológicas ni metodológicas. Aunque generan nuevas teorías y nuevas disciplinas científicas, ello es un efecto derivado de la gran transformación en la estructura de la acti-

³⁰ Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, p. 40.

³¹ León Olive, *op. cit.*, p. 15.

vidad científica. “Las revoluciones tecnocientíficas, en cambio, son ante todo praxiológicas. Se trata de investigar el momento en que la nueva estructura de la práctica científico-tecnológica se impone en una universidad, centro de investigación, empresa o país. La aparición de la *Big Science* fue un cambio de este tipo, y por ello ha de ser considerado como la primera emergencia de la tecnociencia”.³²

III. La ética de los científicos

De manera general, entre algunos especialistas existe la tendencia a considerar la ética y la moral como sinónimos. Aun cuando se han establecido determinados criterios para diferenciarlas tales como: la ética tiende a ser universal, por la abstracción de sus principios, la moral tiende a ser particular; por la concreción de sus objetos; la ética es teórica y se basa en la razón, mientras que la moral es empírica y se basa en la costumbre; es común tratar los conceptos de ética y moral como sinónimos, sin distinguir que la ética estaría en un nivel superior a la moral, esto es, la ética sería fundamentadora de la moral, así como que la ética es una connotación filosófica mientras que en la moral la connotación es sociológica.

La ética es la *moral reflexionada*. En el doble sentido del enunciado: es la reflexión que se hace la moral misma, y la reflexión que se hace sobre la moral. O también, respectivamente: ‘moral reflexiva’ y ‘reflexión sobre la moral’. En el primer caso hablamos de la Ética común, en que la ética es hecha sinónimo de la responsabilidad moral (...). En el segundo caso se trata de la Ética filosófica, en que se identifica en cambio con la teoría moral, y en el ámbito universitario con la Filosofía moral.³³

La obligatoriedad moral tiene como base la aceptación de normas legítimas entre grupos con morales positivas distintas reside en que cada grupo encuentra razones para aceptarlas, aunque esas razones, por depender de morales diferentes, no sean las mismas, esto es, que reconoce los valores tales como deberes de veracidad, lealtad, fidelidad, confianza, honestidad, pruden-

³² Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, pp. 89 y 103.

³³ Bilbeny, *op. cit.*, p. 28.

cia, respeto, responsabilidad, sinceridad, solidaridad, tolerancia, veracidad, etcétera. Estos valores morales son aceptados por el individuo y los grupos sociales en la medida que los reconocen como valiosos y se identifican con ellos para lograr la cohesión social, es decir, los reconocen como la fundamentación de normas legítimas de convivencia, para la acción y para la interacción entre seres humanos. “Estar moralmente obligado equivale a tener la necesidad, objetivamente, pues, justificada, de actuar alguien de una manera determinada, y que otros, en base a la misma justificación —racional, como hemos dicho—, se lo puedan moralmente exigir”.³⁴

La obligatoriedad moral vinculada a la autonomía moral se identifica con el *ethos* de los científicos en tanto que la reflexión ética en la toma de decisiones conduce a asumir la responsabilidad de una búsqueda de la conciencia moral.

De acuerdo con Echeverría, el concepto de *ethos* de la ciencia fue definido por Merton como:

(...) ese complejo, con resonancias afectivas, de valores y normas que se consideran obligatorios para el hombre de ciencia. Las normas se expresan en forma de prescripciones, proscripciones, preferencias y permisos. Se las legitima en base a valores institucionales. Estos imperativos, transmitidos por el precepto y el ejemplo, y reforzados por sanciones, son internalizados en grados diversos por el científico, moldeando su conciencia científica.³⁵

Podemos observar entonces que las prácticas científicas están determinadas por reglas obligatorias (moral obligatoria), que se deben imponer sobre el interés personal de los científicos. Sin embargo, el ideal (*deber ser*) contenido en el *ethos* de los científicos se ve cuestionado en la práctica cotidiana (*ser*). “El problema teóricamente interesante, para Storer, es identificar de manera correcta las condiciones bajo las cuales la conducta de los científicos tenderá a conformarse a las normas o a apartarse de ellas y procurar su cambio”.³⁶

La internalización de las normas y su asociación con los papeles sociales, así como el reconocimiento social serían las bases del *ethos* científico. “Cuan-

³⁴ *Ibid.*, p. 186.

³⁵ Robert K. Merton, “La sociología de la ciencia”, *apud* Javier Echeverría, *Filosofía de la ciencia*, p. 76.

³⁶ Olive, *op. cit.*, pp. 163-164.

do los científicos se percatan de que sus colegas se orientan por esas mismas normas —y saben que éstas ofrecen reglas de interacción efectivas y legítimas para las interacciones científicas rutinarias— lo más probable es que su conducta se conforme a las normas”.³⁷

No obstante, si bien la conducta correcta de los científicos consiste en la actuación conforme a las normas fundamentales y sus normas derivadas. No actuar conforme a esas reglas es actuar de manera incorrecta o desviada (anómica).

De la misma manera, algo es “ético” cuando es contrario a cualquier conducta que carece de razón o principios, a la que llamamos “injusta” o “sin ley” y en todo caso no razonada. La separación de los científicos de su *ethos*, puede ser explicada desde el estudio de la intención, autonomía, y la responsabilidad de los agentes.

Por otra parte, es evidente que todo reposa, en definitiva, en la conciencia de los científicos (...). Si tanto por vocación como por educación, éstos no se hallan en estado de resistir a la tentación de abusar de su poder, aunque sea para fines desinteresados, sin tener en consideración a los derechos sagrados de la humanidad, faltan gravemente la misión que tienen asignada y se aparten de su función en la sociedad.³⁸

La imagen idílica del científico que cultiva la ciencia por sí misma, con una vocación orientada a la búsqueda de un conocimiento objetivo ajeno a la subjetividad y los prejuicios, y cuyo interés principal está enfocado a solucionar problemas que afectan a la humanidad, es desplazada paulatinamente por las formas que actualmente han tomado la investigación científica y las propias actitudes de los científicos.

Pese a todo, sigue habiendo una diferencia fundamental entre la influencia que el medio ejerce por sí mismo sobre la ciencia, a través de la espontaneidad de los sabios y la que ejercerían los jefes políticos si se arrogasen el derecho de fijarle a la ciencia sus objetivos, sus métodos y, finalmente, sus resultados. En el primer caso, la comunidad científica continúa obedeciendo en lo esencial a sus leyes específicas.

³⁷ *Ibid.*, p. 164.

³⁸ Toulouse, *op. cit.*, p. 68.

En el otro, abdicaría de su autonomía y pondría en peligro, al mismo tiempo, su vocación y su progreso futuro.³⁹

Esta imagen idílica de los científicos es descrita de manera magistral por Pablo Schulz, brindando un perfil positivo de los científicos.

Además, la gran mayoría de los hombres de ciencia están profunda y genuinamente interesados en las posibles consecuencias de sus investigaciones y descubrimientos, aunque también saben que muchas de ellas son imprevisibles, en vista de que todavía no conocen la respuesta a sus preguntas científicas. Y la gran mayoría de los hombres de ciencia son pacifistas, se oponen a los usos bélicos de la ciencia (muchos forman parte de grupos muy activos socialmente) y comparten el desaliento y el enojo de los ecologistas frente al ecocidio actual. Los científicos son generalmente partidarios acérrimos de la libertad y la democracia, porque es el clima en que se forma un buen científico.⁴⁰

Sin embargo, el citado especialista nos presenta la contraparte de esta imagen idílica. De acuerdo a un perfil negativo a los científicos nunca les han importado las consecuencias de sus descubrimientos.

Entre las distintas acusaciones que se hacen a la ciencia en ciertos grupos (materialista, ininteligible, superespecializada, deshumanizada y otras cosas más) hay una especialmente popular en la actualidad. Es lo que podría denominarse falta de ética o inconsciencia de las aplicaciones. Se acusa a la ciencia de haber sido responsable de algunos de los episodios más atroces en toda la historia de la humanidad, en una larga lista encabezada por la bomba atómica, seguida por los gases de guerra, el napalm, los agentes defoliantes, la guerra bacteriológica, etcétera. También se la responsabiliza de la destrucción salvaje del medio ambiente. Algunos ecologistas señalan con indignación a lagos y ríos transformados en tumbas ecológicas, a la desaparición de muchas especies animales y a la contaminación ambiental urbana.⁴¹

³⁹ Aron Raymond, "Introducción", pp. 24-25.

⁴⁰ Schulz, *op. cit.*, p. 128.

⁴¹ *Ibid.*, p. 126.

Sin embargo, la cuestión fundamental radica en el nivel de autonomía de los científicos para controlar el producto de su actividad o la subordinación a intereses militares, empresarias, económicos y políticos, externos a los centros de investigación científica.

Hay científicos que estudian armas químicas y biológicas. Obviamente, son conscientes de los efectos de esas armas, y de que son para matar personas inocentes. ¿Pero son más culpables que los políticos y militares que los reclutan y les pagan para que hagan las investigaciones? En todo caso, son una minoría muy pequeña entre los científicos. Y si alguien investiga una enfermedad rara para tratar de encontrar la cura, no es responsable si sus estudios son tomados por otro para preparar un arma biológica.⁴²

El control del producto de la investigación queda fuera de la comunidad científica, para ser usurpados por el poder económico y político.

Por mucho tiempo se mantuvo una concepción sobre la ciencia y la tecnología según la cual éstas son neutrales desde el punto de vista de los valores y de la moral. Desde esa perspectiva, el uso que se dé a los conocimientos científicos y a los productos tecnológicos no es responsabilidad de los científicos ni de los tecnólogos, más bien es un problema —y una responsabilidad— de quienes utilicen esos conocimientos y esos artefactos para obtener fines determinados. En todo caso, son esos objetivos, y los medios utilizados para lograrlos, los que sí podrían ser evaluados desde un punto de vista moral. Pero esos objetivos, concluye dicha posición, no los definen los científicos sino los gobernantes, los políticos, los militares o los delincuentes organizados.⁴³

En este sentido, la diferencia entre objetivos y fines de los agentes financiadores *versus* de los investigadores plantea en múltiples ocasiones un conflicto moral. La complejidad estructural de la actividad tecnocientífica se refleja de inmediato como complejidad del agente tecnocientífico. Un argumento fundamental acerca de la necesidad de plantear el tema de la responsabilidad

⁴² *Ibid.*, p. 129.

⁴³ Olive, *op. cit.*, p. 80.

en la ciencia tiene que ver con el conocimiento y poder inmenso que tienen la ciencia y la tecnología. La tecnociencia no sólo ha reducido al hombre de ciencia a una situación de dependencia económica, sino que además amenaza su independencia interior.

Los propios científicos suelen ser sensibles a este tipo de valoración económica, aunque no sea la principal para ellos. La financiación obtenida, los puestos de trabajo de que se dispone y los salarios que se cobran son aspectos importantes para los tecnocientíficos, puesto que éstos no sólo tienen intereses epistémicos o tecnológicos, sino también económicos.⁴⁴

El Principio de la Responsabilidad de Jonas es una evaluación sumamente crítica de la ciencia moderna y de su “brazo armado”, la tecnología. El filósofo muestra la necesidad que el ser humano tiene de actuar con cautela y humildad frente al enorme poder transformador de la tecnociencia. Ese divorcio entre los avances científicos y la reflexión ética hicieron que Jonas propusiera nuevas dimensiones para la responsabilidad.

Jonás pretende, nada menos y nada más, establecer una enteramente nueva ‘ética para la civilización tecnológica’. Su diagnóstico parte del ‘hecho’ aceptado de que, actualmente, y en medida creciente, ‘el saber previsor queda detrás del saber técnico que da poder a nuestras acciones’ ello lleva a un abismo cada vez más grande entre el ‘poder del hacer’ y la deficiente ‘fuerza de saber previsor’. Por ello Jonás recomienda una enteramente ‘nueva concepción de los derechos y deberes’, para la cual la ética anterior no contiene ni principios adecuados ni reglas utilizables.⁴⁵

La responsabilidad es la ética: el comportamiento moral reflexionado y capaz de dar razón de sí mismo. El irresponsable o carece de moralidad, o ésta no da cuenta de sus actos, o simplemente es alguien que da el silencio por respuesta. Es un individuo sin ética. No hay, por ello, la posibilidad de ser “responsable” pero, mientras tanto, ser amoral o contrario a la ética. Ni al revés: ser éticos, pero no responsables.

⁴⁴ Javier Echeverría, *La revolución tecnocientífica*, p. 161.

⁴⁵ Krawietz, *op. cit.*, pp. 52-53.

Ser responsable es ser capaz de responder. Responder de los propios actos y actitudes, y responder por los motivos y las consecuencias de ejecutarlos. En otras palabras, la responsabilidad es la capacidad y el hecho de dar cuenta de nuestra acción y de asumirla como propia. Para ello existen unos indicadores: si la acción es ‘intencionada’ o no (*moral intention*); su grado de ‘voluntariedad’ (*moral willingness*); sus ‘principios’ o razones (*moral reason*); el conocimiento del ‘significado’ o valor de la acción (*moral value*); si ha habido o no previsión de su ‘impacto’, especialmente sobre terceros (*moral weight*); y si se ha procurado una ‘cualidad’ positiva de dicho impacto (*moral level*).⁴⁶

Así, la responsabilidad científica interna entendida como el “código de normas de los científicos” (deontología de los científicos) se diferencia de la responsabilidad científica externa, que se refiere a su relación “hacia afuera” esto es, a la responsabilidad del científico frente a terceros afectados por su trabajo o con sus resultados en forma efectiva o posible (responsabilidad jurídica).

Por consiguiente, en la medida de la concepción de neutralidad ética de la ciencia, a la libertad de investigación y autonomía de los científicos, y que el derecho estatal no ha sido sensible a la necesidad de intervenir en la regulación de la comunidad científica, por lo que sus actividades no son de por sí normativamente expresivas, por lo menos no lo son cuando se trate al conocimiento de normas, reglas jurídicas, en relación con su función para la conducta humana; la investigación deontológica —o sea el derecho como debiera ser— se plantea como alternativa para analizar e incorporar al derecho vigente los códigos y reglamentos que regulan oficialmente la actuación de los científicos en sus prácticas experimentales, principalmente en el área biomédica y biotecnológica.

IV. Deontología de los científicos

En primer lugar, es pertinente establecer la relación entre deontología, ética y moral. Así, La deontología es un conjunto de normas de comportamiento de

⁴⁶ Bilbeny, *op. cit.*, p. 195.

los profesionales que tienen por objeto establecer un marco ético para su actuación. La deontología es el tratado de los deberes determinadas por la ética que, en definitiva, fija íntimamente nuestras obligaciones en relación con la bondad o malicia de las acciones libremente ejecutadas. El objeto de estudio de la deontología son los fundamentos del deber y las normas morales. A este conocer se le suele designar teoría del deber, y aunado a la axiología, serían las dos principales ramas de lo que se conoce como *ética normativa*.

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

La deontología, entonces, es el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional el carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. La deontología es el tratado de los deberes determinadas por la ética que, en definitiva, fija íntimamente nuestras obligaciones en relación con la bondad o malicia de las acciones libremente ejecutadas.⁴⁷

La deontología, entonces, es el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico sino ético, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. La deontología es el tratado de los deberes determinadas por la ética que, en definitiva, fija íntimamente nuestras obligaciones en relación con la bondad o malicia de las acciones libremente ejecutadas.

Ahora bien, es un lugar común entre los especialistas dedicados al estudio de la deontología hacer uso de los términos códigos éticos, códigos

⁴⁷ Gonzalo Carrasco González, “La ética profesional desde una perspectiva iusfilosófica. La deontología de los periodistas”, p. 799.

morales y códigos deontológicos como si fueran sinónimos. Sin embargo, consideramos conveniente proponer una distinción entre ellos, en base a la distinción que hemos intentado establecer anteriormente entre ética como fundamentadora de la moral, y derivada de éstas, la deontología. En este sentido, los comités éticos los podemos ubicar como elementos fundadores de los códigos deontológicos, los primeros tendrían la función de establecer los principios éticos esenciales que den pauta a la elaboración de los códigos deontológicos, ello en base a que la deontología tiene la intención de obrar de acuerdo con la ética o un código ético definido de antemano. Adela Cortina, nos señala que los comités éticos rara vez nacen con objetivo de juzgar y castigar, más propio de los comités deontológicos o del derecho que del mundo moral.

Los códigos deontológicos pueden ser conceptualizados como mecanismos de autorregulación que se imponen al interior de una profesión por los miembros de ésta, generalmente de manera voluntaria, y con la finalidad de establecer las normas éticas que deben guiar su actividad profesional. Puesto que, en la actualidad, existen muchas formas de autorregulación en las que la ética constituye el elemento clave que acompaña a cada una de ellas. Asimismo, los códigos deontológicos tienen como función contribuir a crear las condiciones laborales, profesionales y sociales que hagan posibles el cumplimiento normal de las exigencias éticas y deontológicas de una profesión.⁴⁸

Ahora bien, en base a la tesis de la vinculación entre derecho y moral, y considerando los códigos deontológicos como normas sociales que regulan la conducta profesional de un grupo específico, éstos se pueden considerar como fuentes para la elaboración de normas jurídicas, lo cual sólo requiere de la sensibilidad y voluntad de los legisladores para positivizarlas, como es el caso de España y Chile en donde, los códigos éticos han sido regulados por el Estado.

El *ethos* mertoniano sirvió de guía para la conducta correcta de los científicos consistente en la actuación conforme a las normas fundamentales y sus normas derivadas, sin embargo, la conducta desviada (anómica) de algunos científicos visibilizó un cambio de normas y valores en el comportamiento de algunos científicos. De ahí la necesidad imperiosa de vigilar y controlar las

⁴⁸ *Ibid.*, p. 801.

desviaciones, así como de prevenir los riesgos derivados de las malas prácticas científicas, a través de códigos éticos.

La caída en descrédito de los científicos, así como la crisis de valores entre estos, son criterios que influyeron en que se llevaran a cabo reflexiones internas en los colectivos de los científicos para formular un conjunto de reglas prácticas, que determinan la conducta a seguir, en la búsqueda de contribuir a evitar o controlar las desviaciones y los efectos nefastos en el ámbito de la ciencia.

Los conflictos de intereses, la mala conducta y el fraude dentro de la comunidad científica han dado lugar a que algunas organizaciones científicas respondan con esfuerzos específicos para promover una conducta más ética en la ciencia, por ejemplo, la American Association for the Advancement of Science creó un comité especial sobre la libertad y la responsabilidad científica.⁴⁹

De esta forma muchas profesiones se hayan reguladas gracias a una preocupación por dotarse de los medios para prevenir las equivocaciones en el ejercicio de sus funciones. Para Toulouse, varias corporaciones disponen de estructuras de orden profesional que se encargan de definir las prescripciones específicas de la deontología de la profesión y de hacerla respetar por medio de procedimientos internos.

La aparición de los comités de bioética se debe a la convergencia de dos movimientos. Por un lado, la inquietud creciente que la progresión titánica de la ciencia y su capacidad de manipulación casi ilimitada, cuya osadía llega hasta el intento de fabricación de seres humanos, despierta en el público. Y por otro, la preocupación que comparten científicos y responsables de organismos de investigación porque no se dictamina de forma clara aquello que está permitido de aquello que está prohibido.⁵⁰

De acuerdo con Adela Cortina el nacimiento y proliferación de códigos deónticos en los diversos campos de la vida social es un claro síntoma de que la ética, además de su tarea fundadora de la moral tiene hoy una fun-

⁴⁹ Arellano Hernández y Morales Navarro, *op. cit.*, pp. 104-106.

⁵⁰ Toulouse, *op. cit.*, 38.

ción que cumplir, urgente e importante. Es la búsqueda del establecimiento de un sinnúmero de códigos y reglamentos que regulan oficialmente la actuación de los científicos.

En cada uno de sus ámbitos (de la moral cívica) —empresarial, financiero, político, informativo, sanitario— nacen comités éticos con tareas diversas, como pueden ser el ‘descubrimiento’ de los principios éticos de una determinada profesión, la redacción de códigos éticos, la supervisión de la actuaciones de los profesionales cuando plantean algún problema moral, el asesoramiento en caso de duda, la formación ética en un campo determinado.⁵¹

Así, con base a lo expuesto por Hirsch Adler, los investigadores sirven principalmente a intereses académicos y públicos. La ganancia económica y material no debe subordinar a esos intereses, Los investigadores tienen la responsabilidad de adoptar una actitud no tendenciosa y abierta. “La obligación de advertir de los posibles peligros. Los investigadores se hallan en la mejor posición para denunciar los riesgos de daños o catástrofes irreversibles relacionadas con la evolución de las tecnologías, o para reclamar que se abran investigaciones nuevas en campos necesarios, pero desatendidos”.⁵²

De acuerdo con Toulouse los comités de ética proliferan en nuestros días; han sido tantos los que han aparecido recientemente y en ámbitos tan diversos, en universidades o en empresas, en ministerios u organismos, a escala nacional e internacional, que sería difícil ponerlo en duda. Ya en 1994, la unidad de bioética de la UNESCO censó más de 200 comités de ética nacionales o instituciones del mismo género. La enumeración de estos comités resultaría demasiado extensa, por ello sólo hacemos mención, con las reservas de hacer omisiones importantes, de los más significativos en los estudios sobre ética e instituciones científicas. Así, para Toulouse el Comité de Ética para las Ciencias (creado en 1994 bajo la égida del CNRSS, (Centro Nacional de Investigación Científica) juzgó oportuno iniciar un estudio sobre “ética e instituciones científicas”.

Por su parte Antonio Arellano Hernández y Laura María Morales Navarro presentan una larga lista para fundamentar el reconocimiento del papel de la

⁵¹ Adela Cortina, “Comités de ética”, p. 292.

⁵² Anita C. Hirsch Adler, “Ética de la ciencia y de la investigación científica”, p. 125.

ética a lo largo del tiempo, señalando que importantes grupos de científicos, gobiernos e instituciones de diferente orden, han conformado un movimiento pro-eticidad de la ciencia y la tecnología, en respuesta a la profundización y extensión de la actividad de investigación a nivel mundial.

Los citados autores parten de la Declaración de la Asamblea Mundial de Helsinki (1964) como el primer texto de envergadura internacional en el que se inscribió formalmente una ética científica, cuya implementación sería regulada por comités independientes, señalando como tareas principales la valoración y guía del procedimiento experimental. Pero, además, imparten un listado amplio de estas organizaciones.⁵³

Así, se han creado distintas organizaciones en todo el mundo como la Office of Research Integrity (ORI, 1994), la President's Commission for the Study of Ethical Problems in Biomedical Research y el Consejo Internacional para la Ciencia (ICSU). Este hecho desembocó en la aprobación, en 1996, de la creación del Comité sobre la Responsabilidad y la Ética en la Ciencia del que posteriormente derivó la creación de la Comisión Mundial sobre la Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología por parte de la UNESCO en 1997 (COMEST, 1999). Estas organizaciones reconocen la necesidad de construir una dimensión ética sobre la investigación científica y tecnológica; aunado a lo anterior, en la Conferencia Mundial de la Ciencia organizada conjuntamente por el ICSU y la UNESCO en Budapest en 1999, se reconoció la importancia de la ética en la ciencia. Además, instituciones diversas, como Mentor Development Award, han creado programas de difusión de la ética en el trabajo de investigación, diseñados y administrados de acuerdo a políticas y códigos éticos internacionales. A través de estas movilizaciones muchos actores esperan que la actividad pro-eticidad de la ciencia se generalice a nivel mundial.⁵⁴

Finalmente, a través del estudio hemos podido observar que la propuesta de la neutralidad científica y la valoración moral de la tecnociencia tiene un campo de expresión deontológica. Toulouse sintetiza de manera magistral esta preocupación de la relación entre ciencia y ética de los científicos.

⁵³ Arellano Hernández y Morales Navarro, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 84-85.

Por otra parte, es evidente que todo reposa, en definitiva, en la conciencia de los científicos (...). Si tanto por vocación como por educación, éstos no se hallan en estado de resistir a la tentación de abusar de su poder, aunque sea para fines desinteresados, sin tener en consideración a los derechos sagrados de la humanidad, faltan gravemente a la misión que tienen asignada y se apartan de su función en la sociedad.⁵⁵

V. Conclusiones

El paradigma de la neutralidad ética de la ciencia, que postula la separación estricta entre ciencia y tecnología deber ser revisado, en tanto que éste al enfocarse a la ciencia pura es insuficiente para explicar el nuevo contexto en el que predomina la ciencia aplicada (tecnociencia) con una variedad de valores externos (valores prácticos, económicos, políticos, militares o sociales).

Los efectos negativos de la tecnociencia plantean la necesidad de superar el principio de la neutralidad de valores en la ciencia, para incorporar el principio de que la ciencia traducida a tecnociencia tiene implicaciones éticas.

La presencia de conflictos morales en la aplicación de la ciencia y la consideración que la ciencia como actividad humana está inmersa en la realidad social, económica y política, implica la necesidad de incorporar la ética al estudio de la ciencia.

La tecnociencia ha invadido el ámbito de la producción del conocimiento científico, desplazando al científico como agente principal por una variedad de agentes (militares, empresarios, económicos, políticos y jurídicos), provocando la pérdida de autonomía y control de los investigadores por los agentes. La diferencia entre objetivos y fines de los agentes financiadores *versus* de los investigadores plantea en múltiples ocasiones un conflicto moral, situación que plantea el análisis de la relación entre la ciencia y la ética.

La ciencia no es solo cognición, sino que en tanto que actividad social está regida por los valores epistémicos, sino por una pluralidad de valores, es decir, un pluralismo axiológico que de sentido a la praxis científica.

⁵⁵ Toulouse, *op. cit.*, p. 68.

La responsabilidad de los efectos negativos en la mayoría de los casos no se puede atribuir a los científicos autónomos. El desarrollo de la química, la física, la biología o cualquier otra disciplina científica no implica ningún desafío de carácter ético mientras los conocimientos no operen en la realidad y la modifiquen. Dicho en términos aristotélicos, la ética nada tiene que ver con la “teoría”, en todo caso tendría que ver con la “práctica”. Sin embargo, podemos observar que en algunos científicos se presentan casos de conductas no correctas o desviadas (anómicas), lo que implica la necesidad de la conformación de comités de ética.

La creación de códigos éticos plantea una cuestión de interés para la Filosofía del Derecho, pues éstos son elaborados con la finalidad de regular la actividad profesional en un ámbito determinado (autorregulación) ante problemas derivadas de situaciones más vinculadas con la ética (normas sociales) que la normatividad jurídica. Los códigos éticos como forma de autorregulación, si bien carecen de capacidad coactiva diferente a la del rechazo de la opinión pública, sí asumen una responsabilidad enfocada a garantizar que su actividad se ajusta a las valoraciones y normas de dicha actividad.

Una perspectiva amplia de la filosofía del derecho permite establecer esta relación entre ética, códigos éticos y la filosofía del derecho pues como señala Perla Gómez Gallardo:

Para Rafael Preciado, el objeto material propio de la filosofía del derecho es todo el derecho, lo mismo el positivo que el natural, el estatal y el social, considerados en las grandes ramas que comprenden y en sus diversas manifestaciones: la total realidad de lo jurídico constituye el objeto material de la filosofía del derecho. Y su objeto formal, el ángulo desde el cual contempla lo jurídico, es la investigación de las causas últimas, de las razones más elevadas, de los primeros principios del derecho. Al hacer notar el aspecto de las últimas causas, no debemos olvidar la parte teleológica ni la axiológica.⁵⁶

El argumento internalista ha sido construido bajo dos premisas, una donde la ciencia contiene intrínsecamente una deontología, y otra donde aquella es

⁵⁶ Perla Gómez Gallardo, *Filosofía del derecho*, p. 26.

una causa neutra de los efectos que produce, quedando éstos reservados a las consecuencias provocadas por el entorno.⁵⁷

Fuentes de consulta

Bibliografía

- Bilbeny, Norbert. *Ética*. Barcelona, Ariel, 2012.
- Bunge, Mario. *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*. 6ª reimp., México, Siglo veintiuno editores, 2013.
- Cortina, Adela. “Comités de ética”. *Cuestiones morales*, Osvaldo Gauriglia, (edit.), Madrid/España, Trotta, 1996.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. Reimpresión de la 2ª ed., Taurus Ediciones, Madrid / España, 1993.
- Echeverría, Javier. *Filosofía de la ciencia*. Madrid, Akal, 1995.
- Gómez Gallardo, Perla. *Filosofía del derecho*. México, Iure Editores, 2009.
- Krawietz, Werner. *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*. 3ª ed., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política No. 20, México, Distribuciones Fontamara, 2001.
- Núñez Bustillos, Juan Carlos. *Ciencia y ética, entre el por qué y el para qué*. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, México, ITESO, 2006.
- Toulouse, Gérard. *Mirada sobre la ética de las ciencias*. Colección Hermes, Núm. 24, España, Ediciones del Laberinto, 2003.
- Ravmond, Aron. “Introducción”. *El político y el científico*, Max Weber, 5ª ed., Libro de bolsillo, Madrid, Alianza, 1979.
- Vilajosana, Joseph M. *Identificación y justificación del derecho*. Colección Filosofía y Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Villoro Toranzo, Miguel. *Teoría general del derecho. Lo que es. Su método*. 7ª ed., México, Porrúa, 2012.

Hemerográficas

- Arellano Hernández Antonio y Laura María Morales Navarro. “Ética e investigación, hacia una política de integridad tecnocientífica”. *Redes*, Vol. 11, Núm. 22, octubre 2005, Universidad Nacional de Quilmes Argentina, pp. 75-114.
- Carrasco González, Gonzalo. “La ética profesional desde una perspectiva iusfilosófica. La deontología de los periodistas”. *Alegatos*, septiembre-diciembre 2013, México, UAM-A, pp. 789-818.

⁵⁷ Arellano Hernández y Morales Navarro, *op. cit.*, p. 95.

- Echeverría, Javier. “La revolución tecnocientífica”. *Confines*, Núm. 10, agosto-diciembre 2005.
- Hirsch Adler, Anita Cecilia. “Ética de la ciencia y de la investigación científica”. *Ethos Educativo*, Núm. 30 mayo–agosto 2004, México, Instituto Michoacano de Ciencias de la Educación “José María Morelos”.
- Schulz, Pablo C. “La ética en ciencia”. *Revista Iberoamericana de Polímeros*. Vol. 6, Núm. 2, junio de 2005, Argentina.

Fuentes electrónicas

- Echeverría, Javier. *La revolución tecnocientífica*. México, FCE, 2003. <http://naturalezacienciaysociedad.org/wpcontent/uploads/sites/3/2018/01/Echeverria-Revoluci%C3%B3nTecnocient%C3%ADfica.pdf>
- Mattarollo, Livio. *Racionalidad axiológica de la ciencia. La relación entre ciencia y valores desde la filosofía de Javier Echeverría*. Universidad Nacional de La Plata, 2002. cicdigital.sedici.unlp.edu.ar/bitstreams/227dbc3e-37af-494b-a713-6c8dd8142173/download
- Olivé, León. *La ciencia y la tecnología en la sociedad del conocimiento: Ética, política y epistemología*. 1ª ed. electrónica, México, FCE, 2011. [Ciencia/ciencia-tecnologia-democracia-64-68%20\(1\).pdf](http://ciencia/ciencia-tecnologia-democracia-64-68%20(1).pdf)

El proceso de integración de la Unión Europea y la evolución del concepto de autonomía estratégica hacia la autonomía estratégica abierta (2013-2024)

Gabriel Pérez Pérez*

Resumen:

En la investigación se elabora un análisis histórico de la evolución del concepto de autonomía estratégica como parte del proceso de integración de la Unión Europea. A partir de 2013, el concepto de autonomía estratégica ha funcionado como una directiva política orientadora para la acción exterior de la UE para la defensa de sus intereses en las coyunturas de crisis prevalecientes en el sistema internacional (estas crisis han sido tanto económicas como geopolíticas). A partir de 2020, la UE instrumentó un nuevo concepto: la autonomía estratégica abierta. En la investigación se analiza orientación atlantista del nuevo concepto y el rechazo de la UE a mantener relaciones de dependencia económica con terceros países a pesar de su firme defensa de los principios del libre mercado y las economías abiertas.

Abstract:

The research elaborates a historical analysis of the evolution of the concept of strategic autonomy as part of the integration process of the European Union. Since 2013, the concept of strategic autonomy has functioned as a guiding political directive for the EU's external action to defend its interests at the junctures of crises prevailing in the international system (these crises have been both economic and geopolitical). Starting in 2020, the EU implemented a new concept: open strategic autonomy. The research analyzes the Atlantist orientation of the new concept and the EU's refusal to maintain relations of economic dependence with third countries despite its firm defense of the principles of the free market and open economies.

* Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid y Doctor en Ciencias Sociales por la UAM-X., Profesor-Investigador, del Departamento de Ciencias Sociales de la UAM-C. y Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la misma Unidad.

Sumario: Introducción / I. El concepto de autonomía estratégica y el proceso de integración de la Unión Europea / II. La Estrategia Global de Seguridad Europea de 2016 y la autonomía estratégica / III. El concepto de autonomía estratégica abierta a partir de 2020 / IV. Conclusión / Fuentes de consulta

Introducción

En la investigación se elabora un análisis histórico de la evolución del concepto de autonomía estratégica como parte del proceso de integración de la Unión Europea (UE) y su sistema legal-institucional. La investigación utiliza una metodología analítica-deductiva mediante la consulta de fuentes primarias (especialmente documentación oficial, jurídica y política, emitida por las instituciones de la UE), fuentes de información periodística y fuentes secundarias de consulta generadas por expertos académicos en la temática de la integración europea.

La investigación se divide en tres partes: 1) en la primera, se analizan las primeras formulaciones aproximadas al concepto de autonomía estratégica a finales de la década de 1990 (como el concepto de “autonomía de acción”) y su relación con el sistema legal-institucional de la UE. En un principio, la noción de una autonomía de acción estuvo enlazada con el sector de la defensa europea, las políticas necesarias para incrementar su capacidad de innovación y para cooperar con sus aliados estratégicos en el contexto de las actividades de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).¹

En su primera formulación fue clara la distinción del ámbito militar de la autonomía de acción respecto a los ámbitos político-diplomático y económico, una condición que se mantuvo a pesar de las crisis geopolíticas que se presentaron durante los primeros años de la década del 2000: como en los casos de los atentados terroristas en contra de Estados Unidos en 2001 y la invasión unilateral del gobierno de George W. Bush a Irak (una acción de Washington que recibió la oposición, en la Organización de Naciones Unidas, por parte de los gobiernos de Jacques Chirac en Francia y Gerhard Schroeder en Alemania).

¹ Giedrius Česnakas, “European Strategic Autonomy: The Origins Story”, p. 1.

La respuesta estratégica de la UE a las crisis geopolíticas fue respaldar sus prioridades vigentes desde el inicio de la Posguerra Fría como el apoyo a los principios de la buena gobernanza (como la democracia, los derechos humanos y el libre mercado), la cooperación para el desarrollo con otros actores internacionales y la importancia del multilateralismo eficaz como un medio preferente para resolver los conflictos internacionales. Las directivas que integraron a la Estrategia Europea de Seguridad instrumentada en 2003, el documento guía para la acción exterior europea en aquel contexto, no desarrollaron una noción sobre una autonomía estratégica, enfocándose esencialmente en el “multilateralismo eficaz”.² El proceso de incorporación del concepto de autonomía a las políticas de seguridad de la UE transcurrió durante las siguientes coyunturas de crisis globales: en estos casos, las crisis económicas y geopolíticas que hicieron perder su vigencia a la Estrategia Europea de Seguridad de 2003, como el inicio de la crisis económica-financiera global iniciada en 2008, la consecuente crisis económica y de deuda soberana en la eurozona (especialmente grave entre los países del sur de Europa) y las crisis regionales como la denominada “primavera árabe” (con especial referencia a la intervención de la OTAN en Libia en 2011 y la Guerra Civil en Siria que continúa hasta el momento) así como el conflicto ruso-ucraniano iniciado en 2014 (con el consecuente deterioro de las relaciones de la UE con la Federación Rusa).

2) En la segunda parte se analiza la respuesta al nuevo entorno de crisis económica y conflictividad geopolítica por parte de los miembros del Consejo Europeo: a partir del periodo 2013-2015, el Consejo solicitó a la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (en ese momento Catherine Ashton durante el periodo 2010-2014 y Federica Mogherini durante 2014-2019) y al Servicio Europeo de Acción Exterior la redacción de una nueva estrategia de seguridad para la UE. El resultado fue la Estrategia Global de Seguridad Europea de 2016 en el que se incorporó formalmente el concepto de autonomía estratégica.³ La introducción del concepto en los documentos oficiales del Consejo Europeo (con una orientación política) había iniciado en la cumbre de los Estados miembros realizada en diciembre de 2013 aunque limitado al sector de la industria de defensa y sin recibir sin una definición oficial. El concepto de una autonomía estratégica como una directi-

² Consejo Europeo, *European Security Strategy. A Secure Europe in a better World*, pp. 24-26.

³ Servicio Europeo de Acción Exterior, *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*.

va guía en la defensa de los intereses de la UE en un sentido amplio, más allá de la esfera de la industria de defensa, fue incluida en el documento de la Estrategia Global de Seguridad Europea de 2016. Sin embargo, en ese momento la autonomía estratégica se presentó más como un eslogan (o un “lema”) que como un conjunto de políticas concretas: de acuerdo con Riccardo Perissich, como “un eslogan en la búsqueda de una política”.⁴

3) En la tercera parte se analiza la evolución del concepto, a partir del año 2020, desde la “autonomía estratégica” hacia una “autonomía estratégica abierta” de la UE: este proceso de evolución ha estado determinado por el contexto actual de conflictividad entre las grandes potencias del sistema internacional, caracterizado por la competencia geopolítica por alcanzar la hegemonía global (un proceso en el que se encuentran involucradas, especialmente, potencias como Estados Unidos, China y Rusia). En esta competencia geopolítica igualmente se han presentado cuestionamientos al sistema multilateral de la gobernanza global prevaleciente como a las normativas de la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁵

La autonomía estratégica “abierta” se orienta hacia la defensa de los intereses de la UE, sus valores y principios en un contexto en el que resulta riesgoso depender de otras potencias, especialmente en los ámbitos económico y de defensa: una percepción que se ha nutrido a partir 2020, durante el contexto de la propagación de la pandemia de la enfermedad COVID-19. En este caso, especialmente debido a la dependencia de la UE a recibir insumos médicos por parte de países como China, en un momento inicial de la pandemia, en que la producción de la UE resultó insuficiente para atender a la demanda de su propia población, con la consecuente pérdida de vidas humanas debido a una falta de atención eficaz (en enero de 2020, momento del inicio de la pandemia, el 70% de la producción de insumos médicos requeridos por la UE se elaboraba en terceros países).⁶

Así mismo, la dependencia europea a recibir insumos estratégicos producidos por actores externos al Mercado Común se extiende hacia otros sectores como los alimentos, minerales industriales (como en el caso de las tierras raras necesarias para el sector tecnológico), alta tecnología, paneles solares, ferti-

⁴ Riccardo Perissich, “Autonomie stratégique de l’UE: un slogan à la recherche d’une politique”.

⁵ Salvador Rueda, “Autonomía estratégica abierta: ámbitos de acción prioritarios e iniciativas de la Presidencia Española del Consejo de la UE”.

⁶ *Id.*

lizantes, etcétera. Para enfrentar estas relaciones de dependencia (considerada estratégicamente “riesgosa” a partir de ese momento), durante la cumbre del Consejo Europeo realizada en octubre de 2020, en Bruselas, los Estados miembros hicieron un llamado al fortalecimiento del Mercado Común:

En julio [2020], el Consejo Europeo acordó un paquete de recuperación sin precedentes para contrarrestar los efectos de la COVID-19 en nuestras economías y sociedades, y para promover la fortaleza de Europa en su recuperación, así como la transformación y reforma de nuestras economías. Los dos pilares de dicha recuperación que se refuerzan mutuamente, la transición verde y la transformación digital, junto con un Mercado Común fortalecido y robusto, fomentarán nuevas formas de crecimiento, promoverán la cohesión y la convergencia y fortalecerán la resiliencia de la UE.⁷

En las Conclusiones de la cumbre de 2020, los miembros del Consejo mantuvieron como prioridad la definición del concepto de una “autonomía estratégica abierta” (en tanto una ampliación de los sectores en los que intervenía originalmente el concepto de autonomía estratégica): para el Consejo “alcanzar la autonomía estratégica preservando al mismo tiempo una economía abierta es un objetivo clave de la Unión”.⁸ Es decir, los objetivos de la autonomía estratégica, enfocados en la defensa de los intereses de la UE en un sentido amplio, se encuentran en convergencia con los principios del libre mercado (la buena gobernanza). De acuerdo con Salvador Rueda, esta definición de la autonomía estratégica abierta se puede interpretar como que los miembros de la UE se encuentran dispuestos a “cooperar multilateralmente en aquello que puedan [*con otros actores internacionales*] siempre que puedan hacerlo, pero a la vez a actuar de manera autónoma siempre que sea necesario”.⁹ A continuación se desarrolla el análisis de la evolución del concepto de la autonomía estratégica hacia la “autonomía estratégica abierta” en tanto un proceso de adaptación de la UE hacia los nuevos conflictos geopolíticos y la necesidad de salvaguardar sus intereses y principios sobre la conducción de la gobernanza global.

⁷ *Id.*

⁸ Consejo Europeo, Special meeting of the European Council (1 and 2 October 2020)—Conclusions EUCO13/20, p. 1.

⁹ Salvador Rueda, “Autonomía estratégica abierta: ámbitos de acción prioritarios e iniciativas de la Presidencia Española del Consejo de la UE”. Las cursivas son del autor.

I. El concepto de autonomía estratégica y el proceso de integración de la Unión Europea

Como menciona Eugenia López-Jacoste en un entorno internacional “convulso” como el actual en el que prevalece una alta conflictividad geopolítica entre las grandes potencias y estas contribuyen a la conformación de bloques de países alrededor de la competencia que entablan por la hegemonía mundial (como la alianza AUKUS o el Grupo BRICS), la Unión Europea busca salvaguardar su “independencia y autonomía” en un sentido amplio abarcando desde la autonomía institucional “hasta la autonomía de su ordenamiento jurídico, pasando por la autonomía energética, la digital, y la *estratégica*”.¹⁰ Particularmente en el caso de la autonomía estratégica, es un concepto que en principio hizo referencia “a las capacidades militares indispensables para llevar a cabo acciones defensivas autónomas por un actor estratégico”. En el caso de la UE, su objetivo estratégico en términos generales ha sido “la defensa de sus intereses: la defensa de Europa y de los europeos. En consecuencia, aspira a dotarse de las capacidades que sean necesarias para poder asumir y garantizar de forma autónoma su objetivo estratégico”.¹¹

Para Hugo Neves las tendencias geopolíticas actuales producen en la UE una percepción de inestabilidad en el sistema internacional caracterizada por “por el conflicto, la incertidumbre y la inseguridad. Para defender su independencia, y estabilidad, está centrando todas sus energías en desarrollar lo que se conoce como autonomía estratégica”.¹² Por estas razones, en el escenario internacional contemporáneo, la UE se ha visto obligada a subordinar sus anteriores preferencias identificadas con la cooperación para el desarrollo y el multilateralismo, relacionadas con el inicio de la Posguerra Fría, para aproximarse al enfoque de una UE más estratégica que “le obliga a tener que garantizar su autonomía e independencia en detrimento de sus relaciones multilaterales y comerciales. La autonomía estratégica es un concepto que se encuentra presente, actualmente, en la mayoría de los documentos, dossiers y planes de acción de la UE”.¹³ Para el autor, la autonomía estratégica “es el

¹⁰ Eugenia López-Jacoste, “Hacia la autonomía estratégica de la UE: el equilibrio necesario entre la ambición y la necesidad”, p. 70.

¹¹ *Ibid.*, p. 71.

¹² Hugo Neves, “La autonomía estratégica abierta: la respuesta de la Unión Europea a un nuevo escenario geopolítico”, p. 219.

¹³ *Id.*

escenario por el cual la UE podrá alcanzar su objetivo estratégico, que no es otro que el de garantizar su seguridad y la de su ciudadanía”.¹⁴ Por otra parte, no existe una definición homologada del concepto de autonomía estratégica que pueda presentarse en el ámbito diplomático de la UE o del Servicio Europeo de Acción Exterior: en este sentido, se ha presentado una falta de consenso entre los embajadores y los servicios de la UE que ha dado lugar a una “calculada ambigüedad” que ha producido una “confusión entre los funcionarios de políticas de la UE (*policy officers*) a la hora de convertir el concepto en programas concretos”.¹⁵

La formulación del concepto de autonomía estratégica se encuentra relacionada con la instrumentación de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea (PESC) y con la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) desarrollada en el Título V, Sección 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) e instituida en el Tratado de Ámsterdam en 1999.¹⁶ Como señala López-Jacoste de acuerdo con el Artículo 42.2 del TUE, la PESD/PCSD busca desarrollar en un futuro su propia política exterior que “incluirá la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión” en el caso de que sea una política instrumentada por el Consejo Europeo. Igualmente, de acuerdo con el Artículo 42.3 del TUE,¹⁷ los Estados “pondrán a disposición de la Unión, a efectos de la aplicación de la PCSD, capacidades civiles y militares para perseguir los objetivos fijados por el Consejo”. Para López-Jacoste “este marco jurídico manifiesta claramente que todavía no se

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Diego Borrajo, “La autonomía estratégica de la Unión Europea más allá de la seguridad y la defensa: la seguridad de las cadenas de suministro y la potenciación de la conectividad”, p. 2.

¹⁶ A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la PESD fue denominada en adelante como la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). La PCSD es el término propuesto en el Tratado Constitucional de la UE, rechazado por los referendos de Francia y Países Bajos en 2005: el término PCSD se mantuvo en el Tratado de Lisboa, López-Jacoste, *op. cit.*, p. 73; Neves, *op. cit.*, p. 219.

¹⁷ López-Jacoste, *op. cit.*, p. 71.

Cfr., *Diario Oficial de la Unión Europea*, Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Capítulo 2: Disposiciones específicas sobre la política exterior y de seguridad común —Sección 2: Disposiciones sobre la política común de seguridad y defensa— Artículo 42 (antiguo artículo 17 TUE):

1. La política común de seguridad y defensa forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros.

ha alcanzado una plena autonomía estratégica, al menos en relación con las tres dimensiones constitutivas del concepto, como son la política, la operativa y la industrial” considerando que “el actual modelo de defensa de la UE es de libre cooperación intergubernamental en coexistencia con el modelo clásico de seguridad nacional, pero con la posibilidad de “avanzar más deprisa” hacia la plena integración defensiva”.¹⁸

El Tratado de Niza (firmado en 2001 y que entró en vigor a partir de 2003) también incluyó un avance en la fundamentación normativa del concepto de “autonomía estratégica” a través de un conjunto de procedimientos para la toma de decisiones referidas a la PESC y la PESD/PCSD de la UE. Un objetivo prioritario del Tratado de Niza fue reformar la estructura institucional de la UE para adaptarla a los cambios que produciría la conclusión del proceso de ampliación de 2004 (con la incorporación de diez nuevos Estados miembros a la UE, la mayoría ubicados en Europa central y oriental). En el Tratado de Niza se atribuyeron determinadas funciones para el Comité Político y de Seguridad. Este Comité era responsable de la PESC y también asumía funciones en el marco la PESD/PCSD de acuerdo con el Artículo 38 del TUE.¹⁹ Posteriormente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de

2. La política común de seguridad y defensa incluirá la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión. Ésta conducirá a una defensa común una vez que el Consejo Europeo lo haya decidido por unanimidad. En este caso, el Consejo Europeo recomendará a los Estados miembros que adopten una decisión en este sentido de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

La política de la Unión con arreglo a la presente sección no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de determinados Estados miembros, respetará las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte para determinados Estados miembros que consideran que su defensa común se realiza dentro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco.

3. Los Estados miembros pondrán a disposición de la Unión, a efectos de la aplicación de la política común de seguridad y defensa, capacidades civiles y militares para contribuir a los objetivos definidos por el Consejo. Los Estados miembros que constituyan entre ellos fuerzas multinacionales podrán asimismo ponerlas a disposición de la política común de seguridad y defensa.

Los Estados miembros se comprometen a mejorar progresivamente sus capacidades militares. La Agencia en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento (en lo sucesivo denominada “Agencia Europea de Defensa”) determinará las necesidades operativas, fomentará medidas para satisfacerlas, contribuirá a definir y, en su caso, a aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa, participará en la definición de una política europea de capacidades y de armamento y asistirá al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares.

¹⁸ López-Jacoste, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Carlos Bilbao, “La Autonomía Estratégica Abierta como instrumento de integración de la Unión Europea”, p. 287.

2009, han sido ampliadas “las bases jurídicas que permiten la futura integración y autonomía defensiva y, en consecuencia, una mayor y mejor presencia de la UE en el mundo”.²⁰

Sin embargo, como también menciona Neves, el marco jurídico prescrito por el TUE demuestra que la autonomía estratégica de la UE en sus tres vertientes (política, operativa e industrial) “no ha sido alcanzada”. Entre otros factores, esto se ha debido a que la “la PESC es una política de cooperación intergubernamental, es decir, no entra dentro del trinomio competencial de la UE que recogen los tratados constitutivos (competencias exclusivas, compartidas y de coordinación), sino que se encuentra en las conocidas como competencias no asignadas”. Neves cita a Luis de Castro para afirmar que el avance hacia la autonomía estratégica dependerá “del pensamiento unánime, y de la cooperación del conjunto de los Estados miembros”.²¹

1.1. La Estrategia de Seguridad Europea de 2003 y el concepto de autonomía estratégica

De acuerdo con Félix Arteaga, un punto de partida referencial en la conformación del concepto de “autonomía estratégica” de la UE fue la introducción del término de “autonomía de acción” en el contexto de la PESD durante la cumbre del Consejo Europeo realizada en Colonia, durante la presidencia rotatoria de Alemania, en 1999. El concepto de autonomía de acción se elaboró con el apoyo de los gobiernos de Francia y Reino Unido y tuvo el objetivo de que la UE pudiera actuar “en las crisis internacionales incluidas en los tratados cuando la OTAN no lo hiciera, actuando de forma independiente, o en colaboración con la OTAN”.²² La premisa franco-británica en esta capacidad de actuación estratégica en las crisis internacionales residió en “no duplicar y no crear un ejército europeo, la actuación autónoma se fijó inicialmente en unos objetivos de fuerza (*Headline Goal* 2003) de 50.000 a 60.000 soldados capaces de ser desplegados en 60 días y sostenidos durante 12 meses a partir de 2003”.²³ En el documento de las Conclusiones de la cumbre de Colonia, la

²⁰ López-Jacoste, *op. cit.*, p. 71.

²¹ Neves, *op. cit.*, pp. 219-220.

²² Félix Arteaga, “La autonomía estratégica y la defensa europea”, p. 1; Giedrius Česnakas. “European Strategic Autonomy: The Origins Story”, p. 18.

²³ Félix Arteaga, *op. cit.*, p. 1.

Presidencia del Consejo estableció las modalidades de participación entre la UE y la OTAN en el contexto de la PESD:

La creación exitosa de una Política Europea de Seguridad y Defensa requerirá en particular:

- la posibilidad de que todos los Estados miembros de la UE, incluidos los miembros no aliados, participen plenamente y en igualdad en las operaciones de la UE;
- acuerdos satisfactorios para los miembros europeos de la OTAN que no son Estados miembros de la UE para garantizar su máxima participación posible en las operaciones dirigidas por la UE, basándose en los acuerdos de consulta existentes dentro de la Unión Europea Occidental;
- Disposiciones para garantizar que todos los participantes en una operación dirigida por la UE tengan los mismos derechos con respecto a la realización de esa operación, sin perjuicio del principio de la autonomía de toma de decisiones de la UE, especialmente el derecho del Consejo a debatir y decidir cuestiones de principio y política;
- la necesidad de garantizar el desarrollo de consultas mutuas efectivas, cooperación y transparencia entre la OTAN y la UE;
- la consideración de formas de garantizar la posibilidad de la participación de los Socios Asociados de la Unión Europea Occidental.²⁴

Posteriormente, la Estrategia Europea de Seguridad de 2003, instrumentada en el contexto de la invasión de Estados Unidos a Irak, no hizo mención a una autonomía de acción (o estratégica) y mantuvo como prioridad a la cooperación europea en el ámbito multilateral con otros actores internacionales. La prioridad en ese momento fue el concepto del “multilateralismo eficaz” mediante la conformación de “asociaciones estratégicas”, entre otros instrumentos diplomáticos, con actores tan diversos como Arabia Saudita, Canadá, China, Sudáfrica, Japón o Rusia.²⁵

²⁴ Parlamento Europeo, Cologne European Council. Conclusions of the Presidency. La Unión Europea Occidental (*Western European Union*, WEU por sus siglas en inglés) fue una organización internacional de defensa integrada por los Estados miembros de la UE y los miembros europeos de la OTAN. La Unión Europea Occidental fue disuelta en junio de 2011 después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, *vid.*, André Dumoulin, *The development of Western European Union*.

²⁵ Consejo Europeo, European Security Strategy. A Secure Europe in a better World, pp. 36-38; *vid.*, Louise van Schaik y Barend ter Haar, “Why the EU is not promoting Effective Multilateralism. On a fundamental flaw in the European Security Strategy”, pp. 1-2.

Conforme el devenir internacional en los siguientes años hizo perder su vigencia a los objetivos de la Estrategia Europea de Seguridad de 2003, especialmente en el contexto de la crisis económica y financiera global iniciada en 2008, la crisis de deuda soberana y bancaria que afectó a la eurozona (especialmente grave entre los países del sur de Europa como España, Italia, Grecia y Portugal), así como la emergencia de nuevas potencias económicas como China, India o Brasil, tuvo como consecuencia que los objetivos de una autonomía de acción europea se desarrollaran en su dimensión en la industria de defensa aunque con la consideración de que se pudieran extender a otros ámbitos como el económico. Para Carlos Bilbao, la Estrategia de 2003 había quedado “obsoleta ante las nuevas amenazas y retos que se cernían sobre Europa, en particular con la crisis de materias primas o del sistema financiero”.²⁶

Una aparición temprana del concepto de autonomía estratégica en un nivel nacional ocurrió en 2008 (después de la firma del Tratado de Lisboa en diciembre de 2007) con su inclusión en un Libro Blanco sobre Defensa y Seguridad Nacional de la República Francesa (durante el gobierno de Nicolas Sarkozy). En este Libro Blanco de 2008, el concepto de autonomía estratégica apareció enlazado con la descripción de las capacidades en ciencia, tecnología, competencias industriales, la capacidad de planificación y el liderazgo estratégico del sistema de defensa francés. De acuerdo con Giedrius Česnakas: “la autonomía estratégica en el nivel de la UE estaba presente en la agenda francesa, y la organización supranacional avanzaba gradualmente hacia ella”. Posteriormente el concepto de autonomía estratégica apareció mencionado, de manera temprana, en el Reporte Anual del Parlamento Europeo publicado en marzo de 2010; en el Documento, sin una función ejecutiva, se enfatizaba:

La Unión debe potenciar su autonomía estratégica mediante una política exterior, de seguridad y de defensa (PESD) sólida y eficaz, orientada a preservar la paz, prevenir los conflictos, reforzar la seguridad internacional, proteger la seguridad de los ciudadanos europeos y de los ciudadanos afectados por las misiones de la PCSD, defender sus intereses en el mundo y sostener sus valores fundacionales, con-

²⁶ Bilbao, *op. cit.*, p. 288.

²⁷ Citado por Česnakas, p. 20, *vid.*, Gobierno de la República Francesa, Défense et Sécurité nationale. Le Livre Blanc, pp. 90, 135 y 261.

²⁸ Giedrius Česnakas, “European Strategic Autonomy: The Origins Story”, p. 20.

tribuyendo al mismo tiempo a un multilateralismo eficaz en apoyo del Derecho internacional y favoreciendo el respeto de los derechos humanos y los valores democráticos en todo el mundo (...).²⁹

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 se efectuó una re-conceptualización de la autonomía europea con el impulso a la PESC: “entre las nuevas figuras se incorporó un Presidente Permanente del Consejo Europeo, así como el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Además, este último ejercía de Vicepresidente de la Comisión”.³⁰ Con la superación de la Estrategia Europea de Seguridad de 2003 y su revisión se aprobaron nuevos enfoques de la PESC entre los que se encontraron la “Estrategia de Seguridad Interior” y la “Estrategia Global de la Unión Europea”. En lo referente a la seguridad interior, el Consejo Europeo aprobó en 2010 el documento *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea*. La diferencia en comparación a la Estrategia Europea de Seguridad de 2003 residió en que la Estrategia de Seguridad Interior de 2010 incluyó un enfoque mayormente integral; como menciona Bilbao:

La Estrategia Europea de Seguridad [de 2003] se ocupaba de la dimensión exterior de la seguridad de Europa. La nueva estrategia recoge un enfoque amplio e integral de la seguridad interior. Desde esta perspectiva, la seguridad interior engloba un conjunto de medidas con una dimensión horizontal y vertical. Por lo que se refiere a la dimensión horizontal, esta requiere la participación de las autoridades policiales, gestión de fronteras, cooperación judicial, protección civil, así como, los sectores político, económico, financiero, social y privado, incluidas las organizaciones no gubernamentales. Por otro lado, se encuentra la dimensión vertical que se refiere a varios niveles: cooperación internacional, políticas e iniciativas de seguridad de la Unión Europea, cooperación regional entre los Estados miembros, así como, las propias políticas nacionales, regionales y locales de los Estados miembros”.³¹

²⁹ Citado por Česnakas, p. 20, *vid.*, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Resolución del Parlamento Europeo, del 10 de marzo de 2010, sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad y la Política Común de Seguridad y Defensa (2009/2198(INI)), p. C 349E/64.

³⁰ Bilbao, *op. cit.*, p. 289.

³¹ *Ibid.*, p. 290.

A partir de 2011, la Comisión Europea enfatizó por una mayor autonomía de la UE en medio de una crisis del sector europeo industrial de defensa. La noción de una autonomía en ese momento se orientó hacia una actuación europea sin depender en las capacidades de terceros (soberanía operativa), en un “enfoque industrial que incluía el acceso a las tecnologías esenciales y la seguridad de abastecimiento (soberanía tecnológica)”, así como en la finalidad manifiesta de no perder la capacidad tecnológica e industrial instalada de la defensa europea. Con estos objetivos, la Comisión instrumentó un conjunto de políticas de liberalización del mercado, acabó con las compensaciones (*offsets*) e impuso restricciones a la venta de productos de defensa de gobierno a gobierno. Así mismo, la Comisión se ofreció “incluso a comprar, poseer y adquirir equipos”.³² No obstante estos avances, la incorporación oficial del concepto de autonomía estratégica en el discurso oficial de la UE fue efectuado por el Consejo Europeo.

II. La Estrategia Global de Seguridad Europea de 2016 y la autonomía estratégica

A partir de 2013, el Consejo Europeo encomendó a la Alta Representante (en ese momento la funcionaria británica Catherine Ashton) la revisión de la Estrategia Europea de Seguridad al mismo tiempo que el concepto de autonomía estratégica era incorporado de manera oficial al discurso de la UE.³³ Como menciona Arteaga: “los Estados miembros, en la cumbre del Consejo Europeo de diciembre de 2013, descartaron dar a la Comisión el protagonismo que reivindicaba” en la instrumentación de las políticas de defensa, aunque reconocieron la importancia que debía tener la base industrial del sector (*European Defence Technology and Industrial Dependencies*, EDTIB por sus siglas en inglés) para aumentar la autonomía estratégica de la UE.³⁴ El concepto de *autonomía estratégica* fue incorporado en el discurso oficial durante la cumbre del Consejo Europeo de diciembre de 2013, realizada en Bruselas, en los siguientes términos:

³² Félix Arteaga, “La autonomía estratégica y la defensa europea”, p. 2.

³³ Bilbao, *op. cit.*, p. 290.

³⁴ Arteaga, *op. cit.*, p. 2; Servicio Europeo de Acción Exterior. *Why European Strategic Autonomy matters*.

Europa necesita una defensa más integrada, sostenible, innovadora y competitiva de base tecnológica e industrial (EDTIB) para desarrollar y sostener capacidades de defensa. Esta también puede mejorar su autonomía estratégica y su capacidad para actuar con socios. La EDTIB debería reforzarse para garantizar la eficacia operativa y la seguridad del suministro, manteniendo al mismo tiempo empleo, la innovación y el crecimiento globalmente competitivo y estimulantes en toda la UE para fortalecer la capacidad de la UE para convertirse en un mejor socio mediante el desarrollo de la PCSD.³⁵

Hacia 2015 las nuevas coyunturas internacionales como la intervención de la OTAN en Libia (en la que Alemania rechazó participar) o el conflicto ruso-ucraniano hicieron urgente la implementación de la nueva Estrategia Europea de Seguridad; por esta razón, en junio de 2015 el Consejo Europeo urgió a la Alta Representante la elaboración de la Estrategia Global sobre Política Exterior y de Seguridad de la UE.³⁶ Por su parte, como menciona Arteaga, el concepto de autonomía estratégica “continuó progresando por su dimensión industrial” y en consonancia con el encargo del Consejo para la actualización de la Estrategia de Seguridad Europea. El resultado del trabajo de la Alta Representante fue la denominada *Nueva Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión* que fue entregada por el Servicio Europeo de Acción Exterior al Consejo en junio de 2016.³⁷ La propuesta de la nueva estrategia de seguridad fue adoptada en la cumbre del Consejo Europeo realizada entre el 28 y 29 de junio de 2016, algunos días después de la celebración de la consulta sobre el *Brexit* (el referéndum británico se había realizado el 23 de junio de 2016).³⁸

Igualmente, el concepto de “Estrategia Global” fue puesto de manifiesto en el discurso sobre el Estado de la Unión del presidente de la Comisión Eu-

³⁵ Consejo Europeo, Conclusions EUCO 217/13, p. 7.

³⁶ Bilbao, *op. cit.*, p. 291.

³⁷ Arteaga, *op. cit.*, p. 3; Servicio Europeo de Acción Exterior. Why European Strategic Autonomy matters.

³⁸ Consejo Europeo, European Council meeting (28 June 2016) – Conclusions EUCO 26/16. En las Conclusiones de la cumbre, los miembros del Consejo especifican: “El Consejo Europeo acoge con satisfacción la presentación de la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea por la Alta Representante e invita a la Alta Representante, la Comisión y el Consejo para hacer avanzar el trabajo”, *ibid.*, p. 7.

³⁹ Bilbao, *op. cit.*, p. 291; *vid.*, Comisión Europea, The State of Union 2016 by Jean-Claude Juncker President of the European Commission 14 September 2016, p. 43.

ropea, Jean-Claude Juncker, así como en la cumbre del Consejo Europeo realizada en Bratislava en septiembre de 2016.³⁹ Aunque la Estrategia Global de la UE de 2016 fue aprobada por unanimidad por los Estados miembros, en un principio el proceso de definición e instrumentalización del concepto de autonomía estratégica se encontró con algunos desacuerdos por parte de algunos países miembros de Europa Central y Oriental debido a que se estableció un debate entre quienes consideraron que “el concepto de autonomía estratégica era un medio para recuperar espacio político frente a Estados Unidos, y aquellos otros para los que debía evitarse, precisamente, por miedo a acelerar esa desvinculación estadounidense y atlántica”.⁴⁰ Durante el contexto prevaliente entre 2017-2019, los países que mantuvieron una posición esencialmente atlantista fueron los excomunistas del Báltico (Estonia, Letonia y Lituania) además de Polonia, Rumania, Suecia y Reino Unido en contraposición a la postura más favorable hacia la autonomía estratégica existente entonces en Alemania, Francia e Italia.⁴¹

La Nueva Estrategia Global de la UE no incorporó una definición explícita del concepto de autonomía estratégica aunque sí reiteró la importancia del sector industrial de defensa para la UE; como un avance en la cumbre del Consejo Europeo de diciembre de 2016, los Estados miembros se limitaron a “a adoptar como niveles de ambición prioritarios los de intervenir en los conflictos externos mediante la gestión de crisis, reforzar la capacidad de los países vulnerables y proteger a la población”.⁴² En la Estrategia Global de 2016, la UE consideró al concepto de autonomía estratégica más cercano a una aspiración o una “ambición” que debía suplementarse por medio de los principios y valores europeos como la libertad de mercado, la democracia o el multilateralismo. Para el Servicio Europeo de Acción Exterior, la Estrategia Global de 2016 alimentaba “(...) la ambición de la autonomía estratégica para la Unión Europea. Esto es necesario para promover los intereses comunes de nuestros ciudadanos, así como nuestros principios y valores. Sin embargo, sabemos que tales prioridades se atienden mejor cuando no estamos solos. Y son mejor atendidas en un sistema internacional basado en reglas y en el multilateralismo”.⁴³

⁴⁰ Neves, *op. cit.*, p. 221.

⁴¹ Ulrike Franke y Tara Varma, *Independence play: Europe's pursuit of Strategic Autonomy*, p. 8.

⁴² Arteaga, *op. cit.*, p. 3.

⁴³ Servicio Europeo de Acción Exterior, *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, p. 4.

Como se mencionó un cambio geopolítico relevante en ese momento era la ruptura en las relaciones de cooperación entre la UE y la Federación Rusa así como las políticas de sanciones hacia la economía rusa como consecuencias de la secesión de Crimea y la intervención de Moscú en las regiones rusófonas del oriente de Ucrania (la región del Dombás): frente al incremento de la conflictividad geopolítica, en junio de 2016, la UE estableció un acuerdo con la OTAN en Varsovia con la finalidad de actuar con terceros actores en actividades de defensa. En junio de 2017, la Comisión Europea publicó un *Libro Blanco sobre la Defensa (Reflection Paper on the Future of European Defence)* con la finalidad de ampliar “su enfoque industrial de la autonomía a otros aspectos asociados con la cantidad y la calidad del gasto de defensa, las tecnologías críticas y la regulación de las inversiones estratégicas extranjeras”.⁴⁴ En el *Libro Blanco sobre la Defensa*, la Comisión enfatizó la necesidad de incrementar el gasto en defensa por parte de los Estados miembros: “avanzar hacia la autonomía estratégica de Europa requiere gastar más en nuestras defensas, además de gastar mejor y gastar juntos” (una convocatoria en el contexto del progresivo deterioro de las relaciones con Moscú y formulado en los meses posteriores al inicio del periodo de gobierno de Donald Trump en Estados Unidos).⁴⁵ Igualmente, el Libro Blanco enfatizó:

De cara al futuro, una seguridad europea efectiva y su defensa dependerá de la coordinación eficiente de las principales inversiones en investigación y desarrollo realizadas por la UE y sus Estados miembros. Esto ayudará a mantener el ritmo con las nuevas tendencias y generar el potencial tecnológico y capacidades industriales que Europa necesita para garantizar su autonomía estratégica.⁴⁶

Otro aspecto relevante fue un incremento importante de las inversiones de empresas de China en activos considerados como “estratégicos” en el territorio de la UE y sus prácticas de transferencia forzosa de tecnología: entre 2016-2017, llamaron la atención en círculos económicos y políticos de la UE las inversiones de empresas chinas en los sectores de la tecnología de alto valor y la energía (como en el caso de la compra de la empresa alemana productora de robots industriales KUKA por la empresa china Midea Group en 2016).

⁴⁴ Arteaga, *op. cit.*, p. 3; Comisión Europea, *Reflection Paper on the future of European Defence*.

⁴⁵ Comisión Europea, *Reflection Paper on the future of European Defence*, p. 7.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 10.

En 2016, China realizó inversiones directas en la UE por 35 mil millones de euros, un incremento del 77% en comparación a 2015.⁴⁷

III. El concepto de autonomía estratégica abierta a partir de 2020

Además del enfrentamiento geopolítico con Rusia y una mayor competencia económica con China (como el despliegue de las actividades de su Nueva Ruta de la Seda en la UE), a partir de 2020 se clarificó un aspecto que será prioritario para los objetivos de la autonomía estratégica abierta. Este tercer caso fue la no dependencia de la UE en los recursos industriales o en el abastecimiento de materias primas críticas en otros actores extra europeos: la coyuntura de crisis que demostró las vulnerabilidades de la UE al establecer relaciones de dependencia en áreas estratégicas inició a partir de enero de 2020 con la propagación mundial de la pandemia de COVID-19 producida por el coronavirus Sars-Cov-2 (acompañada por la crisis económica resultante por el confinamiento y la disrupción de las cadenas de suministros de insumos críticos como los alimentos, material médico, productos tecnológicos, etcétera).

Un caso de especial relevancia consistió en la necesidad de insumos médicos producidos masivamente por China pero que en un inicio de la pandemia eran producidos de manera insuficiente por el sector industrial médico de la UE para abastecer a su propia demanda: la dependencia de la UE al suministro de material médico por parte de terceros actores como China fue percibida velozmente como una amenaza estratégica. Aunque en el contexto de crisis por la propagación de la pandemia, Beijing facilitó la venta de insumos médicos (como mascarillas o ventiladores de uso médico) y para ello desplegó una propaganda en favor de un mecanismo al que denominó la “Ruta de la Seda Sanitaria”.⁴⁸

Sin embargo, esta experiencia de dependencia y desabasto en un contexto de crisis internacional fue una experiencia que, para los líderes europeos, no debería repetirse en otro escenario. El rechazo a establecer una relación de dependencia en un actor internacional no europeo es lo que completa el concep-

⁴⁷ MERICS, “Record flows and growing imbalances: Chinese Investment in Europe in 2016”, pp. 3-4.

⁴⁸ Tero Poutala, Elina Sinkkonen y Mikael Mattlin, “EU Strategic Autonomy and the Perceived Challenge of China: Can Critical Hubs Be De-weapvonzed?”, pp. 83-85.

to de la “autonomía estratégica abierta” de la UE. Como menciona Neves “la idea de la autonomía estratégica abierta se basa en la necesidad de la UE de consolidarse como un actor global y, al mismo tiempo, reducir su dependencia de otros países y regiones” (...) “reflejando la importancia de la cooperación y la autonomía europea para superar los distintos retos y amenazas globales”.⁴⁹ En todo el proceso de la incorporación de la autonomía estratégica abierta a las políticas de la UE, el concepto se ha diversificado desde el ámbito militar para abarcar actualmente ámbitos de actuación “fundamentales para la UE, como es el caso de la economía, la digitalización, el proceso democrático, la unidad europea, las tendencias geopolíticas, las migraciones (teniendo en cuenta la reciente renovación del Pacto Europeo sobre Migración y Asilo) o el medio ambiente, entre otras muchas áreas”.⁵⁰

Durante una Cumbre informal de los Estados miembros del Consejo Europeo realizada en Versalles, en marzo de 2022, fueron definidas las áreas prioritarias en las que debía mantenerse la autonomía estratégica de la UE (con el objetivo de reducir la “dependencia” en relación con otros actores internacionales): estas áreas son las materias primas críticas, los semiconductores, la salud, la digitalización y la alimentación. Los tres objetivos de la UE en el marco de la autonomía estratégica abierta son: “a) Reforzar nuestras capacidades de defensa; b) Reducir la dependencia energética; y c) Construir una base económica más sólida”.⁵¹ En su diagnóstico del entorno geopolítico actual, los miembros del Consejo afirmaron en la denominada Declaración de Versalles:

Ante una creciente inestabilidad, competencia estratégica y amenazas a la seguridad, decidimos asumir una mayor responsabilidad por nuestra seguridad y tomar nuevas medidas decisivas hacia la construcción de nuestra soberanía europea, la reducción de nuestras dependencias y el diseño de un nuevo modelo de crecimiento e inversión para 2030.⁵²

Para Hugo Neves la autonomía estratégica abierta de la UE se presenta en cinco ámbitos “fundamentales”: en la defensa, la promoción de la democracia, la economía, la digitalización y el medio ambiente.

⁴⁹ Neves, *op. cit.*, p. 222.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Consejo Europeo, *Informal meeting of the Heads of State or Government Versailles Declaration*, p. 3.

⁵² *Id.*

1. El ámbito de la defensa hace referencia a la apertura internacional y la cooperación con otros actores y terceros países. Se basa en el principio de que la UE no puede alcanzar sus objetivos de manera aislada y que debe mantener estas relaciones de cooperación: “La UE busca establecer alianzas y acuerdos con otros países y organizaciones, desarrollando el multilateralismo como forma de aplicar y ejecutar su poder blando (*soft power*). De esta manera, la UE busca consolidar su influencia en el mundo”.⁵³ Sin embargo, en la Declaración de Versalles se hace explícita la orientación firmemente atlantista de la cooperación en defensa en el marco de la autonomía estratégica abierta:

La relación transatlántica y la cooperación UE-OTAN, respetando plenamente los principios establecidos en los Tratados y los acuerdos por el Consejo Europeo, incluidos los principios de inclusión, reciprocidad y autonomía de toma de decisiones de la UE, son clave para nuestra seguridad en general. Una UE más fuerte y capaz en el ámbito de la seguridad y la defensa contribuirá positivamente a la seguridad global y transatlántica y es complementaria de la OTAN, que sigue siendo la base de la defensa colectiva de sus miembros.⁵⁴

De la misma manera, el concepto estratégico de la OTAN instrumentado en 2022 mantiene una complementariedad con la Declaración de Versalles:

La Unión Europea es un socio único y esencial para la OTAN. Los aliados de la OTAN y los miembros de la UE comparten los mismos valores. La OTAN y la UE desempeñan papeles complementarios, coherentes y que se refuerzan mutuamente en el apoyo a la paz y la seguridad internacionales. Sobre la base de nuestra cooperación de larga data, mejoraremos la asociación estratégica OTAN-UE, fortaleceremos las consultas políticas y aumentaremos la cooperación en cuestiones de interés común.⁵⁵

Lo anterior evidencia la preferencia marcadamente atlantista de los funcionarios del Consejo y la Comisión (como la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen), así como de los jefes de gobierno de las principales economías de la UE (Olaf Scholz en Alemania, Emmanuel Macron en Francia,

⁵³ Neves, *op. cit.*, p. 223.

⁵⁴ Consejo Europeo, Informal meeting of the Heads of State or Government Versailles Declaration, p. 3.

⁵⁵ OTAN, *NATO Strategic Concept 2022*, p. 10.

Giorgia Meloni en Italia y Pedro Sánchez en España, además de la reciente adhesión de Finlandia y Suecia a la OTAN). Sin embargo, no es claro si las directivas atlantistas de la autonomía estratégica abierta se corresponden de manera estructural (o puramente coyuntural) con el gobierno estadounidense, particularmente con el actual periodo de gobierno de Joseph Biden (y la buena relación que mantiene con los líderes europeos). Una coyuntura relevante para los objetivos actuales de la autonomía estratégica abierta podría suceder en el caso de que el presidente Biden sea sucedido por un candidato como Donald Trump, en la presidencia estadounidense, como resultado del proceso electoral a celebrarse en noviembre de 2024.

2. El ámbito de la digitalización y las nuevas tecnologías se centra en la prioridad de la UE por adaptarse y aprovechar el potencial de las nuevas tecnologías “incluyendo la inteligencia artificial, el internet de las cosas, la computación en la nube y la robótica, para impulsar el crecimiento económico, mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y consolidar su posición en el mundo”.⁵⁶ Además la UE mantiene la aspiración por convertirse en una potencia líder en la generación de los nuevos marcos regulatorios, desarrollo de normas y estándares internacionales “en el ámbito de la digitalización, la inteligencia artificial, la ciberseguridad y la protección de datos.”⁵⁷ Este proceso conviene a la UE para transformarse en un referente regulatorio de las nuevas tecnologías y la interconectividad mundial en un entorno que pueda ser favorable para sus principios y valores así como la protección de “los derechos y libertades” de los ciudadanos europeos y sus intereses económicos.

3. El tercer ámbito aborda la promoción de la neutralidad climática y el desarrollo sostenible: “este pilar se enfoca en la urgente necesidad de la UE de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y lograr la neutralidad climática para 2050. Para conseguir este objetivo, se requiere una transición hacia una economía más sostenible y eficiente en recursos”.⁵⁸

4. El cuarto ámbito se relaciona con las actividades económicas, especialmente en la prioridad del “desarrollo de una política industrial sólida y competitiva”: “Este pilar se centra en la necesidad de la UE de tener una política industrial dinámica que garantice la competitividad y reduzca su dependen-

⁵⁶ Neves, *op. cit.*, p. 223.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

cia en productos y tecnologías de otros países”.⁵⁹ En el ámbito económico deben tomarse en cuenta los planes de los fondos de recuperación europeos como *Next Generation* con un presupuesto asignado de 750,000 millones de euros planeado para el fortalecimiento económico posterior a la pandemia y de la política industrial de la UE. En este ámbito también se incluye uno de los aspectos prioritarios para la autonomía estratégica abierta como el acceso a “materias primas críticas” para las economías de los Estados miembros. Estas materias primas críticas son consideradas bases fundamentales para la industrialización y digitalización de la UE, por ejemplo, el cobalto y el litio, así como los materiales indispensables para desarrollar una economía independiente y autónoma en todos los ámbitos”.⁶⁰ Algunas de estas materias primas forman parte de la clasificación de los minerales definidos como tierras raras y se caracterizan por su escasez y presencia en regiones de explotación ubicadas en países que mantienen fuertes diferencias políticas y normativas con la UE o son sus competidores económicos directos como Rusia y China. En el caso de China, son de importancia significativa sus yacimientos de minerales industriales (muchos de estos clasificados como tierras raras) para la industria europea generadora de alto valor como el sector tecnológico. En ciertos casos las diferencias políticas y normativas entre China y la UE ha provocado la imposición de sanciones por parte de Beijing como el caso del veto a partir de julio de 2023 a la venta de los minerales galio y germanio producidos por compañías mineras chinas a la UE (ambos necesarios para la producción de semiconductores) debido a las restricciones de Países Bajos a la venta de semiconductores avanzados a China.⁶¹ Para evitar el desabasto de estos insumos “la UE ha puesto en marcha distintas estrategias y planes como el *REPowerEU* que permiten preservar la independencia energética del conjunto de la UE, diversificar el suministro y, además, producir y ahorrar energía limpia”.⁶²

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 123-224.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 224.

⁶¹ Político, “China’s threat on Mineral Exports knocks EU off Balance”.

Teniendo como referencia a la autonomía estratégica abierta, en la actualidad en la UE se debate la imposición de políticas para la disminución del riesgo estratégico sobre una dependencia económica en China (*de-risking*) o la instrumentación de políticas de desconexión económica con Beijing para eliminar los riesgos estratégicos (*de-coupling*), *vid.*, Parlamento Europeo, EU-China Relations: De-risking or de-coupling—the future of the EU Strategy towards China.

⁶² *Id.*

5. En el ámbito de la consolidación de la política exterior común se enfatiza en la promoción de la democracia y los derechos humanos realizada por la UE. Al ser la PESC un elemento esencial de la integración, en el contexto de conflicto e incertidumbre actual la UE “ha centrado sus esfuerzos en movilizar todos los recursos de los que dispone para alcanzar esa deseada autonomía estratégica abierta. Por otro lado, hay que señalar que la PESC está centrada también en otros ámbitos como el multilateralismo, la diplomacia pública o la promoción del desarrollo del Estado de Derecho y del Estado Democrático”.⁶³

IV. Conclusión

En la investigación se realizó un análisis de la evolución que, durante la mayor parte del siglo XXI, ha mantenido el concepto de autonomía estratégica como parte del proceso de integración de la UE y su sistema legal-institucional. En los últimos años, especialmente a partir de los procesos de cambio ocurridos en el sistema internacional a partir de la crisis económica-financiera desencadenada en Occidente en septiembre de 2008, paulatinamente la autonomía estratégica ha adquirido una función instrumental en tanto una directiva política orientadora para la defensa de los intereses y valores de la UE. La autonomía estratégica ha sido producto del largo proceso de crisis suscitado en el sistema internacional durante las tres décadas del siglo actual y refleja la manera como las crisis han intervenido en un proceso de transformación de la UE.

En la investigación se identificaron tres coyunturas de cambio en el sistema, y las respuestas de la UE a las crisis, a través de un proceso de reivindicación de su autonomía de acción con la finalidad de salvaguardar a sus intereses y valores: 1) en el primer caso, con el concepto de autonomía de acción se mantuvo enlazado al sector industrial de la defensa europea en medio de la coyuntura de los ataques terroristas en contra de Estados Unidos de 2001 y la invasión unilateral del gobierno de George W. Bush a Irak. A pesar de la gravedad de estas crisis, la UE mantuvo sus preferencias desarrolladas en el inicio de la Posguerra Fría relacionadas con la defensa de los valores de la buena gobernanza.

⁶³ *Id.*

2) En la segunda coyuntura de crisis, las consecuencias de la crisis económica de 2008 y un incremento de la conflictividad geopolítica internacional contribuyeron a un conjunto de cambios en las prioridades estratégicas que habían sido incluidas en la Estrategia Europea de Seguridad de 2003. La consecuencia visible fue la formulación de nuevas prioridades para la agenda de seguridad europea oficializada a partir de 2016, en la que si bien se mantuvieron las prioridades precedentes también se incluyó el concepto de autonomía estratégica. La Nueva Estrategia de Seguridad de la UE de 2016 reflejó tanto el aumento de la conflictividad geopolítica como el incremento de la competición económica entre la UE con las economías emergentes como China.

3) En la tercera coyuntura de crisis, determinada por la propagación de la pandemia de COVID-19 a partir de enero de 2020, la UE ha resaltado la condición de dependencia económica en la que se situó frente a ciertos actores extra europeos como China. Con la finalidad de evitar una condición estructural de dependencia (considerada estratégicamente “riesgosa”), la UE ajustó el concepto de “autonomía estratégica” hacia una “autonomía estratégica abierta”. La autonomía estratégica abierta se ha caracterizado por tres aspectos: 1) la selectividad de la UE para cooperar con otros actores internacionales de acuerdo con sus intereses; 2) la convergencia del comportamiento autónomo de la UE con los principios del libre mercado o las economías “abiertas”; 3) la orientación firmemente atlantista de los funcionarios de la UE (especialmente a partir de 2022 como consecuencia de la invasión de Rusia a Ucrania). En la actualidad la autonomía estratégica abierta se presenta como una directiva fundamental de la UE para la defensa de sus intereses, aunque también mantiene una orientación incondicional en el apoyo hacia los intereses geopolíticos de Estados Unidos. Un cambio en el gobierno estadounidense podría clarificar la naturaleza estructural o puramente coyuntural de las directivas de la autonomía estratégica abierta (especialmente en el caso de que termine el periodo de gobierno de Joseph Biden y sea sucedido por un candidato como Donald Trump, en la presidencia estadounidense, a partir de 2025).

Fuentes de consulta

Electrónicas

- Arteaga, Félix. “La autonomía estratégica y la defensa europea”. *ARI*, Núm. 76, octubre 2017, Madrid, Real Instituto Elcano. <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2017/10/ari76-2017-arteaga-autonomia-estrategica-defensa-europea.pdf>
- Bilbao, Carlos. “La Autonomía Estratégica Abierta como instrumento de integración de la Unión Europea”. *Revista de Estudios Europeos*, Núm. 83, 2024, Valladolid, Universidad de Valladolid. <https://revistas.uva.es/index.php/ree/article/view/8389/5832>
- Borrajó, Diego. “La autonomía estratégica de la Unión Europea más allá de la seguridad y la defensa: la seguridad de las cadenas de suministro y la potenciación de la conectividad”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 43, junio 2022, España, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. <http://www.reei.org/index.php/revista/num43/articulos/autonomia-estrategica-union-europea-mas-alla-seguridad-defensa-seguridad-cadenas-suministro-potenciacion-conectividad>
- Česnakas, Giedrius. “European Strategic Autonomy. The Origins Story”. Giedrius Česnakas y Justinas Juozaitis (eds.), *European Strategic Autonomy and Small States’ Security*, Routledge, 2023.
- Dumoulin, André. *The Development of Western European Union*. Luxemburgo, Centre virtuel de la connaissance sur l’Europe, 2016. <https://www.cvce.eu/en/recherche/unit-content/-/unit/72d9869d-ff72-493e-a0e3-bedb3e671faa/1c06c877-402b-45d1-a126-792e99cf3fc3>
- Franke, Ulrike y Varma, Tara. *Independence play: Europe’s pursuit of Strategic Autonomy*. Londres, ECFR, 2019. <https://ecfr.eu/wp-content/uploads/Independence-play-Europes-pursuit-of-strategic-autonomy.pdf>
- López-Jacoste, Eugenia. “Hacia la autonomía estratégica de la UE: el equilibrio necesario entre la ambición y la necesidad”. *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 50, enero 2020, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid. https://www.researchgate.net/publication/348936683_HACIA_LA_AUTONOMIA ESTRATEGICA DE LA UE_EL_NECESARIO_EQUILIBRIO_ENTRE_AMBICION_Y_REALIDAD
- MERICs. “Record flows and growing imbalances: Chinese Investment in Europe in 2016”. *MERICs Papers on China*, Núm. 3, January 2017, Berlin, Mercator Institute for China Studies. <https://merics.org/sites/default/files/2020-04/Chinese%20investment%20in%20Europe%20-%20record%20flows%20and%20growing%20imbalances.pdf>
- Neves, Hugo. “La autonomía estratégica abierta: la respuesta de la Unión Europea a un nuevo escenario geopolítico”. *Novum Jus*, Vol. 17, Núm. 3, septiembre-diciembre 2023, Bogotá, Universidad Católica de Colombia. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/5378>
- Perissich, Riccardo. “Autonomie stratégique de l’UE: un slogan à la recherche d’une politique”. *Telos*, París, 11 de junio de 2021. <https://www.telos-eu.com/fr/politique-francaise-et-internationale/autonomie-strategique-de-lue-un-slogan-a-la-recher.html>

- Político. “China’s threat on Mineral Exports knocks EU off Balance”. *Político*, 6 de julio de 2023. <https://www.politico.eu/article/eu-brussels-freezes-as-china-beijing-hits-back-in-trade-fight-germanium-gallium-computer-chips/>
- Poutala, Tero, Elina Sinkkonen y Mikael Mattlin. “EU Strategic Autonomy and the Perceived Challenge of China: Can Critical Hubs Be De-weaponized?”. *European Foreign Affairs Review*, Vol. 27, Núm. 1, 2022.
- Rueda, Salvador. “Autonomía estratégica abierta: ámbitos de acción prioritarios e iniciativas de la Presidencia Española del Consejo de la UE”. Fundación Alternativas, *YouTube*, Barcelona, 17 de julio de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=CJiYc-sOjZsk>
- Schaik, Louise van y Barend ter Haar. “Why the EU is not promoting Effective Multilateralism. On a fundamental flaw in the European Security Strategy”. *Clingendael Policy Brief*, Núm. 21, June 2013, Amsterdam, Clingendael Institute. <https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/Why%20the%20EU%20is%20not%20promoting%20effective%20multilateralism.pdf>

Legislación

- Comisión Europea. The State of Union 2016 by Jean-Claude Juncker President of the European Commission 14 september 2016, Estrasburgo. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c9ff4ff6-9a81-11e6-9bca-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-30945725>
- _____. Reflection Paper on the future of European Defence. Bruselas, 2017. https://commission.europa.eu/document/download/172d0a7c-161c-450b-b7f6-2d36acd7861f_en?filename=reflection-paper-defence_en.pdf
- Consejo Europeo. Informal meeting of the Heads of State or Government Versailles Declaration. Versailles, 11 de marzo de 2022. <https://www.consilium.europa.eu/media/54773/20220311-versailles-declaration-en.pdf>
- _____. Special meeting of the European Council (1 and 2 October 2020) – Conclusions EUCO13/20. Bruselas, 2 de octubre de 2020. <https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>
- _____. European Council Meeting (28 June 2016) – Conclusions EUCO 26/16. Bruselas, 28 de junio de 2016. <https://www.consilium.europa.eu/media/21645/28-euco-conclusions.pdf>
- Consejo Europeo. Conclusions EUCO 217/13. Bruselas, 20 de diciembre de 2013. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-217-2013-INIT/en/pdf>
- Consejo Europeo. European Security Strategy. A Secure Europe in a better World. Bruselas, 2003. <https://www.consilium.europa.eu/media/30823/qc7809568enc.pdf>
- Diario Oficial de la Unión Europea*. Resolución del Parlamento Europeo, del 10 de marzo de 2010, sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad y la Política Común de Seguridad y Defensa (2009/2198(INI)), Bruselas, 10 de marzo de 2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IP0061>
- _____. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Capítulo 2 Disposiciones específicas sobre la política exterior y de seguridad común - Sección 2:

Disposiciones sobre la política común de seguridad y defensa - Artículo 42 (antiguo artículo 17 TUE). Bruselas, 9 de mayo de 2008. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A12008M042>

Gobierno de la República Francesa, Défense et Sécurité nationale. Le Livre Blanc. París, 2008. <https://www.vie-publique.fr/files/rapport/pdf/084000341.pdf>

OTAN. NATO Strategic Concept 2022. Madrid, 2022. https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/290622-strategic-concept.pdf

Parlamento Europeo. EU-China Relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU Strategy towards China. Bruselas, 2024. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO_STU\(2024\)754446_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO_STU(2024)754446_EN.pdf)

_____. Cologne European Council. Conclusions of the Presidency. Colonia, 3-4 de junio de 1999. https://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_en.htm

Servicio Europeo de Acción Exterior. Why European Strategic Autonomy matters. Bruselas, 3 de diciembre de 2020. <https://www.eeas.europa.eu/eeas/why-european-strategic-autonomy-matters>

_____. Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy. Bruselas, 2016. https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf

Garantismo y derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes en condición de vulnerabilidad

Jessica Vega Aguilar*

Alina del Carmen Nettel Barrera**

Resumen:

La investigación parte de un análisis normativo, desde la propuesta teórica del garantismo, en materia de educación básica y vulnerabilidad social y económica. El desarrollo de la investigación parte de la siguiente pregunta: ¿Qué mecanismos o instrumentos de actuación administrativa garantizan el derecho a la educación en condiciones de vulnerabilidad? ¿Cuáles son las garantías para su cumplimiento? Es importante identificar los deberes establecidos en los instrumentos normativos, así como las garantías que permitan su exigibilidad ante las autoridades educativas cuando el derecho a la educación es vulnerado o se encuentra en riesgo de serlo.

Abstract:

The research is based on a normative analysis, from the theoretical proposal of Guarantee, in terms of basic education and social and economic vulnerability. The development of the research starts from the following questions: What mechanisms or instruments of administrative action guarantee the right to education in conditions of vulnerability? And what are the guarantees for its fulfillment? It is important to identify the duties established in the regulatory instruments, as well as the guarantees that allow their enforceability before the educational authorities when the right to education is violated or is at risk of being violated.

Sumario: Introducción / I. La evolución del Estado y su efecto en los derechos sociales / II. Convencionalidad y constitucionalidad del derecho a la educación en el Estado mexicano / III. Análisis de la Ley General de Educación desde el garantismo / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (SNII).

Introducción

La investigación parte de un análisis normativo sobre el alcance de los deberes de actuación establecidos en la norma, desde la propuesta teórica del garantismo, delimitando como objeto de estudio las condiciones de vulnerabilidad social y económica de niñas, niños y adolescentes (NNA). Si bien en la Ley General de Educación se encuentran establecidas algunas previsiones para las autoridades en relación a las condiciones de vulnerabilidad, no es posible identificar mecanismos de garantía para el cumplimiento de dichos deberes. Desde la perspectiva garantista de Luigi Ferrajoli, la falta de un sistema de garantías de los derechos sociales representa un factor de ineficacia de los derechos y una laguna que los poderes públicos nacionales e internacionales tienen la obligación de satisfacer. Se observa que el sistema debería dotarse de garantías primarias para que las autoridades actúen y en caso de incumplimiento de la actuación haya sanciones, que corresponderían a garantías secundarias.

Se desarrolla en tres apartados. El primero está relacionado con la evolución del Estado liberal al Estado social, el surgimiento del neoliberalismo, así como la nueva gerencia pública y la gobernanza. En el segundo apartado se establecen las obligaciones constitucionales en materia de derechos humanos, partiendo de un análisis de las obligaciones establecidas en el artículo primero constitucional. En el tercero se analiza el artículo noveno de la Ley General de Educación desde la perspectiva del garantismo del jurista Luigi Ferrajoli.

La hipótesis propuesta sostiene que la ineficiente actividad de las autoridades educativas, frente a condiciones de vulnerabilidad social y económica, impiden garantizar la educación básica obligatoria. La problemática reside en que la propia ley no prevé, ni mecanismos para materializar el derecho, ni acciones administrativas que puedan ponerse en marcha para obligar a la autoridad a actuar evitando la judicialización; tampoco hay consecuencias por la inexistente o ineficiente actuación que permitan detener la normalización de la omisión. Realizar un análisis a partir del garantismo se sugiere indispensable para establecer en la ley los deberes de actuación sujetos a una exigibilidad accesible, para los núcleos familiares en esta condición.

La investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo con uso del método inductivo, a partir del cual, se identifican los elementos normativos existentes para explicar el modelo de regulación —y sus límites— desde una óptica específica, la que ofrece el garantismo jurídico. Respecto al método

jurídico en particular, se usará la dogmática jurídica o dogmático formalista que implica el estudio teórico conceptual de la norma. En este sentido, se estudian los mecanismos y garantías normativas que habrían de habilitar una mejor actuación administrativa al materializar el derecho a la educación de los menores que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. La técnica de investigación utilizada es la documental a través de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

I. La evolución del Estado y su efecto en los derechos sociales

El Estado es un producto histórico cuyo desarrollo y evolución no es estático ni se encuentra limitado; está en constante cambio debido a que se encuentra sujeto a dar respuesta a las necesidades de la comunidad.¹ Con el paso del tiempo se ha superado una concepción restringida y limitada del Estado, se ha llevado a cabo un proceso de cambio que se adapta a las exigencias de la comunidad y del constitucionalismo social.

El Estado liberal se ha caracterizado principalmente por limitar los excesos de las autoridades administrativas a través de una serie de mecanismos como la división de poderes, la no intervención en la libertad y autonomía de los individuos o el principio de legalidad. El Estado liberal estaba constituido en cierto modo por dos sistemas; el primero, únicamente se encargaba de realizar actividades de vigilancia y control. Se encontraba impedido para intervenir en las relaciones sociales y económicas de los individuos; se limitaba a la tarea de asegurar las condiciones mínimas para que dicho orden funcionara; consideraba que la positivización era un rasgo efectivo para su cumplimiento y respeto, pues el dictar leyes que hicieran posible la libertad para todos era uno de los mecanismos suficientes para limitar el poder; así como la constitución de una organización burocrática de la administración. El segundo de los sistemas estaba constituido por la sociedad, regida por un orden espontáneo fundamentado en las leyes económicas y en la competencia de cada individuo; la igualdad ante la ley permitía a los ciudadanos perseguir sus fines particulares; la capacidad de cerrar o no un contrato garantizaba

¹ Joaquín Mejía Rivera, “La protección internacional de los derechos humanos: de San Francisco a San José”, p. 22.

resultados beneficiosos para todos los sujetos implicados; la única limitación existente la constituían sus características naturales.

En este modelo, principalmente, el ordenamiento impone límites al Estado para la tutela de los derechos inherentes a las libertades físicas e intelectuales de los seres humanos, típicos de las constituciones liberales, que son los derechos civiles y políticos.² Con el paso de los años y las revoluciones sociales, tales constituciones se vieron en la necesidad de incorporar nuevos derechos y la reformulación de los roles del Estado y la sociedad. La insuficiencia del Estado liberal fue disimulada con la transformación al Estado social, pues era necesaria la creación de condiciones que facilitaran la igualdad material y no solo la igualdad formal establecida en la ley.

De este modo, la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones liberales implicó que el Estado asumiera funciones de intervención y redistribución para garantizar el bienestar social de la población que permitiese igualdad de oportunidades, especialmente a grupos tradicionalmente excluidos.

En esta tesitura, se puede señalar que con la llegada de los procesos democráticos se concreta una constitución del Estado social de derecho, en el que el Estado procura garantizar los bienes y servicios. Además de las previsiones jurídicas, se busca su traducción a una dimensión existencial. Los derechos sociales conllevan no solo la garantía, sino además una prestación, como el derecho a la educación. La problemática en los países latinoamericanos, en particular, México, radica en que el neoliberalismo volvió a empujar al reduccionismo del Estado en detrimento de los aspectos más progresistas de las garantías sociales. Las buenas intenciones de eficiencia administrativa después de los años ochenta en México sentaron las bases de un sistema educativo inclusivo que llegara a todos los mexicanos.³

El desarrollo del Estado social volvió a encontrar sus límites con el neoliberalismo y, con ello, el adelgazamiento del Estado y la tendencia a la reducción de los servicios públicos y la satisfacción de derechos sociales hacia finales del siglo XX. El neoliberalismo emergió en la década de 1930 como una pretensión del liberalismo; el modelo neoliberal prioriza el aspecto eco-

² Raúl Sanz Burgos, “El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional”, p. 20.

³ Al respecto, *vid.*, Armando Alcántara, “Políticas educativas y neoliberalismo en México: 1982-2006”.

nómico sobre el político; el mercado y la ganancia se convierten en factores determinantes para la organización de la vida social.⁴

El Estado neoliberal apuesta por una ilimitada economía de mercado y permite su intervención, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas como en el Estado social, sino para garantizar el buen funcionamiento del mercado y enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.⁵ Los derechos sociales entraron en crisis con la redimensión del neoliberalismo, lo que llevó a la reducción del Estado social, disminuyéndolo a mínimas funciones en la gestión de la nueva administración pública. Con la entrada del neoliberalismo se produjo la abolición de la política social mediante una reducción considerable de los gastos sociales del Estado.⁶

En las últimas dos décadas del siglo XX, la tendencia fue la nueva gerencia pública, que supeditó lo público a lo privado,⁷ promovió prácticas gerenciales en el sector público y resaltó la necesidad de alcanzar los objetivos de planes, programas y proyectos mediante reformas legales que comprometían la visión de Estado que había, en su momento, proyectado el constituyente de 1917. La nueva gerencia pública observó al ciudadano como un cliente y a los servidores públicos como gerentes privados;⁸ e hizo que la administración funcionase como un negocio en el ámbito público, con un enfoque que destacó el nexo entre Estado, sociedad y mercado. La nueva gerencia pública se basó en la descentralización, el adelgazamiento del aparato estatal y su privatización; en ella las administraciones públicas consumían ineficiente y desequilibrado presupuesto, cuyo gasto no estaba relacionado con la generación de un mayor bienestar social.⁹ Sin embargo, hubo un cambio que reconoció que los problemas centrales de la administración consistían en las organizaciones del servicio público, por lo que se desplazó a la gobernanza.¹⁰

La gobernanza pública redimensiona el estado liberal; lo colectivo, lo social y lo público vuelven a tomar importancia, pues en ella los particulares toman decisiones con la administración, que busca otorgar de nuevo el carácter

⁴ Jaime Ornelas Delgado, “La ciudad bajo el neoliberalismo”, p. 46.

⁵ Jaime Cárdenas Gracia, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, p. 3.

⁶ Álvaro Echeverri Uruburu, “Neoliberalismo y derechos humanos”, p. 87.

⁷ Omar Guerrero Orozco, “El fin de la nueva gerencia pública”, p. 15.

⁸ Omar Guerrero, *apud* José Martínez Vilchis, “La nueva gerencia pública en México. Una medición de su intensidad e impactos en las entidades del país”, p. 203.

⁹ Carlos F. Matute González, “Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar”, p. 141.

¹⁰ Guerrero Orozco, *op. cit.*, p. 20.

social al Estado. La gobernanza, de acuerdo con Luis F. Aguilar,¹¹ es la transformación que ha experimentado la sociedad debida a la democratización de los regímenes autoritarios. Consiste en la capacidad de dirigir con independencia las relaciones entre el Estado y el mercado; el Gobierno se convierte así en un actor más en la participación de los ciudadanos para determinar el rumbo de la sociedad,¹² con el objetivo de generar condiciones para un desarrollo humano de calidad en la sociedad.¹³

II. Convencionalidad y constitucionalidad del derecho a la educación en el Estado mexicano

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es de corte social. En su origen se le concibió como un instrumento garantista de lo que, al día de hoy, se consideran derechos humanos en el título I, capítulo I. Se le concibió como norma suprema para procurar protección a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. En su artículo primero establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos y, para su protección, se prevén —o deben preverse— garantías. Se trata de los derechos reconocidos en ella (a los que se les ha identificado como derechos fundamentales bajo un análisis positivista) y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; el ejercicio de estos no puede restringirse ni suspenderse salvo algunas condiciones que la misma Constitución establece. Asimismo, en dicho artículo se decreta la obligación de todas las autoridades a promover, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹⁴ Con el reconocimiento de estas obligaciones y principios, se establece un sistema de interpretación, aplicación e implementación de los derechos humanos que habría de observarse en los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial y en todas las esferas de Gobierno.

Las obligaciones consagradas en el artículo primero constitucional garantizan la organización del aparato gubernamental y todas aquellas estructuras

¹¹ Luis F. Aguilar Villanueva, *Democracia, gobernabilidad y gobernanza*, p. 67.

¹² *Ibid.*, Matute, p. 140.

¹³ *Ibid.*, Aguilar, pp. 79-80.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

en las que se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar jurídicamente el ejercicio pleno de los derechos humanos.¹⁵

La obligación de respetar implica que el Estado y sus poderes públicos, en todos los niveles de gobierno, deben abstenerse de cualquier actividad que viole la integridad de los individuos y grupos sociales, o pongan en riesgo sus derechos y libertades. Asimismo, esta obligación implica, de acuerdo con Carbonell,¹⁶ el respeto hacia el uso de los recursos disponibles por parte de los sujetos de los derechos, de modo que puedan satisfacerlos por los medios que consideren adecuados.

La obligación de proteger está dirigida a los agentes estatales en sus respectivas funciones y competencias, pues deben prevenir las violaciones de derechos humanos que se cometan por los órganos públicos y por parte de los particulares, además de crear un marco jurídico y un sistema institucional para cumplir con la finalidad de la obligación.¹⁷ Estas obligaciones generales nos permiten determinar cuáles son las conductas que podemos hacer exigibles e implican también, deberes negativos y positivos para las autoridades y los particulares. Es decir, deberes de abstención o de hacer ya que la distinta naturaleza de los derechos a veces exige que la autoridad actúe y otras que se abstenga.

El derecho a la educación, al ser considerado un derecho social, implica obligaciones positivas y negativas para los poderes públicos e incluso para los particulares.¹⁸ Las obligaciones positivas o de hacer son las que comprometen al Estado a brindar prestaciones positivas, como proveer servicios de educación, salud, patrimonio cultural, etcétera, e implican un gasto del erario para su cumplimiento; la inexistencia de la prestación supone automáticamente la denegación del derecho. Mientras que las obligaciones negativas o de no hacer implican abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado, por ejemplo, impedir a los padres o tutores la inscripción de un menor, destruir el patrimonio cultural, etcétera.¹⁹

¹⁵ Roberto C. Gallardo Loya *et al.*, “Principios constitucionales interpretativos de los derechos humanos en México desde la perspectiva del iuspositivismo”, p. 8.

¹⁶ Miguel Carbonell Sánchez, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana”, p. 75.

¹⁷ Sandra Serrano, “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos humanos”, p. 107.

¹⁸ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, p. 11.

¹⁹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, p. 287.

Asimismo, de acuerdo con van Hoof²⁰ las obligaciones de los Estados se dividen en cuatro: respetar, proteger, asegurar y promover.

- La obligación de respetar se define por el deber del Estado de no obstaculizar, impedir o inmiscuirse en el acceso y goce del derecho.
- La obligación de proteger radica en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso al derecho.
- La obligación de asegurar implica garantizar el derecho cuando el titular no pueda hacerlo por sí mismo.
- La obligación de promover consiste en el deber de desarrollar condiciones para que los titulares puedan acceder al derecho.

Más allá de la clasificación de deberes positivos o negativos, esta propuesta de análisis de obligaciones gira en torno al sujeto actor, es decir, las autoridades con obligaciones de distinta naturaleza. Las obligaciones positivas, además de disponer de fondos, suelen caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación; sin embargo, se puede asegurar la ayuda a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados.²¹

Asimismo, el Estado debe garantizar, promover y respetar los derechos bajo los principios constitucionales de interdependencia, indivisibilidad, universalidad y progresividad. Estos principios están orientados a alcanzar una transformación, tanto en la conceptualización de los derechos, como en su aplicación, exigibilidad y justiciabilidad. El principio de universalidad se refiere a que los derechos corresponden a todas las personas sin distinción o discriminación alguna. En el ámbito internacional alude a la obligación de los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas.

Los principios de interdependencia e indivisibilidad tienen una particular relevancia en la Constitución, pues aluden a la igualdad en el trato jurídico de los derechos tanto económicos, sociales y culturales como de los derechos civiles y políticos; no hay jerarquización de derechos y todos son considerados derechos igualmente necesarios.

²⁰ Fried van Hoof, *apud*, Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, pp. 7-9.

²¹ *Ibid.*, p. 289.

El principio de progresividad involucra la gradualidad y el progreso. La gradualidad se relaciona con la efectividad de los derechos, es decir, la efectividad no se logra en un solo procedimiento, sino en un proceso que se determina en metas a corto, mediano y largo plazo; mientras que el progreso refiere a que el disfrute de los derechos siempre debe de mejorar.²²

En este orden de ideas, el Estado mexicano tiene la obligación expresa de garantizar el derecho a la educación, artículo tercero, bajo los principios establecidos en el artículo primero de la Constitución. El derecho a la educación dispone que toda persona tiene derecho que el Estado, en todos los niveles de gobierno, imparta y garantice la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación impartida por el Estado será obligatoria, universal, inclusiva, pública, gratuita y laica.

En esta tesitura, el Estado mexicano se encuentra obligado a garantizar este derecho, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin que este se vea vulnerado o violado por alguna situación de indefensión social, económica o cultural. Tal afirmación puede hacerse al análisis de los términos utilizados por el constituyente puesto que la garantía no tiene, en el texto, ningún condicionante, requisito presupuestal o situación de implique la posibilidad de su —no— materialización.

El Estado está obligado a crear las condiciones para que las niñas, niños y adolescentes, a pesar de encontrarse en condiciones de vulnerabilidad, puedan acceder y permanecer en el sistema educativo, con la finalidad de concluir de manera satisfactoria con los niveles obligatorios en términos de la Constitución. Sin embargo, el derecho a la educación, a pesar de ser reconocido como un derecho fundamental, está lejos de convertirse en una realidad, pues aún depende de la capacidad económica del Estado, de la asignación de presupuestos y en ocasiones de la voluntad política de quien encabeza una nación. A pesar de que se ha implementado una serie de iniciativas que contribuyen a universalizar el derecho a la educación, los progresos han sido débiles, insuficientes y desiguales.²³

Las obligaciones del Estado mexicano, incorporadas en el artículo tercero, corresponden o habrían de corresponder a las expectativas que se plantean en

²² Gallardo, *op. cit.*, p. 29.

²³ Raúl Contreras Bustamante, “El derecho humano a la educación, Universidad Nacional Autónoma de México”.

las Observaciones Generales 3° y 13 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refieren, por un lado, a las obligaciones de los Estados parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por otro lado, al derecho a la educación y las características a las que debe estar sujeta su impartición; de igual manera, al Pacto de San José de Costa Rica en el cual los Estados parte se comprometieron a adoptar providencias a nivel interno y en cooperación internacional, para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa u otros medios apropiados.²⁴

El Estado mexicano, de acuerdo con el Protocolo de San Salvador, debe adoptar medidas necesarias de carácter económico y técnico hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la educación.²⁵

De acuerdo con Sebastián Scioscioli,²⁶ el derecho a la educación previsto en los instrumentos internacionales, no se concibe como una mera política pública, un programa o finalidad estatal; se concibe como una obligación de los estados de realizar acciones concretas y destinar los recursos apropiados de sus presupuestos nacionales para garantizar este derecho, tomando en consideración las condiciones socioeconómicas y culturales de los menores. Por lo tanto, los estados están obligados a asegurar la educación, institucionalizando mecanismos para su salvaguardia, y de esta manera evitar la exclusión social.

La tutela social de la Constitución no sólo abarca el plano formal de reconocimiento de estos derechos, además, al incorporar una óptica de derechos humanos a través del principio de progresividad para interpretar los derechos reconocidos, sienta las bases para establecer obligaciones de acceso y materialización de los derechos sociales en aquellos supuestos en los que, por si mismos, las personas no pueden acceder a las instituciones o servicios que gestionan la prestación de tales derechos. En este caso nos encontramos frente al supuesto de vulnerabilidad económica y social de la que parte la hipóte-

²⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26.

²⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 1°.

²⁶ Sebastián Scioscioli, "El derecho a la educación como derecho fundamental y sus alcances en el derecho internacional de los derechos humanos", p. 7.

sis de este trabajo. Por vulnerabilidad económica y social en niños, niñas y adolescentes, entendemos aquellas situaciones en que los menores no pueden incorporarse al entorno educativo como lo haría el común denominador de los destinatarios del servicio. En este sentido, la situación de vulnerabilidad socioeconómica o social representa que el ingreso y gasto familiar o la capacidad de atención de quienes ejercen la patria potestad o tutela impiden puedan acceder al sistema educativo de lugar a la irregularidad de la instrucción provocando la limitación de los estudios, alcanzar un nivel educativo adecuado y beneficiarse en la vida adulta acorde a la educación que se recibió. Es necesario considerar la igualdad de acceso, es decir, conocer cuál es la probabilidad que los niños provenientes de diferentes sectores sociales puedan acceder al sistema escolar; así como, la igualdad de supervivencia escolar, que consiste en conocer la probabilidad que los niños de diferentes sectores sociales permanezcan en el sistema educativo hasta llegar al final de un ciclo completo; la igualdad en el logro, que radica en conocer la probabilidad que los niños de diferentes sectores sociales aprendan las mismas cosas, a los mismos niveles; y por último la igualdad en los resultados, que consta en que los niños vivan en circunstancias similares de acuerdo a la educación recibida.²⁷

III. Análisis de la Ley General de Educación desde el garantismo

La norma encargada de materializar el derecho a la educación previsto en el artículo tercero de la Constitución es la Ley General de Educación, se analizan aspectos puntuales de ésta, desde dos perspectivas, la identificación de lo que sí está normado y los estándares previstos y la omisión de en materia de instrumentos emergentes para responder a las condiciones de vulnerabilidad social y económica de los NNA.

En el artículo octavo de la Ley General de Educación se establece que el Estado está obligado a prestar los servicios educativos con equidad y excelencia; las medidas que adopte el Estado primordialmente estarán dirigidas a grupos y regiones con mayor rezago educativo, a quienes se enfrenten a situaciones de vulnerabilidad de carácter socioeconómico, físico, mental, de

²⁷ Diego Juárez Bolaños y Carlos R. Rodríguez Solera, “Factores que afectan a la equidad educativa en escuelas rurales de México”.

identidad cultural, origen étnico, nacionalidad, situación migratoria, preferencia sexual o prácticas culturales. En el artículo noveno se establece una serie de acciones que deben cumplir las autoridades educativas en sus respectivas competencias para cumplir con condiciones que permitan el ejercicio pleno del derecho a la educación; estas acciones consisten en establecer políticas incluyentes, transversales y con perspectiva de género, con el objetivo de otorgar becas o apoyos económicos a los educandos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad socioeconómica que les impida ejercer su derecho a la educación; impulsar programas de acceso gratuito a eventos culturales para estudiantes en vulnerabilidad social; celebrar convenios de colaboración interinstitucional de los tres órdenes de gobierno para impulsar acciones de carácter alimentario que mejoren las condiciones de vida de los educandos en aquellas escuelas que lo necesiten; facilitar el acceso a la educación básica y media superior aun cuando los solicitantes carezcan de documentos académicos o de identidad; entre otras acciones.²⁸ Sin embargo, no se encuentra prevista una garantía para el cumplimiento de dichos deberes; por lo tanto, de acuerdo con el jurista Luigi Ferrajoli²⁹ la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales representa no solo un factor de ineficacia de los derechos, sino, además, da lugar a la corrupción y el arbitrio.

El artículo noveno de la Ley General de Educación es un parámetro de las aspiraciones de la ley. No obstante, nos encontramos ante un distanciamiento entre las buenas intenciones y el resto de la ley si queremos hablar en términos garantistas, en el entendido de que bajo la tesitura del constitucionalismo de Luigi Ferrajoli, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida carencia que los poderes públicos nacionales e internacionales tienen la obligación de cubrir.³⁰ El garantismo tiene como noción central la de las *garantías* como las técnicas de la tutela de los derechos fundamentales, los cuales son considerados como aquellos derechos universales, indispensables e inalienables atribuidos a las personas debido a que se encuentran establecidos en las normas jurídicas. Estos derechos de libertad implican obligaciones negativas para el Estado, así como derechos sociales, que incluyen obligaciones positivas o de prestación por parte de los poderes públicos. Asimismo, el garantismo es el conjunto de límites y vínculos

²⁸ Ley General de Educación, artículos 8° y 9°.

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*.

³⁰ Alberto R. Dalla Via, *Estudios sobre Constitución y economía*, p. 32.

impuestos a los poderes públicos, privados, políticos y económicos dentro del plano estatal e internacional, que impiden la formación de poderes absolutos.³¹ Es una teoría empírica y normativa sobre el deber ser del derecho desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en los ordenamientos normativos.³² Por lo tanto, las garantías son aquellas técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la lejanía entre la normatividad y la efectividad, y de este modo, posibilitar la eficacia de los derechos fundamentales.³³ Estos son entendidos en el marco teórico del garantismo como aquellos derechos inherentes a la persona que reconoce el ordenamiento jurídico.³⁴

De acuerdo a la propuesta teórica del garantismo, éstas se encuentran divididas en positivas y negativas, es decir, de comisión y omisión. Las garantías positivas representan obligaciones de prestación, y las negativas de no lesión a derechos subjetivos, sin importar si se encuentran en el plano privado o público. Asimismo, las garantías se dividen en: primarias o sustanciales y secundarias o jurisdiccionales. Las garantías primarias consisten principalmente en las obligaciones y prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos jurisdiccionales de aplicar una sanción o declarar la nulidad de actos ilícitos o actos no válidos que violen los derechos subjetivos.³⁵

La Ley General de Educación no puede sostenerse como una ley garantista en la medida en que las obligaciones primarias no son precisas para la autoridad, y no estructura el andamiaje de obligaciones y consecuencias para que las autoridades hagan cumplir la obligación constitucional siempre y, en cualquier caso, incluso frente a la vulnerabilidad. Es ejemplificativo el porcentaje de deserción a nivel de educación básica y obligatoria que anualmente incrementa o se mantiene, pero pocas veces se reduce. De acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social,³⁶ entre 2018 y 2020 la población de 3 a 21 años que no asiste a la escuela y no cuenta con

³¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*.

³² Luigi Ferrajoli, *Garantismo penal*, p. 19.

³³ *Ibid.*

³⁴ Rafael E. Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, “Los derechos fundamentales en teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”.

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Nota técnica sobre el rezago educativo 2018-2020”, pp. 6-10.

educación obligatoria, tuvo un incremento de 1.1 puntos porcentuales, pues pasó de 15.6% a 16.7%. La población de 3 a 15 años que no asiste a la escuela y no cuenta con la educación obligatoria subió de 2.6 a 2.8 millones de personas, mientras que la población de 16 a 21 años pasó de 3.7 a 4.1 millones de personas. En el mismo sentido, un informe realizado por el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación³⁷ señala que la eficiencia terminal en el Sistema Educativo Nacional disminuye a medida que avanzan los niveles educativos, pues la primaria presenta un 97.7% de eficiencia terminal, la secundaria un 85.5%, y un 64.4% la educación media superior, lo que muestra altos índices de reprobación, abandono y rezago educativo. En la Constitución se establece que todos tenemos derecho a la educación básica y obligatoria; las obligaciones primarias, por lo tanto, no se están articulando en un andamiaje que las autoridades puedan hacer cumplir, pues las estadísticas de deserción a nivel de educación básica obligatoria reflejan que las obligaciones de hacer fallan si este porcentaje no se reduce.

Podemos notar que el legislador, en la Ley General de Educación, no previó sanciones disciplinarias a las autoridades educativas en casos de omisión de obligaciones frente a grupos vulnerables, una previsión de estas características podría colaborar en contener la normalización de su pasividad. Por lo que toca a las garantías secundarias es destacable cómo el criterio jurisprudencial de los derechos programáticos ha sentado un precedente difícil de superar a pesar de que existen sentencias representativas por disidentes. Estas garantías de carácter jurisdiccional se ven mermadas por la inexistencia de un recurso específico contra la inactividad material de la administración en los tribunales administrativos. En nuestro sistema, la vulneración del derecho a la educación queda en manos de los tribunales federales a través del juicio de amparo, evadiéndose la posibilidad de que la justicia especializada desarrolle mecanismos de control de la inactividad administrativa.

Al establecerse en la Constitución una educación obligatoria se requiere una actividad técnica o material de la administración para que el destinatario de la norma pueda ver satisfecho el derecho. Dicha actividad material sólo puede ser satisfecha cuando la administración provoca la actuación, *ad extra*, es decir, cuando la actividad de los órganos involucra la esfera del

³⁷ Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, “Los desafíos a la garantía del derecho a una educación de calidad para todos”.

individuo o la colectividad, no es suficiente actividad administrativa procedimental *in intra* del órgano. La inactividad material se entiende como el comportamiento subjetivo de la administración, que implica la omisión legal de las actuaciones materiales, físicas o intelectuales sin naturaleza jurídica, que conforman la prestación de un servicio, la voluntad administrativa u otros objetivos.³⁸ De acuerdo a las cifras sobre la deserción, el abandono y la inasistencia de los menores la administración ha omitido o ha realizado de parcial la actividad material respecto al derecho a la educación, lo que repercute en los menores, especialmente en aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

La inactividad administrativa material ha sido estudiada por Alejandro Nieto³⁹ quien considera tres supuestos. El primero de ellos se da cuando el particular acude directamente a los tribunales sin esperar la resolución de la administración; en esta solución el juez resuelve en sustitución de la autoridad administrativa, solución que suele ser contradictoria con el principio de la división de poderes y con el Estado de derecho. El segundo caso atiende el principio de división de poderes; infiere la imposibilidad de que el tribunal adopte directamente resoluciones administrativas y ordena la adopción de resoluciones conformes a derecho; en este sistema se encuentra protegido el principio de división de poderes, pero los derechos de los particulares se encuentran sin garantía ante la inactividad administrativa, por lo tanto, los tribunales no pueden solucionar las consecuencias causadas por la omisión de la autoridad. El tercer caso consiste en que, aunque el tribunal no se encuentra facultado para desarrollar directamente una actividad administrativa, es competente en vía de recurso, es decir, implanta medidas necesarias y ordena su cumplimiento con la finalidad de suplir la inactividad de la administración. En este sentido es necesario el establecimiento de un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la autoridad en los tribunales administrativos, con la finalidad de garantizar los derechos sociales a partir de un sistema de garantías primarias que se encuentran establecidas en la ley y que, por lo tanto, son exigibles ante las autoridades.⁴⁰

³⁸ Marco Gómez Puente, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, p. 148.

³⁹ Alejandro Nieto, “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”, pp. 112-115.

⁴⁰ *Id.*

La respuesta del Poder Judicial ante la garantía de los derechos sociales, especialmente sobre el derecho a la educación, se ha visto limitada, pues la jurisprudencia en la materia es escasa. Los criterios de los tribunales son consecuencia del inadecuado sistema de exigibilidad de las garantías primarias en la vía administrativa. Por ejemplo, del Amparo en Revisión 323/2014⁴¹ se desprende una serie de tesis aisladas: en la tesis 1ª CLXVIII/2015 (10ª) se establece la obligatoriedad del derecho a la educación mediante el cumplimiento de las obligaciones de una multiplicidad de sujetos;⁴² en la tesis 1ª CLXIX/2015 (10ª) se dispone que la efectividad del derecho a la educación está garantizada por diversas obligaciones positivas y negativas a cargo del Estado y particulares;⁴³ de manera redundante, se recuerdan una serie de obligaciones ya comprendidas en las leyes en la materia y que no han sido suficientes para cumplir cabalmente con el derecho a la educación de los menores. A mayor gravedad de la situación, la relatividad de los efectos del juicio de amparo, impiden que estas resoluciones provoquen cambios en los estándares de actuación de la autoridad educativa.

Asimismo, se encuentra la tesis aislada 1ª CCCVI/2015, en donde se establece que las autoridades educativas deben adoptar medidas de protección especial para los menores en situación de vulnerabilidad. Del mismo modo

⁴¹ Las autoridades responsables son los auditores y el director de la Auditoría Superior de la Federación. El acto reclamado ante esta autoridad es por la omisión de promover ante las instancias federales competentes en materia de responsabilidades administrativas y penales, las irregularidades en el manejo, destino y aplicación de recursos del Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal (FAEB), y de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión por la omisión legislativa al momento de emitir el Presupuesto de Egresos de la Federación, en el ejercicio fiscal 2013, al no instruir ni prohibir a las autoridades administrativas a abstenerse a manejar, destinar y aplicar recursos del FAEB. De igual manera, otras de las autoridades responsables son el secretario de la SHCP, el jefe de la Unidad de Coordinación con las entidades federativas, el director general adjunto de participaciones y aportaciones federales, entre otras, a las que se reclama la distribución de los recursos sin que se asegure que su destino sea exclusivamente al gasto público en materia educativa. Se concedió el amparo a la quejosa, por el que se pretendía que las autoridades responsables realizaran en el ejercicio fiscal una asignación efectiva de los recursos y una distribución equitativa; asimismo, se pretendía que se fincaran responsabilidades administrativas, se corrigieran las inconsistencias e irregularidades en los informes de la Auditoría, y se inhibiera la distracción de los recursos a propósitos inconstitucionales. Con el objetivo de que estas autoridades respetaran el derecho a la educación y se abstuviesen de realizar conductas inconscientes e irregulares respecto a la finalidad del gasto público. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la responsabilidad de los servidores públicos es distinta a obligar que la autoridad actúe para materializar el derecho a la educación.

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 323/2014.

⁴³ BULLYING ESCOLAR. DEBERES DE LAS AUTORIDADES PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN.

tienen la obligación de crear las condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación. Sin embargo, esta tesis resulta de los deberes de la autoridad para prevenir la discriminación cuando se presenta acoso escolar, por lo que parece más representativo fincar responsabilidades cuando se trata de acoso, pues a pesar de que existen millones de menores que desertan del sistema educativo por su condición de vulnerabilidad socioeconómica, no se ha establecido un criterio respecto al derecho a la educación de estos menores. A pesar de ello, los criterios son precedentes para garantizar el derecho de todos los menores.

IV. Conclusiones

La incorporación del derecho a la educación en la Constitución mexicana implica una serie de obligaciones positivas y negativas. De acuerdo con el artículo primero constitucional entraña una obligación para todos los poderes en todos los niveles de gobierno y deben proteger, promover, respetar y garantizar el derecho a la educación de los menores en situación de vulnerabilidad. Asimismo, en la Ley General de Educación se establece una serie de acciones para el cumplimiento del derecho a la educación de los menores que tradicionalmente se encuentran excluidos; los tres niveles de gobierno están obligados a cumplir dichas acciones para materializar la instrucción escolar que habría de ser una educación equitativa y de calidad. En este sentido, en los instrumentos normativos se cuenta con las obligaciones básicas para garantizar este derecho, pero no se ha podido garantizar la educación obligatoria constitucional, por la deficiente instrumentación de dichas obligaciones y las consecuencias de su incumplimiento en sede administrativa.

Más allá de la Constitución, observamos que la Ley General de Educación no es suficientemente clara al establecer las obligaciones de la autoridad administrativa. De acuerdo con el análisis realizado a la ley desde la perspectiva del garantismo de Luigi Ferrajoli, podemos concluir que el sistema de garantías es inexistente ya que las garantías primarias establecidas son ineficaces, toda vez, que no se han podido garantizar en la educación obligatoria de los menores en situación de vulnerabilidad económica y social. Asimismo, no se cuenta con alguna sanción hacia las autoridades educativas en caso de no cumplir con alguno de los deberes a los que están obligadas. Respecto a las

garantías secundarias, aun cuando existen algunos criterios jurisprudenciales que establecen las obligaciones y la garantía del derecho a la educación, no son eficientes para incidir en la actuación de la administración para cumplir con su actividad material. De igual manera podemos observar que la falta de un recurso en contra de la inactividad material de la administración en materia administrativa impide la garantía del cumplimiento del derecho a la educación.

En esta tesitura, encontramos que la Ley General de Educación es reflejo de una época en la que las obligaciones de las autoridades administrativas quedaban muy lejos de la visión garantista o de la perspectiva de derechos humanos. Nos hallamos ante un sistema deficiente para garantizar el derecho a la educación de los menores en situación de vulnerabilidad y contrario con los principios establecidos en la Constitución para garantizar los derechos humanos. El contenido de la ley es vano por defecto de actuación, partiendo desde la ineffectividad como la falta de garantías primarias y secundarias.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.), Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997. pp. 284-287.
- Aguilera Portales, Rafael Enrique y Rogelio López Sánchez. “teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”. *Nuevas perspectiva y desafíos en la protección de los derechos humanos*, Rafael Enrique Aguilera Portales (coord.), México, UNAM, 2011, pp. 49-82.
- Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general número 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte, párrafo 1 del artículo 2, 14 de diciembre de 1990.
- _____. Observación general número 13: El derecho a la educación, artículo 13, 3 de diciembre de 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trotta, 2010.
- _____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 7ª ed., Trotta, Roma, 2010.
- _____. *Garantismo penal*. UNAM, México, 2006.

- _____. *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*. Trotta, 2009.
- Mejía Rivera, Joaquín. “La protección internacional de los derechos humanos: de San Francisco a San José”. *Diez cuestiones actuales sobre los derechos humanos*, Joaquín Mejía Rivera (ed.), México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 21-42.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007.

Electrónicas

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (eds.), Ecuador, ONU, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 3-29. <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/derechos-sociales.pdf>
- Aguilar Villanueva, Luis F. *Democracia, gobernabilidad y gobernanza*. Conferencias Magistrales, Instituto Nacional Electoral, México, 2020. https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2021/02/CM25_baja.pdf
- Carbonell Sánchez, Miguel. “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana”. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell (ed.), México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 63-102. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11939>
- Cárdenas Gracia, Jaime (ed.). *El modelo jurídico del neoliberalismo*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 729, México, IIJ-UNAM, 2016. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4334-el-modelo-juridico-del-neoliberalismo>
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. “Nota técnica sobre el rezago educativo, 2018-2020”. México, 5 de agosto de 2021. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Notas_pobreza_2020/Nota_tecnica_sobre_el_rezago%20educativo_2018_2020.pdf
- Echeheverri, Uruburu, Álvaro. “Neoliberalismo y derechos humanos”. *Revista IUSTA*, Vol. 1, Núm. 25, enero-junio 2006, Universidad Santo Tomás, Bogotá, pp. 85-91. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358683004>
- Guerrero Orozco, Omar. “El fin de la nueva gerencia pública”. *Revista Chilena de Administración Pública*, Vol. 7, Núm. 13, 2009, Universidad de Chile, pp. 5-22. <file:///C:/Users/TEMP.LAPTOP-DQUBS6J0.001/Downloads/13520-1-34881-1-10-20110624.pdf>
- Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación. “Los desafíos a la garantía del derecho a una educación de calidad para todos”. Informe 2019, México. https://www.inee.edu.mx/medios/informe2019/stage_01/cap_05.html
- Ornelas Delgado, Jaime. “La ciudad bajo el neoliberalismo”. *Papeles de población*, Núm. 23, Vol. 6, enero-marzo 2000, México, UAEM, pp. 45-69. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252000000100004&lng=es&tlng=es
- Sanz Burgos, Raúl. “El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional”. *Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea*. Raúl Sanz Burgos (ed.), México, CNDH, 2019. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252000000100004

- Scioscioli, Sebastián. “El derecho a la educación como derecho fundamental y sus alcances en el derecho internacional de los derechos humanos”. *Journal of Supranational Policies of Education*, Núm. 2, 2014, pp. 6-24. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/667161/JOSPOE_2_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Serrano, Sandra. “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos humanos”. *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional interamericana*, Eduardo F. Mac-Gregor Poisot, José L. Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.), Konrad Adenauer Stiftung, Suprema Corte de Justicia de la Nación, IIJ-UNAM, México, 2013, pp. 89-132. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/1.pdf>
- Vilchis, Martínez, José. “La nueva gerencia pública en México. Una medición de su intensidad e impactos en las entidades del país”. *Convergencia*, Núm. 49, julio 2014, México, UAEM, pp. 199-227. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352009000100008&lng=es&tlng=

Hemerográficas

- Alcántara, Armando. “Políticas educativas y neoliberalismo en México: 1982-2006”. *Revista Iberoamericana de Educación*, No. 48, España, 2008, pp. 147-165.
- Contreras, Bustamante, Raúl. “El derecho humano a la educación, Universidad Nacional Autónoma de México”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol. 71, Núm. 281, t. LXXI, septiembre-diciembre 2021, México, Facultad de Derecho de la UNAM/Tirant Lo Blanch.
- Dalla Via, Alberto Ricardo. “Estudios sobre Constitución y economía”. IIJ-UNAM, 2003.
- Gallardo Loya, Roberto Carlos, Alma D. Toledo, y Alberto Hernández. “Principios constitucionales interpretativos de los derechos humanos en México desde la perspectiva del iuspositivismo”. *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, Núm. 25, 2019, Benemérita Universidad de Puebla, México, pp. 5-38.
- Gómez Puente, Marcos. “Responsabilidad por inactividad de la Administración”. *Documentación administrativa*, Núms. 237-238 enero-junio 1994, España.
- Juárez Bolaños, Diego y Carlos Rafael Rodríguez Solera. “Factores que afectan a la equidad educativa en escuelas rurales de México”. *Pensamiento Educativo. Revista de Investigación Educativa Latinoamericana*, Vol. 53, Núm. 2, Año 2016 México, IBERO, pp. 1-15.
- Matute González, Carlos Fernando. “Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar”. *Revista de Administración Pública, México*, 2010, pp. 139-145.
- Nieto, Alejandro. “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, Núm. 37, 1962, España pp. 75-126.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 06 de junio de 2023.

Ley General de Educación, publicada el 30 de septiembre de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 07 de junio de 2024.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), publicado el 11 de febrero de 1978 en la *Gaceta Oficial*, No. 9460 Costa Rica.

OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. 17 de noviembre de 1988. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Jurisdiccionales

BULLYING ESCOLAR. DEBERES DE LAS AUTORIDADES PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN. Tesis aislada 1ª CCCVI/2015, 2010215, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, 10a. época, octubre 2015.

DERECHO A LA EDUCACIÓN. ES UNA ESTRUCTURA JURÍDICA COMPLEJA QUE SE CONFORMA CON LAS DIVERSAS OBLIGACIONES IMPUESTAS TANTO EN LA CONSTITUCIÓN, COMO EN LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Tesis aislada 1ª CLXVIII/2015, (10a.), 2009184, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t.1, mayo de 2015, p. 425.

Derecho a la educación. Su efectividad está garantizada por diversas obligaciones de carácter positivo y negativo a cargo del Estado y de los particulares. Tesis 1ª CLXIX/2015, (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 323/2014, Primera Sala, 11 de marzo de 2015, <https://emiliano-zapata.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos/2019-04/04.4EducacionTIAR323-2014.pdf>, (consultado en junio 2023).

Las personas trabajadoras del hogar en México

Juan Carlos Rodríguez Vélez*

Resumen:

En el presente artículo se analiza la situación fáctica de las personas trabajadoras del hogar en México, con base en la evolución del ordenamiento jurídico mexicano emitido a partir de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con el objetivo de describir y visibilizar la problemática a la que se ha enfrentado este grupo respecto del goce efectivo de sus derechos humanos laborales y a la seguridad social en razón de las características específicas de éste, las condiciones en que presta su trabajo y las condiciones particulares previstas en la normatividad, lo cual contribuye a ello.

Abstract:

This article analyzes the factual situation of domestic workers in Mexico based on the evolution of the Mexican legal system issued since the promulgation of the Political Constitution of the United Mexican States of 1917, with the aim of describing and making visible the problems that this group has faced regarding the effective enjoyment of their human labor rights and social security due to its specific characteristics, the conditions in which they perform their work and the particular conditions provided for in the regulations, which contributes to this.

Sumario: Introducción / I. Panorama de las personas trabajadoras del hogar en México / II. Evolución histórica del ordenamiento jurídico mexicano sobre los trabajadores domésticos o personas trabajadoras del hogar / III. Afiliación reciente de las personas trabajadoras del hogar / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho con Área Terminal en Justicia Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Introducción

Las personas trabajadoras del hogar constituyen un grupo en sí mismo vulnerable en nuestro país; en principio, porque se conforma principalmente por mujeres, además de que las condiciones laborales de éste, en general, son precarias y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico presenta particularidades que dificultan el goce pleno de sus derechos.

Las reformas a la Ley Federal del Trabajo del 1 de mayo y del 2 de julio de 2019, así como a la Ley del Seguro Social del 2 de julio de 2019 y del 16 de noviembre de 2022, constituyen un avance plausible de carácter legal en cuanto al reconocimiento y goce de los derechos laborales y de seguridad social de las personas trabajadoras del hogar en México, en tanto que es un grupo que históricamente ha presentado condiciones desfavorables en estos ámbitos.

Sin embargo, el goce efectivo de sus derechos humanos laborales¹ y a la seguridad social reconocido en dichas reformas legales, producto de una decisión jurisdiccional, aún no es pleno para las personas trabajadoras del hogar, debido a que este grupo presenta características específicas en cuanto al desarrollo y las condiciones en que presta su trabajo (realidad social) y a que en el ordenamiento jurídico se establecen condiciones particulares que abonan a ello.

Es fundamental mencionar que la información relativa a la situación de las personas trabajadoras del hogar en México referida en el apartado siguiente se considera a partir de las *Estadísticas a propósito del día internacional de las trabajadoras del hogar (trabajo doméstico remunerado) datos nacionales*, publicadas mediante el comunicado de prensa número 171/23 del 28 de marzo de 2023, así como de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Nueva Edición (ENOE^N), al cuarto trimestre de 2022, debido a que en el primer documento el Instituto Nacional de Estadística y Geografía presenta información sobre este sector con motivo de la conmemoración de esa fecha, la cual se sustenta en el segundo.

¹ Alfredo Sánchez Castañeda define a los derechos humanos laborales como: “(...) aquellos que le permiten a una persona que trabaja contar con las condiciones mínimas e indispensables para llevar una calidad de vida digna y emancipada en lo material, social, recreativo y cultural, tanto en lo personal como en lo familiar”, Alfredo Sánchez Castañeda, “Los derechos humanos laborales en México”, pp. 39 y 40.

I. Panorama de las personas trabajadoras del hogar en México

En México de acuerdo con la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Nueva Edición (ENOE^N), al cuarto trimestre de 2022, las personas trabajadoras del hogar, en edad para laborar, ascendían a 2,452,264 (dos millones cuatrocientos cincuenta y dos mil doscientos sesenta y cuatro), lo cual equivalía al 4.2% del total de la población económicamente activa en ese momento.²

Las personas trabajadoras del hogar eran primordialmente mujeres, con un porcentaje de 90.2%, mientras que el de los hombres corresponde al 9.8% restante. Las personas trabajadoras del hogar se concentraron en quienes realizaron actividades de limpieza en casas particulares, además de otras actividades complementarias de aseo, con un porcentaje de 78.6%, lo cual ascendió a 1,926,836 personas.

El porcentaje de quienes se dedicaron a cuidar niños o niñas, personas con discapacidad y personas mayores en casas particulares fue de 10.4%, lo cual equivale a 254,923; mientras que el porcentaje de las personas que se dedicaron a labores de jardinería en casas particulares fue de 4.1%, lo que corresponde a 101,287, y como choferes se tuvo un porcentaje del 2.3%, o sea 57,015 personas. En estas dos últimas ocupaciones, destacó el mayor porcentaje de hombres ocupados, 41.6% y 23.4% respectivamente.

Respecto de las personas trabajadoras del hogar, destacan dos características importantes, la primera relacionada con el lugar donde llevan a cabo su actividad laboral y la segunda con su escolaridad. Con respecto a la primera, el 22.5%, lo hace en un lugar distinto al de su nacimiento, mientras que, de la población económicamente activa, el porcentaje corresponde al 19.1%; en cuanto a la segunda, 42.1% terminó la secundaria, 28.4% concluyó la primaria, 14.7% contaba con algún año aprobado en los niveles medio superior y superior, y 14.6% tenía primaria incompleta.

De acuerdo con la ENOE^N, al cuarto trimestre de 2022, se estimó que las personas trabajadoras del hogar pertenecen en un 96.1% al sector informal, con un 92% como asalariadas informales, 3.9% como asalariadas formales, 3.8% como trabajadoras informales por cuenta propia y 0.2% como trabajadoras informales con percepciones no salariales.

² INEGI, Estadísticas a propósito del día internacional de las trabajadoras del hogar (trabajo doméstico remunerado) datos nacionales.

El ingreso mensual de las personas trabajadoras del hogar también varía según el sexo, así las mujeres percibieron en promedio \$3,767.00, mientras que los hombres \$4,369.00, lo cual implica \$632.00 de diferencia, y que puede explicarse debido a que hay mayor participación de ellos como jardineros, vigilantes, choferes y cuidadores de personas, actividades que tiene una retribución económica mayor.

Las personas trabajadoras del hogar clasificadas como subordinadas y remuneradas ascendían a 2,358,330, y de éstas 97.5% no tenían una relación laboral formalizada mediante un contrato por escrito, por lo que sólo el 2.5% restante si contaba con éste.

Por otra parte, de la totalidad de las personas trabajadoras del hogar, el 72.6% no tuvo prestaciones laborales, cuestión que también presenta una diferencia importante según el sexo, puesto que, del cien por ciento de las mujeres, el 74% presentó esta situación, mientras que, en cuanto a los hombres, del total de éstos, el porcentaje correspondió al 59.6%.

II. Evolución histórica del ordenamiento jurídico mexicano sobre los trabajadores domésticos o personas trabajadoras del hogar

II.1. Normatividad en materia laboral

En el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* se señalaba lo siguiente:

El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, *domésticos* y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:

Dentro de las bases referidas en dicho artículo se encontraban: la duración de la jornada máxima de trabajo; la duración de la jornada máxima de trabajo nocturno y de los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis; el

derecho a un día de descanso a la semana, y la responsabilidad por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, entre otras.

El 6 de septiembre de 1929 se publicó en el *DOF* una reforma a los artículos 73, fracción X y 123, preámbulo y fracción XXIX, en virtud de la cual se estableció como facultad exclusiva del Congreso de la Unión el expedir las leyes sobre el trabajo, así como considerar de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social.

El 28 de agosto de 1931 se publicó en el *DOF* la primera Ley Federal del Trabajo, donde en el Capítulo XIV se reguló como un trabajo especial el realizado por los trabajadores domésticos; en primer lugar, se estableció qué se entiende por doméstico, en los términos siguientes:

Artículo 129. Doméstico es el trabajador de uno u otro sexo que desempeñe habitualmente las labores de aseo, asistencia y demás del servicio interior de una casa u otro lugar de residencia o habitación.

De igual forma, se establecieron condiciones especiales para este tipo de trabajo, de la forma siguiente:

Artículo 130. Son obligaciones del patrón para con el doméstico:

- I. Tratarlo con la debida consideración y abstenerse de maltratarlo de palabra u obra;
- II. Suministrarle alimentos y habitación, salvo convenio expreso en contrario;
- III. En caso de enfermedad que no sea crónica, pagarle su sueldo hasta por un mes, aunque no trabaje, y proporcionarle asistencia médica hasta que se logre su curación o se haga cargo de él alguna institución de beneficencia pública o privada;
- VI. Darle oportunidad para que asista a las escuelas nocturnas, y
- V. En caso de muerte, sufragar los gastos del sepelio.

Artículo 131. Salvo lo expresamente pactado, la retribución del doméstico comprende, además del pago en numerario, los alimentos y la habitación. Para todos los efectos de esta ley, los alimentos y habitación que se den al doméstico se estimarán equivalentes al cincuenta por ciento del salario que perciba en numerario.

De las disposiciones anteriores, se advierten obligaciones particulares del patrón para el doméstico, tales como: la de proporcionarle alimentos y habitación; en caso de enfermedad que no sea crónica, pagar su sueldo hasta por un mes aunque no trabaje y proporcionar asistencia médica hasta que se logre su curación o se haga cargo de él alguna institución de beneficencia pública o privada; darle oportunidad para que asista a las escuelas nocturnas, y en caso de muerte sufragar los gastos del sepelio.

Las disposiciones mencionadas permiten advertir el reconocimiento por parte del legislador respecto de que este tipo de trabajo se realiza en condiciones particulares, entre las cuales se encuentran:

- El tiempo en el cual el doméstico se encuentra a disposición del patrón, debido a que se establece como obligación de éste el proporcionar alimentos y habitación, así como una consideración especial para que les otorgue la oportunidad de asistir a las escuelas nocturnas.
- En caso de enfermedades no crónicas, pagar el sueldo hasta por un mes al doméstico, aunque no trabaje, y proporcionar asistencia médica hasta que se logre su curación o se haga cargo de él alguna institución de beneficencia pública o privada, lo cual implica que en este supuesto podía esperarse que se realizara el trabajo, y que después de transcurrido el mes, el trabajador se quedara sin remuneración.
- Sufragar los gastos del sepelio en caso de muerte del trabajador doméstico.

El 1° de abril de 1970 se publicó en el *DOF* una Ley Federal del Trabajo nueva, donde en el Título Sexto, Capítulo XIII, se reguló como un trabajo especial el relativo a los trabajadores domésticos; en el artículo 331 se definió a éstos como aquellos que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia.

En el Capítulo XIII del Título Sexto se establecieron condiciones especiales para los trabajadores domésticos, entre las que destacan las disposiciones normativas siguientes:

Artículo 333. Los trabajadores domésticos deberán disfrutar de reposos suficientes para tomar sus alimentos y de descanso durante la noche.

Artículo 334. Salvo lo expresamente pactado, la retribución del doméstico comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Para los efectos de esta ley, los alimentos y habitación se estimarán equivalentes al 50% del salario que se pague en efectivo.

Artículo 337. Los patrones tienen las obligaciones especiales siguientes:

- I. Guardarse consideración al trabajador doméstico, abstenerse de todo mal trato de palabra o de obra.
- II. Proporcionar al trabajador un local cómodo e higiénico para dormir, una alimentación sana y satisfactoria y condiciones de trabajo que aseguren la vida y la salud; y
- III. El patrón deberá cooperar para la instrucción general del trabajador doméstico, de conformidad con las normas que dicten las autoridades correspondientes.

Artículo 338. Además de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior, en los casos de enfermedad que no sean de trabajo, el patrón deberá:

- I. Pagar al trabajador doméstico el salario que le corresponda hasta por un mes;
- II. Si la enfermedad no es crónica, proporcionarle asistencia médica entre tanto se logra su curación o se hace cargo del trabajador algún servicio asistencial; y
- III. Si la enfermedad es crónica y el trabajador ha prestado sus servicios durante seis meses por lo menos, proporcionarle asistencia médica hasta por tres meses, o antes si se hace cargo del trabajador algún servicio asistencial.

Artículo 339. En casos de muerte, el patrón sufragará los gastos del sepelio.

Artículo 342. El trabajador doméstico podrá dar por terminada en cualquier tiempo la relación de trabajo, dando aviso al patrón con ocho días de anticipación.

Artículo 343. El patrón podrá dar por terminada la relación de trabajo sin responsabilidad, dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del servicio; y en cualquier tiempo, sin necesidad de comprobar la causa que tenga para ello, pagando la indemnización que corresponda de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, fracción IV, y 50.

En las disposiciones normativas anteriores el legislador ordinario reconoce nuevamente las condiciones particulares en que se desempeña este tipo de trabajo, y normativiza la desigualdad de este grupo vulnerable al regular el tiempo indeterminado en que los trabajadores domésticos están a disposición del patrón, en tanto que establece que éstos deberán disfrutar de reposos suficientes para tomar sus alimentos y de descanso durante la noche, lo cual implica que el tiempo que no comprenda a estas actividades, se encuentran a disposición del patrón, norma que como señalan Lóyzaga y Verónica Curiel “(...) ha constituido la vergüenza más grande que ha tenido la legislación laboral en México en toda su historia”,³ así como al reconocer la falta de seguridad social⁴ para este sector de trabajadores, en tanto que indica la forma en que se atenderá a éstos, en caso de enfermedades que no sean de trabajo.

El 30 de noviembre de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, entre éstas, las siguientes:

Artículo 333. Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deberán disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas.

³ Octavio F. Lóyzaga de la Cueva y Verónica A. Curiel Sandoval, “El trabajo doméstico. Análisis crítico”, p. 367.

⁴ Ángel Ruíz la define como “(...) un sistema creado por el Estado para garantizar el inalienable e irrenunciable derecho de toda la sociedad a disfrutar de seguridad social, construido mediante el esfuerzo nacional o internacional de manera solidaria, para satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad de sus habitantes, alcanzado así el individuo y su familia un nivel de vida adecuado, a través de la creación y operación de Seguros Sociales que brinden prestaciones en dinero y en especie, así como los cuidados y la asistencia necesarios cuando sobrevengan los riesgos sociales protegidos en la ley y que estarán siempre garantizados por el Estado, Ángel G. Ruíz Moreno, *Nuevo derecho de la seguridad social*, p. 164.

Artículo 336. Los trabajadores domésticos tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferiblemente en sábado y domingo.

Mediante acuerdo entre las partes podrá acordarse la acumulación de los medios días en periodos de dos semanas, pero habrá de disfrutarse de un día completo de descanso en cada semana.

Artículo 337. ...

I. ...

II. Proporcionar al trabajador habitación cómoda e higiénica, alimentación sana y suficiente y condiciones de trabajo que aseguren la vida y la salud; y

III. ...

Las disposiciones anteriores, de acuerdo con el Proceso Legislativo,⁵ tenían como objetivo mejorar las condiciones de trabajo de los empleados domésticos, para lo cual se reguló con mayor precisión la duración de su jornada laboral, así como los periodos de descanso diario y semanal mínimos.

Al respecto, considero que los supuestos jurídicos referidos en los artículos 336 y 337, fracción II, se referían a los trabajadores domésticos que laboraban para un solo patrón y que residían en el domicilio de éste, no así a quienes habitaban en un lugar distinto o que trabajaban para diferentes patrones cada día de la semana, ya que, jurídicamente, aquellos que eran trabajadores de entrada por salida, no estaban sujetos a estas condiciones especiales, sino a las de carácter general previstas en la Ley Federal del Trabajo.

Sin embargo, es necesario destacar que una vez más el legislador ordinario, respecto de los trabajadores domésticos de planta, normativizó las condiciones fácticas, pero contrarias a la Constitución, en las que se realizaba este trabajo, al establecer en la norma la posibilidad de que este grupo de personas pudiera estar a disposición del patrón por doce horas al día.

El 1º de mayo de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas

⁵ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, p. 39.

disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, entre éstas, el Capítulo XIII, del Título Sexto, a fin de sustituir la denominación de Trabajadores Domésticos por *trabajadores del hogar*,⁶ y de una importancia mayor establecer en el artículo 337, fracción IV, la obligación del patrón de inscribir a la parte trabajadora al Instituto Mexicano del Seguro Social y pagar las cuotas correspondientes conforme a la normatividad aplicable.

Sin embargo, respecto de esta obligación, en el artículo transitorio Vigésimo Quinto, el legislador señaló que la vigencia de la disposición referida iniciaría una vez que se aprobaran y entraran en vigor las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal de las personas trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de seguridad social, conforme a la resolución del Amparo Directo 9/2018 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual por su trascendencia e importancia se analizará en el apartado siguiente.

Dos meses después de la reforma antes mencionada, el 2 de julio, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* otro Decreto mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social.

Las reformas referidas anteriormente constituyen un cambio trascendental en el ordenamiento jurídico mexicano en cuanto a la regulación del trabajo del hogar, razón por la cual merecen un análisis especial.

En principio, vale mencionar que el legislador tuvo a bien sustituir la denominación de *trabajadores del hogar* por *personas trabajadoras del hogar*; dicho cambio, tiene como finalidad considerar a todas las personas que se dedican a este trabajo.

En este orden de ideas, señalaré los artículos objeto de esta reforma, a fin de realizar los comentarios que considero pertinentes al respecto.

Artículo 331. Persona trabajadora del hogar es aquella que de manera remunerada realice actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar en el marco de una relación laboral que no importe para la persona empleadora bene-

⁶ Al respecto Diana Pérez señala que “(...) algunos países en sus procesos de reforma han abandonado el uso del adjetivo doméstico, pues denota un carácter peyorativo atendiendo a su significado (perteneciente o relativo a la casa u hogar, dicho de un criado, que sirve en una casa) (...)”, Diana Pérez Padrón, “El trabajo del hogar y su regulación en América Latina. Un estudio comparado”, p. 98.

ficio económico directo, conforme a las horas diarias o jornadas semanales establecidas en la ley, en cualquiera de las siguientes modalidades:

- I. Personas trabajadoras del hogar que trabajen para una persona empleadora y residan en el domicilio donde realice sus actividades.
- II. Personas trabajadoras del hogar que trabajen para una persona empleadora y que no residan en el domicilio donde realice sus actividades.
- III. Personas trabajadoras del hogar que trabajen para diferentes personas empleadoras y que no residan en el domicilio de ninguna de ellas.

En este artículo, considero que se realizaron tres precisiones importantes respecto de este tipo de trabajo. La primera, aun cuando parecería obvia e irrelevante, pero que, en realidad, es todo lo contrario, consistió en indicar que la actividad se realiza de manera remunerada,⁷ lo cual implica retribuir a la persona a través del pago de un salario; la segunda en establecer que la prestación del trabajo se hace en el marco de una relación laboral, lo cual es sinónimo de relación de trabajo, y por la cual, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo se entiende cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario, y la tercera en reconocer e instaurar que este tipo de trabajo se presta en modalidades distintas,⁸ por lo cual presenta características particulares.

Artículo 331 bis. Queda prohibida la contratación para el trabajo del hogar de adolescentes menores de quince años de edad.

Tratándose de adolescentes mayores de quince años, para su contratación el patrón deberá:

⁷ Se le conoce como trabajo doméstico remunerado a todas aquellas actividades en las cuales, la persona que las realiza recibe un pago o salario a cambio, dando origen a una relación laboral, en la cual podemos encontrar a un patrón y a un trabajador doméstico, Lóyzaga y Curiel, *op. cit.*, p. 355.

⁸ Estas modalidades coinciden parcialmente con las que formulan Octavio F. Lóyzaga y Verónica A. Curiel, al referir que la clasificación que han encontrado para la contratación de los trabajadores remunerados son las de trabajadores domésticos permanentes, de base o de planta y trabajadores domésticos de entrada por salida, *ibid.*

- I. Solicitar certificado médico expedido por una institución de salud pública por lo menos dos veces al año.
- II. Fijar jornadas laborales que no excedan, bajo ninguna circunstancia, las seis (6) horas diarias de labor y treinta y seis (36) horas semanales.
- III. Evitar la contratación de personas adolescentes mayores de quince años que no hayan concluido cuando menos la educación secundaria, a excepción de que la persona empleadora se haga cargo de que finalice la misma.

En el caso en el que la o el adolescente habite en el domicilio en donde realiza sus actividades y preste sus servicios para una sola persona, deberá garantizarse que el espacio en donde pernocte sea seguro.

Todo lo dispuesto en este artículo queda sujeto a la supervisión de la autoridad laboral competente.

La disposición anterior, adicionada en esta reforma, responde indudablemente a la realidad social, donde porcentajes de alrededor del 42% de mujeres y del 39% de hombres, que son personas trabajadoras del hogar, no cuentan con la secundaria completa y en los cuales, el rango de edad de 15 a 29 años es del 15% aproximadamente.⁹ Situación que, de no regularse, originará que los porcentajes referidos se mantengan o incrementen en un futuro.

Artículo 331 ter. El trabajo del hogar deberá fijarse mediante contrato por escrito, de conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, que incluya como mínimo:

- I. El nombre y apellidos de la persona empleadora y de la persona trabajadora del hogar;
- II. La dirección del lugar de trabajo habitual;
- III. La fecha de inicio del contrato y, cuando éste se suscriba para un período específico, su duración;
- IV. El tipo de trabajo por realizar;
- V. La remuneración, el método de cálculo de la misma y la periodicidad de los pagos;

⁹ INEGI, *op. cit.*, pp. 2 y 4.

- VI. Las horas de trabajo;
- VII. Las vacaciones anuales pagadas y los períodos de descanso diario y semanal;
- VIII. El suministro de alimentos y alojamiento, cuando proceda;
- IX. Las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, y
- X. Las herramientas de trabajo que serán brindadas para el correcto desempeño de las actividades laborales.

Los alimentos destinados a las personas trabajadoras del hogar deberán ser higiénicos y nutritivos, además de ser de la misma calidad y cantidad de los destinados al consumo de la persona empleadora.

Queda prohibido solicitar constancia o prueba de no gravidez para la contratación de una mujer como trabajadora del hogar; y no podrá despedirse a una persona trabajadora embarazada, de ser el caso, el despido se presumirá como discriminación.

En caso de que la persona empleadora requiera que la trabajadora del hogar utilice uniforme o ropa de trabajo, el costo de los mismos quedará a cargo de la persona empleadora.

El contrato de trabajo se establecerá sin distinción de condiciones, al tratarse de personas trabajadoras del hogar migrantes.

Queda prohibida todo tipo de discriminación, en términos de los artículos 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 1º, fracción III de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en todas las etapas de la relación laboral y en el establecimiento de las condiciones laborales, así como cualquier trato que vulnere la dignidad de las personas trabajadoras del hogar.

Este artículo que también fue adicionado considera que el trabajo del hogar debe fijar mediante contrato por escrito, lo cual brinda seguridad a ambas partes, pero especialmente a la persona trabajadora al establecer de esta manera las condiciones laborales mínimas en las que se prestará el servicio. Además, el legislador estableció condiciones específicas tendientes a evitar conductas discriminatorias por razón de embarazo, situación migratoria o alguna otra

que atente contra los derechos humanos de las personas reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 333. Las personas trabajadoras del hogar que residan en el domicilio donde realicen sus actividades deberán disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, y de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas, sin que la jornada diaria diurna pueda excederse de las ocho horas diarias establecidas en la presente Ley.

Los periodos durante los cuales las personas trabajadoras del hogar no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de su trabajo y/o cuando se excedan las horas establecidas en la Ley para cada tipo de jornada, deberán considerarse como horas extras, conforme a lo dispuesto en los artículos 58 a 68 del presente ordenamiento.

La reforma al artículo anterior conlleva un cambio sustancial en cuanto a la regulación del tiempo en el cual la persona trabajadora se encuentra a disposición de la empleadora, ya que, como se ha expuesto anteriormente, la jornada de trabajo para esta actividad había quedado en la indefinición o bien normalizado el tiempo excesivo de ésta por parte del legislador.

Las tesis aisladas siguientes son ilustrativas de la situación que ha imperado en cuanto al tiempo de duración de la jornada de trabajo y el pago extraordinario respecto de las personas trabajadoras del hogar, la cual además de encontrar sustento en la legislación ha sido avalada por el Poder Judicial de la Federación.

TRABAJADORES DOMÉSTICOS. DADA LA NATURALEZA DE SU TRABAJO NO EXISTE FUNDAMENTO LEGAL PARA RECLAMAR EL PAGO DE TIEMPO EXTRA

La jornada de trabajo y la distribución del horario de los trabajadores domésticos no se rige por el factor tiempo como si se tratara de empleados de una empresa productora o distribuidora de bienes o servicios, pues las actividades que desempeñan no son de carácter material con vista a la obtención de un lucro a favor del patrón, sino que están vinculadas con el aseo y atención del hogar de una persona

o familia en particular, predominando la convivencia con el núcleo familiar para el que laboran; por tanto, *a este tipo de trabajadores no les es aplicable la regla general que establece el artículo 58 de la ley laboral que define la jornada como el tiempo durante el cual una persona está a disposición del patrón para desempeñar un servicio personal y subordinado mediante el pago de un salario, sino que basta que a cambio de la prestación de sus servicios el patrón les confiera el tiempo suficiente para reposar y tomar alimentos y de descanso durante la noche, según lo prescribe el artículo 333 de la Ley Federal del Trabajo*; consecuentemente, en la remuneración salarial de estos trabajadores no interviene el factor tiempo, ya que su retribución comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación, por lo que *no les asiste fundamento legal para reclamar el pago de tiempo extra*.

DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.¹⁰

TRABAJADORES DOMÉSTICOS QUE HABITAN EN EL HOGAR DONDE PRESTAN SUS SERVICIOS. TIENEN DERECHO AL PAGO DE TIEMPO EXTRAORDINARIO CUANDO NO SE LES CONCEDEN LOS PERIODOS QUE COMO MÍNIMO TIENEN DERECHO A DESCANSAR (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1 DE DICIEMBRE DE 2012)

De los artículos 333 y 336 de la Ley Federal del Trabajo se advierte que los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios, deben disfrutar de 2 descansos diarios; el primero de cuando menos 3 horas entre las actividades matutinas y vespertinas y, el segundo, nocturno, de 9 horas consecutivas como mínimo; así como que también tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferentemente en sábado y domingo; por lo que, de una interpretación deductiva y teleológica de dichos artículos, *se concluye que este tipo de trabajadores prestan sus servicios de forma especial durante 5 días y medio a la semana, a razón de*

¹⁰ Tesis aislada I.13o.T.124 L, 177758, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 1560. La cursiva es del autor.

una jornada máxima diaria de 12 horas durante 5 días y 6 horas el día en el que laboran medio día, esto es, un total de 66 horas de trabajo semanales, lo que se justifica atendiendo a la finalidad del número de horas de descanso diarias, ya sea nocturnas o intermedias entre sus actividades y de que cuentan con día y medio de descanso. En consecuencia, cuando no se les conceden los periodos que como mínimo tienen derecho a descansar, el tiempo laborado que exceda de su jornada máxima semanal debe estimarse como horas extras que se les deben pagar.

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.¹¹

Como puede advertirse, ambos criterios versan sobre legislaciones vigentes en momentos diferentes. En el primer criterio, el Tribunal Colegiado de Circuito consideró que los trabajadores domésticos no se encuentran sujetos a una jornada de trabajo determinada, sino que basta que a cambio de la prestación de sus servicios el patrón les confiera el tiempo suficiente para reposar y tomar alimentos y de descanso durante la noche. En el segundo criterio, el órgano jurisdiccional federal refiere que la jornada de los trabajadores domésticos es de máximo 12 horas diarias durante cinco días y de 6 horas cuando se labora medio día.

La situación anterior pretende modificarse con esta reforma al establecerse que la jornada diurna no puede exceder de las ocho horas diarias, así como que el tiempo que exceda de los fijados para cada tipo de jornada o bien el periodo en el cual la persona trabajadora del hogar no pueda disponer libremente de su tiempo y permanezca a disposición de la empleadora, se considerará como extraordinario.

Artículo 334. Las personas empleadoras garantizarán en todos los casos los alimentos para las personas trabajadoras del hogar.

En aquellos casos en los que la persona trabajadora resida en el domicilio donde realicen sus actividades les será garantizada además de los alimentos, la habitación.

¹¹ Tesis aislada I.10o.T.7 L (10a.), 2021678, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 75, febrero de 2020, t. III, p. 2433.

Salvo lo expresamente pactado, la retribución del trabajador del hogar comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Para los efectos de esta Ley, los alimentos y habitación se estimarán equivalentes al 50% del salario que se pague en efectivo.

El salario a que tienen derecho podrá efectuarse a través de transferencia bancaria o cualquier otro medio de pago monetario legal, con el consentimiento de la persona trabajadora del hogar interesada.

En este artículo, el legislador adicionó los párrafos primero, segundo y cuarto. Ahora bien, considero que el deber de proporcionar alimentos a la persona trabajadora en las modalidades distintas en que se realiza este trabajo puede implicar una carga considerable para la parte empleadora, además de que podría ser en perjuicio de la primera.

Lo anterior es así, debido a que, por una parte, obliga a que la empleadora proporcione los alimentos a la persona trabajadora, aun cuando, en muchas ocasiones no se encuentra en el domicilio durante todo el día y, por lo tanto, no prepara alimentos, y, además, independientemente de su calidad, constituyen el 25% del salario que se paga en efectivo, lo cual podría disminuir en el mismo porcentaje el monto de éste, a pesar de que no exista una correspondencia. Esta misma observación es aplicable respecto del deber de proporcionar la habitación, pero que tiene una justificación distinta.

En la realidad, es posible que los alimentos tengan un valor que origine que la persona trabajadora vea disminuido considerablemente su salario en efectivo, ya que de acuerdo con el artículo 331 Ter. deben ser de la misma calidad y cantidad de los destinados al consumo de la persona empleadora, quien puede considerar su monto para determinar el pago por el trabajo contratado.

En este sentido, considero que el deber de proporcionar alimentos tendría que ser una condición laboral sujeta a la petición expresa de la persona trabajadora, y no una cuestión obligatoria determinada por el legislador.

Artículo 334 bis. Las personas trabajadoras del hogar contarán con las siguientes prestaciones conforme a las disposiciones de la presente Ley y estarán comprendidas en el régimen obligatorio del seguro social:

- a. Vacaciones;

- b. Prima vacacional;
- c. Pago de días de descanso;
- d. Acceso obligatorio a la seguridad social;
- e. Aguinaldo; y
- f. Cualquier otra prestación que se pudieren pactar entre las partes.

La adición del artículo anterior por una parte otorga certeza jurídica para la persona trabajadora del hogar y la empleadora, al establecer de manera expresa las prestaciones legales a que tiene derecho la primera y a las cuales está obligada la segunda, pero, especialmente, modifica sustancialmente la situación en cuanto al acceso a la seguridad social, en tanto que el legislador determinó que es de carácter obligatorio, cuestión que implica un cambio de paradigma legal en la materia,¹² tal y como se expondrá más adelante.

En el ámbito del Derecho Internacional Público, es fundamental mencionar el Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, adoptado en Ginebra, el dieciséis de junio de dos mil once, el cual fue ratificado por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el doce de diciembre de dos mil diecinueve, más de seis años después de que entrara en vigor en septiembre de 2013; firmado por el Titular del Ejecutivo Federal el treinta y uno de enero de dos mil veinte; depositado ante el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, el tres de julio de dos mil veinte; publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio de 2021, y con carácter obligatorio para México a partir del día siguiente.¹³

Finalmente, el 29 de noviembre de 2023 se publicó un Decreto en el *Diario Oficial de la Federación*, mediante el cual se reformó, entre otros, el artículo 146 de la Ley Federal del Trabajo, el cual hasta el 31 de diciembre de ese año establecía expresamente que los patrones de las personas trabajadoras del hogar no estaban obligados a pagar las aportaciones al Fondo Nacional de la Vi-

¹² Ana Heatley refiere que “El acceso a la seguridad social entre la población más desprotegida es crucial” y que las trabajadoras del hogar “(...) precisamente enfrentan mayores riesgos asociados a su situación socioeconómica previa y a la discriminación estructural y tienen menos acceso a recursos, transferencias y servicios para hacer frente a tales riesgos”, Ana Heatley Tejada, “Trabajadoras del hogar en México: análisis y propuesta de mejoras al Programa Piloto de incorporación a la seguridad social”, pp. 35-36.

¹³ Decreto Promulgatorio del Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, adoptado en Ginebra, el dieciséis de junio de dos mil once.

vienda, distinción que fue eliminada del ordenamiento legal, lo cual implica que éstas podrán obtener un crédito de parte del Instituto referido para, en su caso, la adquisición de una vivienda.

II.2. Normatividad en materia de seguridad social

El 31 de diciembre de 1942 se promulgó la Ley del Seguro Social, la cual se publicó en el *DOF* el 19 de enero de 1943; en el artículo 3º de dicha ley se estableció que es obligatorio asegurar a los trabajadores que prestan a otra persona un servicio en virtud de un contrato de trabajo, ya sea en empresas privadas, estatales, de administración obrera o mixtas; a los miembros de sociedades cooperativas de producción, y a los que presten sus servicios en virtud de un contrato de aprendizaje.

En este sentido, los trabajadores domésticos no eran sujetos de aseguramiento y, por lo tanto, objeto de los seguros de: accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez, vejez y muerte; por cesantía involuntaria en edad avanzada.

El 12 de marzo de 1973 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una nueva Ley del Seguro Social, donde en el artículo 13 se estableció quiénes serían los sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio, y aunque en las seis fracciones de dicha disposición jurídica no se señaló a los trabajadores domésticos, en el último párrafo si se indicó que el Ejecutivo Federal, a propuesta del Instituto Mexicano del Seguro Social, determinaría por Decreto, las modalidades y fecha de incorporación obligatoria al Régimen del Seguro Social, de los sujetos de aseguramiento comprendidos en ese artículo, así como de los trabajadores domésticos.

En dicha ley se establecieron las particularidades siguientes respecto de los trabajadores domésticos:

Artículo 203. En tanto no se expidan los decretos relativos, la incorporación al régimen obligatorio del Seguro Social de los trabajadores a que se refiere esta sección, se hará a solicitud del patrón a quien presten sus servicios.

Artículo 204. Efectuada la afiliación de estos trabajadores sólo procederá su baja del régimen obligatorio, cuando termine la relación de trabajo con el patrón que lo inscribió y éste lo comunique al Instituto.

Artículo 205. Los patrones enterarán las cuotas obreropatronales por bimestres anticipados.

La Ley del Seguro Social de 1973 estuvo en vigor hasta el 30 de junio de 1997 de acuerdo con la Ley del Seguro Social publicada el 21 de diciembre de 1995 y el Decreto publicado el 21 de noviembre de 1996.

En la Ley del Seguro Social publicada el 21 de diciembre de 1995, artículo 13, fracción II, se estableció que voluntariamente podrían ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio los trabajadores domésticos, y en el artículo 222, fracción II, inciso b), se señaló que el esquema de aseguramiento para los trabajadores domésticos comprende las prestaciones en especie de los seguros de riesgos de trabajo y de enfermedades y maternidad y las correspondientes de los seguros de invalidez y vida, así como de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, lo cual, en consecuencia, implicó que la incorporación de este grupo a dicho régimen fuera de manera voluntaria y que no tuviera acceso al seguro de guarderías y prestaciones sociales.

II.3. Análisis del Amparo Directo 9/2018

El 5 de diciembre de 2018 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el Amparo Directo 9/2018, el cual se interpuso en contra de un laudo laboral de la Junta Especial Número Diecinueve de la Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, donde ésta determinó que la parte empleadora no estaba obligada a inscribir a la parte trabajadora ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, y absolvió a éste y al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores de las prestaciones que les fueron reclamadas.

La Segunda Sala, en la sentencia mediante la cual resolvió el Amparo Directo, determinó que el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social al excluir del régimen obligatorio del Seguro Social a las trabajadoras del hogar, resultaba discriminatorio y violatorio del derecho humano a la seguridad social, y si bien debido a la naturaleza del fallo y a que la norma impugnada gozaba de la plena presunción de constitucionalidad, no resultaba posible condenar, ni a la parte empleadora, ni al Instituto Mexicano del Seguro Social, al pago retroactivo de las cuotas de seguridad social respectivas, ni a otras prestaciones, los efectos del otorgamiento del amparo tuvieron un impacto mayor.

La Segunda Sala en la sentencia referida señaló que ante la existencia de normas discriminatorias que afectan la dignidad de un sector vulnerable, debía emitir directrices que orientaran a las autoridades estatales competentes, respecto a la necesidad y el deber de cumplimentar, de manera efectiva, con la protección y goce del derecho humano a la seguridad social de las trabajadoras domésticas.

En este sentido, determinó que las autoridades estatales cuya competencia se vinculaba con el otorgamiento de una cobertura adecuada, disponible, accesible y suficiente de seguridad social de las trabajadoras del hogar, debían emprender las medidas necesarias para modificar, estructuralmente, las normas y políticas públicas que correspondían a la seguridad social de ese sector altamente vulnerable.

Para tal efecto, y si bien no se trataba de un amparo indirecto, donde se pudiera vincular a las autoridades legislativas y administrativas responsables de la emisión y aplicación de la norma contraria a la Constitución, la Segunda Sala consideró hacer del conocimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social el problema de discriminación detectado en contra de las trabajadoras domésticas al excluirlas del régimen obligatorio, así como la ineficacia del diverso régimen voluntario de seguridad social para tutelar, adecuadamente y de manera digna, el derecho humano a la seguridad social de tales trabajadoras.

De igual forma, la Segunda Sala, para solventar el referido problema de seguridad social, planteó al Instituto Mexicano del Seguro Social implementar, dentro de un plazo prudente, que podría ser al término del año 2019, un Programa Piloto que tuviera como fin último, diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, a partir de los lineamientos siguientes:

- a) El régimen especial de seguridad social debía contar con condiciones no menos favorables que las establecidas para los demás trabajadores.
- b) El régimen social propuesto debía tomar en cuenta las particularidades del trabajo doméstico.
- c) El régimen especial debía resultar de fácil implementación para los patrones en función de maximizar su aplicación en la práctica y evitar que se eludiera su cumplimiento.

- d) El régimen de seguridad social especial no podía ser de carácter voluntario, sino obligatorio.
- e) El régimen especial debía ser viable para el propio Instituto, desde el punto de vista financiero.
- f) Explorar la posibilidad de facilitar administrativamente el cumplimiento de las obligaciones que derivaran de este régimen a los patrones.

Finalmente, la Segunda Sala consideró que la finalidad de dichos lineamientos estribaba en que, en un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido Programa Piloto, el Instituto Mexicano del Seguro Social, acorde con sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, se encontrara en aptitud de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, en forma gradual, y en ese tenor, en un plazo no mayor a tres años, se lograra obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de éstas.

II.4. Programa Piloto del Instituto Mexicano del Seguro Social

El Instituto Mexicano del Seguro Social, en cumplimiento a la Sentencia Definitiva emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 9/2018, mediante su Consejo Técnico, en la sesión del 30 de enero de 2019, aprobó el Acuerdo ACDO.AS2.HCT.300119/53.P.DIR y su Anexo Único, relativo a las Reglas de carácter general para la Prueba Piloto de la incorporación de los trabajadores domésticos al Régimen Obligatorio del Seguro Social, las cuales se publicaron el 29 de marzo de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*.

A partir de las Reglas referidas, de acuerdo con el Informe presentado al Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁴ el Instituto puso en operación la Prueba Piloto en abril de 2019, y ésta inició su vigencia en mayo del mismo año, lo cual implicó que el programa se implementara en un tiempo menor a lo determinado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁴ IMSS, “Informe de resultados de la Prueba Piloto para la incorporación de personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del Seguro Social”.

El Instituto Mexicano del Seguro Social implementó el programa con un esquema simplificado de incorporación y pago en consideración al mandato de la Segunda Sala y a partir de las características especiales de las personas trabajadoras y de las empleadoras, el cual contaba con las especificaciones siguientes:

- La persona empleadora no requería contar con Registro Federal de Contribuyentes.
- No se requería generar un registro patronal ni llenar el formato de Seguro de Riesgos de Trabajo, ya que el sistema lo asigna automáticamente.
- La persona empleadora no requería calcular sus cuotas, debido a que el sistema realizaba los cálculos para las aportaciones de ésta y de la trabajadora del hogar.
- La persona empleadora no presentaba movimientos afiliatorios de alta, baja o modificación de salarios.

De acuerdo con lo anterior, para la incorporación de la persona trabajadora del hogar sólo se requería contar con los datos siguientes:

- El Número de Seguridad Social de la persona trabajadora del hogar.
- Correo electrónico.
- Domicilio de la persona trabajadora del hogar.
- Indicar el monto salario mensual.
- Señalar si la persona trabajadora laboraba con uno o más empleadores y cuántos con cada uno, así como los domicilios.

La Prueba Piloto, de acuerdo con el mandato de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a que el régimen especial no debía contar con condiciones menos favorables que las establecidas para las demás personas trabajadoras, comprendió la protección de las trabajadoras del hogar con los cinco seguros previstos en la Ley del Seguro Social: Enfermedades y Maternidad; Riesgos de Trabajo; Invalidez y Vida; Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, y Guarderías y Prestaciones Sociales.¹⁵ De igual forma, operó

¹⁵ En la Ley del Seguro Social de 1995, artículo 222, fracción II, inciso b), se establecía que el esquema de aseguramiento de los trabajadores domésticos comprendía las prestaciones en especie de los seguros de riesgos de trabajo y de enfermedades y maternidad y las correspondientes de los seguros de invalidez y vida, así como de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en los términos de los capítulos respectivos, por lo que no eran sujetos del régimen de guarderías y prestaciones sociales.

sin restricciones ni tiempos de espera para la atención médica, farmacéutica y hospitalaria.¹⁶

De acuerdo con el Instituto Mexicano del Seguro Social, el sistema calculaba la cuota mensual, y, en el caso de varios empleadores, la parte proporcional a cubrir por cada uno de ellos; para efectos del pago de las cuotas correspondientes, el sistema generaba la línea de captura, y éste podía realizarse en ventanilla bancaria o en el portal electrónico de la institución bancaria dentro de los veinte primeros días de cada mes.

El Instituto Mexicano del Seguro Social realizó acciones diversas con la finalidad de difundir la Prueba Piloto, entre éstas: creó un micrositio en su portal electrónico, donde se encontraba un simulador de cuotas, así como un tutorial para el manejo del sistema; un apartado de preguntas frecuentes y el hipervínculo para realizar el trámite respectivo; de igual forma, difundió información sobre ésta mediante: redes sociales institucionales, prestadores de servicio social en sus oficinas para orientar a personas trabajadoras y empleadoras, y mensajes de radio.

Por otra parte, el Instituto Mexicano del Seguro Social participó en diversos eventos, tales como los denominados *Diálogos por el trabajo del hogar*, los cuales le permitieron conocer y considerar las opiniones de personas expertas en la materia, así como de organizaciones de la sociedad y atender los cuestionamientos que surgieron con motivo del lanzamiento de la Prueba Piloto y de las afiliaciones de las primeras trabajadoras del hogar.

La Prueba Piloto permitió que, de mayo de 2019, mes en que inició su operatividad, a septiembre de 2020, el porcentaje de las personas trabajadoras del hogar afiliadas al Instituto Mexicano del Seguro Social se incrementara en 2,129%, con lo cual a este mes se contaba con 25,369 afiliadas, cantidad que representa el 9,025.5% de aquellas que estaban aseguradas bajo el régimen voluntario (3,848).

Dentro de los datos relevantes respecto de las personas trabajadoras del hogar afiliadas bajo la Prueba Piloto al mes de septiembre de 2020, destacaban los siguientes:

- a) El 69% (17,610) eran mujeres con una edad promedio de 50 años.

¹⁶ En el régimen anterior, el Seguro de Enfermedades y Maternidad estaba sujeto a restricciones al aseguramiento y tiempos de espera para la atención médica.

- b) El 31% (7,759) era hombres con una edad promedio de 51 años.
- c) El 24% se ubicaba en la Ciudad de México y el Estado de México.
- d) El salario promedio era de \$ 5,115.00 (cinco mil ciento quince pesos 00/100) al mes de septiembre, el cual era un 25% superior al de las afiliadas en la modalidad voluntaria y 7.0% mayor al registrado al inicio de la Prueba Piloto.
- e) El 97% (24,589) del total tenía un solo empleador y 3% (780) más de uno.
- f) En nueve entidades federativas se concentraba el 62% de ellas (Ciudad de México, Estado de México, Jalisco, Sonora, Tamaulipas, Nuevo León, Sinaloa, Coahuila, Baja California y Veracruz).
- g) Se han afiliado 37,755 personas distintas por lo menos un mes.
- h) El 78% (19,780) contaron en algún momento con historial laboral previo en el Instituto Mexicano del Seguro Social, y de éstas el 40% tuvo su última baja hace más de 10 años.
- i) El 82% (20,903) ha registrado beneficiarios (18,046 hijo o hija; 6,642 cónyuges, concubina o concubinario; y 4,177 madre o padre).
- j) El 19.6% nació en la región sur del país, pero solo el 7.7% trabaja en la misma.
- k) Se han emitido a agosto de 2020 los certificados siguientes: 3,642 por incapacidades y 353 por riesgos de trabajo.
- l) El número mayor mensual de hijos o hijas de personas trabajadoras beneficiados con el servicio de guarderías a agosto de 2020 ha sido de 924, lo cual ocurrió en marzo de 2020.
- m) La atención médica otorgada durante la Prueba Piloto a agosto de 2020 ha sido la siguiente:
 - Primer nivel 129,209 consultas.
 - Segundo y tercer nivel (especialidades): 29,463 consultas.
 - Hospitalarias: 6,902.

A partir de la evaluación de los resultados obtenidos durante la Prueba Piloto y de las áreas de oportunidad detectadas, el Instituto Mexicano del Seguro Social mediante su Consejo Técnico, en la sesión ordinaria el día 22 de julio de 2020, aprobó el Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.220720/190.P.DIR

y su Anexo Único, por el que se aprueban las Reglas de carácter general de la Prueba Piloto fase II para la incorporación de las personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del Seguro Social.

Las reglas anteriormente referidas consideraron fundamentalmente la incorporación de los puntos siguientes:

- a) Las personas empleadoras tienen el carácter de sujeto obligado ante el Instituto para efectos de afiliar a las personas trabajadoras del hogar.
- b) El empleador o empleadores deberán cubrir el monto correspondiente al pago de las cuotas obrero-patronales por mes anticipado, conforme al salario base de cotización diario integrado y días laborados con cada uno.
- c) En caso de que la persona trabajadora del hogar labore al menos 20 días, incluidos los días de descanso, y devengue el monto correspondiente a un salario mínimo integrado mensual vigente de la zona geográfica que le corresponde, conforme al domicilio reportado por el empleador, quedará cubierta durante el mes calendario que corresponda, con el salario promedio.

El 2 de julio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto mediante el que se reformaron los artículos 12 y 13 de la Ley del Seguro Social, a fin de considerar a las personas trabajadoras del hogar dentro del régimen obligatorio de seguridad social, cuya vigencia iniciaría una vez que se realizaran las adecuaciones y reservas legales necesarias para dar completa operatividad al reconocimiento del derecho a la seguridad social del grupo referido, lo cual debía quedar totalmente concluido en un plazo no mayor a 6 meses contados a partir de la culminación del Programa Piloto y entrega del informe solicitado por el Congreso de la Unión respecto del mismo. El Poder Legislativo determinó que mientras entraran en vigor las disposiciones referidas para comprender el trabajo del hogar en el régimen obligatorio, el empleador garantizaría la atención médica y los gastos por concepto de sepelio.¹⁷

Asimismo, el 16 de noviembre de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, cuya vigencia inició al día siguiente, al igual que las reformas publicadas el 2 de julio de 2019.

¹⁷ Artículos Tercero y Cuarto del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar.

Especialmente, se adicionó el Capítulo XI, donde se replicó, por una parte, la definición de persona trabajadora del hogar y las modalidades en que se presta este tipo de trabajo, previstos ya con antelación en la Ley Federal del Trabajo. Por otra parte, en el artículo 239-C de la Ley del Seguro Social, se establecieron las obligaciones adicionales siguientes para la persona empleadora de una trabajadora del hogar:

- Registrar e inscribir a la persona trabajadora del hogar a la fecha de inicio de la relación laboral, para salvaguardar sus derechos, por los días que labore durante el mes calendario.
- Retener la cuota obrera que corresponde a la persona trabajadora del hogar por su aseguramiento y enterarla junto con la cuota patronal a su cargo, según la cédula propuesta.
- Pagar los importes determinados de las cuotas obrero-patronales en los formatos impresos o usando el programa informático autorizado por el Instituto.
- Pagar las cuotas obrero-patronales correspondientes al mes de inicio de la relación laboral a más tardar el día diecisiete del mes inmediato siguiente.
- Efectuar por anticipado, ya sea de manera mensual, bimestral, semestral o anual, el aseguramiento y el entero de las cuotas obrero-patronales correspondientes a los meses subsecuentes al mes de inicio de la relación laboral.

De igual forma, se establecieron las particularidades siguientes en cuanto al aseguramiento de la persona trabajadora:

- Tratándose del mes de inicio de la relación laboral, la cobertura se otorgará a partir del primer día de aseguramiento y hasta el último día del mes calendario que corresponda, siempre y cuando se entere al menos el monto de las cuotas obrero-patronales equivalentes al valor del salario base de cotización mínimo integrado de la Ciudad de México por los días comprendidos en la cobertura. En caso contrario, quedará cubierta por los días que la o las personas empleadoras reportaron.
- En caso de pago anticipado, el aseguramiento será por el mes completo, siempre y cuando se entere al menos el monto de las cuotas obrero-patronales equivalentes al valor del salario base de cotización mínimo in-

tegrado mensual de la Ciudad de México. En caso contrario, quedará cubierta por los días que la o las personas empleadoras reportaron.

III. Afiliación reciente de las personas trabajadoras del hogar

La afiliación de las personas trabajadoras del hogar al Instituto Mexicano del Seguro Social a diciembre de 2023, un año posterior a la entrada en vigor de las disposiciones normativas anteriormente referidas, presentaba los datos siguientes:¹⁸

- 61, 988 personas afiliadas
 - Mujeres: 41,762
 - Hombres: 20,226
- Salario promedio diario
 - Mujeres: \$ 282.50
 - Hombres: \$ 297
- Entidades federativas con un número mayor de personas afiliadas:
 - Ciudad de México: 10,977
 - Estado de México: 6,756
 - Jalisco 4,542
 - Baja California Norte 3,294
 - Coahuila: 3002
- Entidades federativas con un número menor de personas afiliadas:
 - San Luis Potosí: 549
 - Baja California Sur: 394
 - Quintana Roo: 346
 - Zacatecas: 282
 - Tabasco: 202

En este sentido, las 61,988 personas trabajadoras del hogar afiliadas al Instituto Mexicano del Seguro Social al mes de diciembre de 2023, representan

¹⁸ IMSS, “Se puede consultar datos y estadísticas del Programa de Incorporación para Personas Trabajadoras del Hogar”.

el 2.5% de las 2,452,264 (dos millones cuatrocientos cincuenta y dos mil doscientos sesenta y cuatro), reportadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en la *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Nueva Edición, al cuarto trimestre de 2022*.

IV. Conclusiones

Las personas trabajadoras del hogar, anteriormente conocidas como trabajadores domésticos, a lo largo de la historia se han enfrentado en nuestro país a cuestiones fácticas y de carácter legal, las cuales han menoscabado el reconocimiento de sus derechos humanos laborales y a la seguridad social.

Como se ha expuesto en el presente trabajo, si bien el Constituyente de 1917 no diferenció las condiciones laborales respecto de los trabajadores domésticos, el legislador, al emitir la legislación ordinaria, sí realizó diferencias en atención a la realidad social en que se prestaba este tipo de trabajo, lo cual originó que se normativizaran prácticas contrarias a la propia Constitución Política, de entre las que destaca el tiempo en el cual la persona trabajadora se encontraba a disposición del empleador.

Asimismo, el Poder Judicial Federal, a partir de la legislación ordinaria avaló la realidad social de las personas trabajadoras del hogar, lo cual también resultó contrario a la propia Constitución Política y a los derechos humanos laborales de éstas.

En este sentido, las disposiciones normativas, las resoluciones del Poder Judicial de la Federación y la realidad social en que se desempeña el trabajo de las personas trabajadoras del hogar, ha originado que este sector sea demasiado vulnerable, debido a la falta de reconocimiento de sus derechos humanos laborales y a la seguridad social.

Debido a lo anterior, y en el contexto del reconocimiento a nivel constitucional de los derechos humanos por parte del Estado Mexicano, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la resolución en el Amparo Directo 9/2018, la cual originó, principalmente, un cambio de paradigma en cuanto al derecho humano a la seguridad social, en tanto que dio paso primero a la implementación de un Programa Piloto por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social para la afiliación de las personas trabajadoras del

hogar a éste y, posteriormente, a la modificación del ordenamiento jurídico mexicano para tal efecto.

Sin embargo, los datos estadísticos dejan claro que aún el camino por recorrer es largo, ya que sólo el 2.5% de la totalidad de las personas trabajadoras del hogar se encuentran afiliadas al Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo que es casi imposible que pueda cumplirse con la expectativa de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de éstas en un plazo no mayor a tres años.

Finalmente, es importante reconocer, como se ha expuesto, que actualmente la legislación ordinaria laboral y de seguridad social permite una protección mayor de los derechos humanos laborales y a la seguridad social para las personas trabajadoras del hogar, lo cual, en principio, es consecuencia, de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y juicio de amparo del 6 y 10 de junio de 2011, así como de los tratados internacionales en este ámbito.

Fuentes de Consulta

Bibliográficas

Heatley Tejada, Ana. “Trabajadoras del hogar en México: análisis y propuesta de mejoras al Programa Piloto de incorporación a la seguridad social”. *Cuadernos de Políticas para el Bienestar*, Conferencia Interamericana de Seguridad Social, 2020.

Ruíz Moreno, Ángel Guillermo. *Nuevo derecho de la seguridad social*. 15ª ed., Porrúa, 2022.

Sánchez Castañeda, Alfredo. “Los derechos humanos laborales en México”. *Hacia un Nuevo Modelo Laboral en México. Reflexiones desde los derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, pp. 33-102.

Hemerográficas

IMSS, “Informe de resultados de la Prueba Piloto para la incorporación de personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del Seguro Social”. IMSS.

Lóyzaga de la Cueva, Octavio Fabián y Verónica Alejandra Curiel Sandoval. “El trabajo doméstico. Análisis crítico”, *Alegatos*, Núm. 87, mayo-agosto 2014, México, UAM-A, pp. 351-382.

Pérez Padrón, Diana. “El trabajo del hogar y su regulación en América Latina. Un estudio comparado”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 31, julio-diciembre de 2020, México, IJ-UNAM.

Electrónicas

IMSS. Personas trabajadoras del hogar. “Se puede consultar datos y estadísticas del Programa de Incorporación para Personas Trabajadoras del Hogar”, 2024. <https://www.imss.gob.mx/personas-trabajadoras-hogar/datos-estadisticas>

INEGI. Estadísticas a propósito del día internacional de las trabajadoras del hogar (trabajo doméstico remunerado) datos nacionales. Comunicado de Prensa Núm.171/23, 28 de marzo de 2023. https://inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP_TrabHogar23.pdf

INEGI. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo Nueva Edición (ENOE^N), al cuarto trimestre de 2022. Principales indicadores laborales de las ciudades, agosto de 2022, México, INEGI.

Legislación

Acuerdo ACDO.AS2.HCT.300119/53.P.DIR y su Anexo Único, relativo a las Reglas de carácter general para la Prueba Piloto de la incorporación de los trabajadores domésticos al Régimen Obligatorio del Seguro Social, publicado el 29 de marzo de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.220720/190.P.DIR, dictado por el H. Consejo Técnico en sesión ordinaria el día 22 de julio de 2020, por el que se aprueban las Reglas de carácter general de la Prueba Piloto fase II para la incorporación de las personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del Seguro Social contenidas en el Anexo Único del presente Acuerdo, publicado el 31 de agosto de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 22 de marzo de 2024.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, publicado el 30 de noviembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, publicado el 1 de mayo de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar, publicado el 2 de julio de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Decreto Promulgatorio del Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, adoptado en Ginebra, el dieciséis de junio de dos mil once, publicado el 2 de julio de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Decreto por el que se reforman los artículos 251 de la Ley del Seguro Social y 146 de la Ley Federal del Trabajo, y se adiciona un artículo 59 Bis a la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, publicado el 29 de noviembre de 2023 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Ley del Seguro Social, publicada el 21 de diciembre de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 23 de abril de 2021.

Ley Federal del Trabajo, publicada el 1 de abril de 1970 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 04 de abril de 2024.

Jurisdiccionales

Ejecutoria del Juicio de Amparo Directo 9/2018 resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de diciembre de 2018, el cual se interpuso en contra de un laudo laboral de la Junta Especial Número Diecinueve de la Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México.

Tesis aislada I.13o.T.124 L, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 1560.

Tesis aislada I.10o.T.7 L (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Materias(s): Laboral, Libro 75, febrero de 2020, t. III, p. 2433.

Divorcio y disolución de la sociedad conyugal: disputa y reparto de bienes entre el derecho moderno y las decisiones morales

Marco Polo Álvarez Domínguez*

Martín Ronquillo Arvizu**

Resumen:

El presente artículo tiene la intención de dar cuenta de las disputas generadas tras la disolución de la sociedad conyugal, mediante un análisis etnográfico de casos particulares se muestran los escenarios donde la disputa por los bienes y recursos revelan la ruptura de acuerdos desiguales emanados de una tradición judío-cristiana, que se sustenta bajo premisas que están en crisis en la actual sociedad capitalista. De este modo sostenemos que las valoraciones morales ocultan intereses bajo una racionalidad que apela a la disputa por los recursos en el marco de la dimensión jurídica del Estado que tiene la función de administrar la justicia y mediar el conflicto, apelando a la ley, las resoluciones generalmente interpelan las valoraciones morales de la familia.

Abstract:

This article intends to give an account of the disputes generated after the dissolution of marital partnership. Through an ethnographic analysis of particular cases, the scenarios where the dispute over goods and resources reveals the rupture of unequal agreements emanating from a Jewish-Christian tradition, which is based on premises that are in crisis in today's capitalist society, are shown. In this way we maintain that moral assessments hide interests under a rationality that appeals to the dispute over resources within the framework of the legal dimension of the State that has the function of administering justice and mediating the conflict, appealing to the law, resolutions generally challenge the moral assessments of the family.

* Doctor en Antropología Social por la Escuela Nacional de Antropología e Historia, Jefe del Posgrado en Antropología Social en la Escuela Nacional de Antropología e Historia.

** Doctor en Antropología Social por la Escuela Nacional de Antropología e Historia, Profesor-Investigador en la Escuela Nacional de Antropología e Historia.

Sumario: Introducción / I. Matrimonio, familia y parentesco: una visión antropológica / II. Familia nuclear y globalización / III. Divorcio y liquidación de la sociedad conyugal / IV. Disputas familiares por los bienes entre el derecho moderno y el derecho moral / V. Los tribunales como escenarios del melodrama del divorcio / VI. De amor no se vive: casos etnográficos / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

Introducción

Este texto tiene la intención de reflexionar mediante referentes etnográficos, las disputas familiares a consecuencia de la disolución del matrimonio y la lucha por la repartición de bienes en espacios jurídicos, poniendo énfasis en los aspectos de la cultura en su dimensión racional, manifestando que las posturas morales sustentan el ocultamiento de posiciones racionales en las que hay disputas por recursos de diversa índole (económicos, sexo-afectivos, etcétera), donde las formas de impartición de justicia del Estado median los conflictos de la disolución de la sociedad conyugal.

Factores como los roles de género, el poder económico, la clase social, el nivel educativo son determinantes tanto en el tipo de relación matrimonial como en el tipo de conflicto que puede haber ante escenarios de ruptura, así como los mecanismos de negociación y resolución del conflicto por bienes.

Los planteamientos que exponemos en el presente artículo tienen una raíz antropológica, donde el matrimonio se concibe como la unión que trae consigo alianzas, diferentes tipos de capital (económico, social y cultural), el prestigio social, factores que están implicados en la familia, en este sentido las relaciones matrimoniales traen consigo valoraciones morales que se contraponen con los derechos jurídicos.

De este modo sostenemos que la idea de la unión familiar por medio del amor es un discurso romántico que mantiene en el ocultamiento acuerdos de índole económico, relaciones de poder y distribución diferenciada de recursos entre las parejas que contraen matrimonio, así como con su descendencia, por su parte cuando aparece el divorcio emergen las formas en las cuales se constituyen dichos acuerdos y relaciones patriarcales de poder generalmente asimétricas, lo que conlleva a un conflicto que transita del espacio familiar al espacio jurídico.

El tema de la disputa y reparto de bienes tras la disolución del matrimonio es una realidad cada vez más cotidiana en el presente global contemporáneo, puesto que en dicho evento las valoraciones morales se desmoronan ante la dimensión jurídica que surge tras el divorcio, este trabajo es una visión antropológica de los problemas generados en la disputa por los bienes después de un divorcio en la familia nuclear.

El matrimonio en la sociedad global contemporánea tiene al divorcio como una realidad constante y cotidiana, ante dicha realidad nos planteamos las siguientes interrogantes. ¿Qué aspectos socioculturales se ponen en juego ante la disolución del matrimonio?, ¿cómo se reparten los bienes?, ¿qué papel juega ante la sociedad el modelo hegemónico de familia nuclear? Los estudiosos¹ de la *familia* plantean que un matrimonio constituye una familia, de ahí que cuando se disuelve el matrimonio también se fragmenta la familia nuclear y se constituyen otras formas de organización de la familia que no se relaciona con la consanguinidad.

I. Matrimonio, familia y parentesco: una visión antropológica

Una familia está constituida por lazos de parentesco, afinidad y consanguinidad que se establecen entre los individuos de manera consensuada, un matrimonio es la unión de individuos social y legalmente reconocida y aprobada por un procedimiento legal, generando relaciones de parentesco no intencionales. Las relaciones matrimoniales llevan consigo roles² de los integrantes de la familia, mismos que determinan un lugar y reconocimiento entre los miembros, señalando que es una institución estratificada y jerarquizada por la cultura; asimismo, es una institución que genera y posee bienes materiales, que inician con la constitución del matrimonio.

El “problema” de la familia, el parentesco y el matrimonio conformó la estructura medular antropológica durante el siglo XIX, en donde el surgimiento del concepto de evolucionismo y primitivismo son centrales en la construcción de la disciplina y en sus planteamientos desde Morgan, McLennan, Mein, Frazer, Bachofen, Tylor y el desarrollo de la antropología británica durante la primera mitad del siglo XX,³ como referentes clásicos que se les

¹ Robin Fox, *Sistemas de Parentesco y Matrimonio*.

² *Vid.*, Ralph Linton, “La familia, el matrimonio, estatus y función”.

³ Leif Korsbaek, “El estudio del parentesco en la escuela de Manchester”.

han hecho señalamientos de sus múltiples errores, sin embargo, propusieron los principios básicos de los sistemas de matrimonio y parentesco del mundo en la actualidad.

Por tanto, se muestra que la época moderna ha tomado como referencia el derecho romano como una etapa de la civilización tiene sus propias características muy estratificadas, respecto al matrimonio, marca procesos legales y formas simbólicas específicas en las ceremonias religiosas,⁴ es decir, el simbolismo legal, precede una condición primitiva como una forma de inferir el pasado, donde se generaron las formas de la disolución del matrimonio.

El tema de la *familia* fue inaugurada desde la antropología británica como un tema de estudio por McLennan⁵ con la finalidad de ordenar las etapas del progreso humano, mediante la aparición de leyes que regulan el matrimonio en el marco de derechos y obligaciones el marido, la mujer, los padres y los hijos que incluye la posesión de bienes; de esta manera McLennan describe distintas formas matrimoniales de sociedades y tipos de sociedades en diferentes partes del mundo, dando sentido al método comparativo que puso lo primitivo como un punto de referencia para ver los sentidos, las particularidades del rapto y cuestionando “que es el rapto en la sociedades primitivas”.

McLennan describe las distintas costumbres nupciales como expresiones simbólicas de los cantos, bailes, ropajes, siendo el rapto una forma de ritual, ceremonia o performance, así como las narraciones o bien el pago de la novia, que es un tema importante en la antropología británica. Poniendo el acento en los convenios, los contratos, negociaciones que son formas de evitar acciones de violencia, por ejemplo, cuando “el novio debía arrastrar” a la novia por la fuerza y obligarla a irse con él o bien distintas reglas de prohibición y costumbres.

El símbolo del rapto ocurre siempre que, tras un contrato nupcial, es necesario para el establecimiento de la relación entre marido y mujer que el novio o los amigos de éste finjan raptar a la novia o arrancarla de los brazos de sus seres queridos. Desde antes el matrimonio ha quedado acordado mediante una negociación, y más tarde se lleva a cabo el robo o el rapto como una cuestión formal

⁴ Donde aparecen costumbres populares como los anillos, refiriendo a los árboles que indican la edad, el anillo es un indicador o un símbolo del paradigma de la alianza matrimonial.

⁵ John Ferguson McLennan, *El matrimonio primitivo*.

para dar validez a la boda. Así pues, la prueba de la presencia del símbolo que es el rapto es convenido y que le antecede un contrato matrimonial. En caso de no existir contrato previo, se trataría de un auténtico rapto.⁶

Las mujeres como mercancía visto en prácticas como la costumbre de obtener esposas,⁷ la práctica de pelear por mujeres o poner el precio o pago de la novia, es también establecer un acuerdo o bien un convenio; en el matrimonio moderno una forma que refleja el modo de conseguir esposa es la pertenencia a una clase social y los vínculos que se generan en los lugares: escuelas, espacios laborales, zonas de residencia, que regulan e imponen los acuerdos, los convenios o bien las reglas.

Nos referimos a la existencia de reglas endogámicas y exogámicas; es decir, a la regla que prohíbe el matrimonio dentro del grupo o bien la que prohíbe el matrimonio fuera del grupo, se representa en la simulación del rapto de las esposas. En algunas sociedades “se dice que aborrecen el matrimonio entre parientes cercanos. Tienen un proverbio según el cual “la gente importante y los perros carecen de parientes cercanos”,⁸ las monarquías o el sistema político y la forma de gobierno, presenta sanciones, divisiones y prohibiciones, derechos y obligaciones, territoriales y políticas, el principio de exogamia como forma de establecer lazos, mantener la paz o bien o reglamentar la forma de diferenciarse para mantener bajo control el destino de los bienes, los títulos y principalmente la riqueza o el patrimonio generado.

Posteriormente, Levi-Strauss⁹ plantea la variedad de leyes que regulan el matrimonio, siendo en la sociedad moderna donde mediante esta institución se transfiere la riqueza, el prestigio y distintos vínculos que indican dar como una obligación y recibir como un derecho respecto al sentido de la posesión de bienes y la reglamentación del matrimonio que por medio de prohibiciones difiere de una sociedad a otra.

Por su parte Morgan¹⁰ sostiene que la familia monógama surge en el estado superior de la barbarie desarrollándose de una manera sindiásmica,¹¹

⁶ *Ibid.*, p. 54.

⁷ El término “costumbre de obtener esposas” no trata de ser un comentario sexista, ni hacer referencia a la mujer como si fuera una mercancía, refiere al uso del lenguaje de la Antropología estructural, *vid.*, Lévi-Strauss, *Las Estructuras elementales del parentesco*.

⁸ McLenan, *op. cit.*, p. 54.

⁹ Lévi-Strauss, “El campo de la antropología en Antropología estructural”.

¹⁰ L. H. Morgan, “Desarrollo del concepto de propiedad”.

agregando que existía una conexión con la propiedad y con las costumbres relativas a la herencia. Asimismo, se señala que la descendencia había cambiado a la línea masculina, pero todos los bienes muebles e inmuebles eran hereditarios en la *gens*.¹²

Los distintos vínculos de parentesco que no solo tienen que ver con la consanguinidad, la alianza o la afinidad, en cada sociedad se definen por las obligaciones, donde el derecho al disfrute y posesión de los bienes que fueron producto de un matrimonio pasa por la colaboración de cada integrante al incremento de la riqueza y de los bienes muebles e inmuebles, los cuales se distribuyen generalmente entre la descendencia cuando muere uno o ambos progenitores; sin embargo, también hay una distribución cuando se interrumpe el matrimonio y se da la ruptura de los lazos de parentesco.

Los lazos del parentesco que se reconocen en las diferentes sociedades dan a los individuos derechos con relación a la tierra de cultivo, con otros tipos de bienes con la ayuda mutua en la consecución de intereses comunes, con la autoridad sobre los otros, así como obligaciones que complementan estos derechos y consisten en cosas tales como que quienes gozan de autoridad tengan en cuenta el bienestar de quienes les deben obediencia, que estos últimos obedezcan y que todos colaboren en ocasiones en que así lo requiera el reconocimiento del parentesco.¹³

En la medida en que los integrantes de una familia, residen en el mismo lugar, los afectos y el estrecho contacto cotidiano; clarifica el derecho sobre los bienes, permite la posesión y la transmisión de las posesiones que en el imaginario social tienen forma de patrimonio común, pero están acompañadas de reglas de derecho y reciprocidad que han surgido de una alianza veamos:

El matrimonio crea relaciones sociales nuevas y derechos recíprocos entre los cónyuges y entre cada uno de ellos y los parientes del otro, y establece cuáles han de ser los derechos y el estatus de los hijos cuando

¹¹ Esto se refiere a modelo de familia en el que un hombre vive con una sola mujer, pero la poligamia y la infidelidad ocasional son un derecho para el hombre.

¹² La palabra *gens* viene del latín y significa “raza” o “clan”.

¹³ Lucy Mair, *Introducción a la Antropología social*.

nazcan. Toda sociedad tiene procedimientos reconocidos para crear estas relaciones y derechos y para dar a conocer que se han creado.¹⁴

Al interior de cada familia la inconformidad de alguno o varios de los miembros pueden influir y determinar la posesión de los bienes y generar tensiones y conflictos entre hermanos que tenían una buena relación, entre padre e hijos, entre madre e hijos, generalmente cuando hay un divorcio y por ende una repartición de bienes hay conflicto, de este modo la repartición de las herencias está sujeto a procedimientos y formas de reparto y transmisión reconocidos por el grupo en su dimensión moral señalando que tras de sí se oculta una racionalidad económica y de intereses; sin embargo dichas valoraciones morales siempre están sujetas al derecho moderno.

Según los antropólogos británicos la función del matrimonio establece los derechos y obligaciones para hacer uso de los bienes, sin embargo, “cuando los bienes constituidos por tierras y valores mercantiles son poseídos tanto por hombres como por mujeres, la situación es muy diferente; cada matrimonio establece derechos de propiedad distintos sobre una parte, y los hijos (as) de un matrimonio dado tienen, por necesidad una herencia potencial que, en su conjunto, es diferente de la que tendrían los hijos (as) de cualquier otro matrimonio”,¹⁵ de ahí que la complejidad de las reglas del reparto de bienes tiene que ver con la diversidad cultural y normativa.

Es importante señalar que tras un divorcio y por ende una disolución de la sociedad conyugal en una esfera cultural patriarcal de tradición judeocristiana, las posturas morales ocultan posicionamientos racionales que apelan al interés sobre la negociación y repartición de los bienes que generó la sociedad conyugal, tema que es importante para el derecho, puesto que todas estas disputas sustentadas en valoraciones morales transitan del ámbito doméstico familiar al ámbito jurídico, donde la administración de justicia del Estado tiene que posicionarse y administrar la justicia con criterios generalmente antagónicos a las valoraciones morales de los involucrados.

II. Familia nuclear y globalización

En términos generales desde la antropología se ha cuestionado la universalidad de la familia nuclear como el modelo característico del mundo moderno

¹⁴ *Ibid.*, p. 95.

¹⁵ Edmund Leach, *Replanteamiento de la Antropología*, p. 170.

capitalista. Rosario Esteinou¹⁶ plantea que el principio de organización y la unidad básica es el parentesco basado en la familia nuclear que permite reconocer la paternidad y el vínculo biológico consanguíneo entre padre progenitor y sus hijos, ahora bien en términos de expresión cultural en ese modelo, se genera un reconocimiento sociocultural en el que se construye la idea de que el matrimonio es la alianza legal constituida bajo un sistema jurídico, que está basado en sentimientos de amor y afecto presentándose también como una cuestión natural, sin embargo, los criterios de consanguinidad tienen un peso en los sentimientos emocionales:

En este caso, no se hace tanto referencia a las formas que puede adoptar —nuclear extensa, u otras— sino más bien a la familia como estructura fundante de la sociedad, por un lado; y por el otro, a la familia completa formada por el padre, la madre y los hijos, como fuente de vínculos primarios fundados en la afinidad y consanguinidad y de los cuales se desprenden relaciones normadas es decir basadas en derechos y obligaciones entre sus miembros.¹⁷

La familia en el mundo moderno se mantienen en una “idealización” del modelo de familia nuclear en el que se da por hecho que los sentimientos surgen del vínculo consanguíneo no entre el padre y los hijos, sino entre esposos, de ahí que la familia nuclear patriarcal en el mundo moderno tenga también una expresión económica, ya que los derechos y las obligaciones en el marco de la familia establecen relaciones económicas; los estudios antropológicos han abordado la comunidad doméstica¹⁸ como una unidad económica, estudiando las relaciones internas y los roles entre los miembros de la familia nuclear, así como su reproducción y establecimiento de vínculos con fundamento económico.

En México los tipos de familias tienen que ver con la clase social, el nivel económico, el nivel educativo, los roles de género en el mundo moderno industrial, la familia nuclear tiende a fundar su existencia en valores morales y religiosos basados en la tradición judeocristiana, dado que el matrimonio tiene un fundamento de temporalidad relacionada con la muerte y no con la cancelación civil o disolución del matrimonio y aunque “el divorcio es igual-

¹⁶ Rosario Esteinou, *La familia nuclear en México: lecturas de su modernidad siglos XVI al XX*.

¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸ *Vid.*, Claude Meillassoux, *Mujeres, graneros y capitales*.

mente posible para la mujer y para el hombre, se presentan otros aspectos en donde la mujer ocupa un papel importante”,¹⁹ sin embargo, hay que señalar que derivado de la cultura patriarcal bajo la cual se rige la sociedad, para la mujer el divorcio si bien puede representar emancipación, también se enfrenta a sanciones morales y al estigma social que la desacreditan por responsabilizarla familiarmente.

En la sociedad mexicana en términos generales, el principio de organización de familia nuclear presenta grandes problemas en la permanencia de los matrimonios, lo cual es derivado de problemas económicos, de violencia de género²⁰ y de las relaciones que implican intereses comunes, lo que a menudo son el fundamento de la disolución del matrimonio, poniendo en juego el reparto de bienes y la dependencia económica de los hijos, por tanto, la familia nuclear en la dimensión económica presenta crisis recurrentes, su grado de duración depende en buena medida no de elementos emocionales, sino de la solidez económica.

La familia perdió potencialidad en muchas de sus funciones que eran asumidas entonces por otras agencias externas a ella (la escuela, la fábrica, el mercado en sentido amplio, la iglesia, etcétera) y se caracterizó por una función eminentemente expresiva estabilización de la personalidad adulta y socialización primaria de los niños).²¹

Si bien se ha cuestionado la funcionalidad de la familia nuclear en el mundo moderno, presentan problemas al interior en cuestiones de autoridad paterna, movilidad y disolución del matrimonio, así como aislamiento de los integrantes: donde la mentalidad y los intereses económicos, marcan las relaciones familiares, disputas por bienes, herencias e incluso disputas legales por la custodia de los menores de edad y chantajes con los mayores de edad por definirse hacia el lado del amor materno; de ahí el reclamo de la igualdad entre padres e hijos y entre esposos.

En el siglo XXI, el dispositivo del matrimonio y la familia como forma de legitimar y hacer pública la sexualidad, presenta niveles de crisis, dado que se

¹⁹ Esteinou, *op. cit.*, p. 47.

²⁰ La violencia de género en sus diferentes modalidades es una de las causas principales de separación, además, la violencia sistémica es la que ha repercutido en la economía en general, afectando tanto a hombres como a mujeres, haciendo parte del circuito de la violencia.

²¹ Esteinou, *op. cit.*, p. 77.

convino en una economía del deseo y en una representación instrumental de intereses en donde los vínculos matrimoniales y familiares se plantean desde una lógica en donde existe un valor de uso en lo emocional y un valor de cambio en lo racional, el matrimonio constituye una institución pública sujeta a reglamentación jurídica del Estado, donde la sexualidad marca relaciones de poder entre los cónyuges, los mecanismos de poder en el matrimonio son una institución económica.

Foucault,²² en su análisis sobre la sexualidad sostiene que el matrimonio y por ende la familia conyugal contienen una legitimidad social, ya que son parte de una tecnología de poder que busca mantener el control del ejercicio de la sexualidad, sugiriendo que “está dirigida a una preocupación elemental: asegurar la población, reproducir la fuerza de trabajo, mantener la forma de las relaciones sociales, en síntesis: montar una sexualidad económicamente útil y políticamente conservadora”.²³ De esta manera las prácticas sexuales eran regidas por el derecho canónico, la pastoral cristiana y la ley civil quienes definían lo que era lícito e ilícito poniendo especial énfasis en las relaciones matrimoniales de este modo: “El sexo de los cónyuges estaba obsesionado por reglas y recomendaciones. La relación matrimonial era el más intenso foco de coacciones; sobre todo era de ella de quien se hablaba; más que cualesquiera otras, debía confesarse con todo detalle.”²⁴

En este sentido es importante considerar que la familia nuclear fue parte de un paradigma de gobernanza del Estado, por lo que su funcionamiento obedeció a la posibilidad de conseguir empleo y recursos económicos,²⁵ esta realidad ha cambiado a consecuencia de vivir bajo el modelo global neoliberal en donde la precariedad económica y laboral ha traído como consecuencia nuevas dinámicas tales como la inserción de mujeres en el mercado laboral, la construcción de nuevas masculinidades, la diversidad sexogénica y el cuestionamiento a la heteronormatividad entre muchos otros factores que son parte constituyente de la crisis del modelo hegemónico de familia nuclear.

²² Michel Foucault, *Historia de la sexualidad, Vol. 1. La voluntad de saber.*

²³ *Ibid.*, p. 49.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ Este modelo está configurado por una división sexual del trabajo en el que el hombre es considerado proveedor y la mujer es quien asume las tareas del hogar, lo cual derivó en desigualdades producto de la estratificación familiar.

La familia entendida como una institución que tiene como principales objetivos la reproducción social, así como la conservación de bienes materiales y simbólicos, ha sido una construcción social que ha sido modificada a través del tiempo y el espacio, agregando que se encuentra constituida desde una óptica de poder patriarcal vinculada a la administración de la vida y que se relaciona con dimensiones tales como los roles de género, la división sexual del trabajo y la reproducción social principalmente. En este sentido el Estado enuncia dentro de sus principales prioridades la protección de la familia como célula fundamental de la sociedad, sin embargo, los procesos sociales culturales y económicos a nivel global modifican el modelo de familia nuclear.

Horkeimer²⁶ plantea que instituciones como la iglesia, la escuela, la política, la prensa tienen un poder modelador de la vida pública y privada, donde la familia ocupa un lugar especial para la instrumentalización y condicionamiento del hombre de la mujer a la disciplina del trabajo, la familia es el espacio para buscar la armonía entre el Estado y la iglesia, la familia es el lugar donde se asimila la autoridad para lograr un entendimiento entre los que mandan y obedecen; de ahí que la familia también es la asimilación de las diferencias en el mundo social; la familia nuclear es la excelente escuela del chantaje de la integridad de los individuos.

En tanto no cambien esencialmente la estructura básica de la vida social, y de la cultura basada en ella, de la presente época del mundo, la familia, en cuanto productora de determinados tipos de carácter autoritarios, ejercerá su inevitable efecto. Ella un momento importante del nexo legal que domina este periodo histórico. Todos los movimientos políticos, morales y religiosos consecuentes, que tuvieron como meta el fortalecimiento y la renovación de esta unidad, vieron claramente la función fundamental de la familia como productora de una forma de pensar autoritaria y consideraron su deber fortalecerla con todos sus supuestos, como la prohibición del comercio sexual extraconyugal, la propaganda a favor de la procreación y la crianza de los hijos y el confinamiento de la mujer en tareas domésticas.²⁷

²⁶ Max Horkheimer, "Autoridad y familia".

²⁷ *Ibid.*, p. 135.

Desde una mirada crítica es importante señalar que las nociones y modelos de familia son un modelo de organización social, la cual es funcional para un sistema que tiene diferentes aristas entre las cuales destacan la política, la económica, la social y la cultural, motivo por el cual es de interés antropológico el abordaje de esta institución, señalando que los modelos de familia están relacionados con los regímenes políticos en donde se desarrollan sus prácticas de vida.

De esta manera podemos situar el modelo hegemónico de familia nuclear en el contexto del Estado de bienestar, ya que la vida familiar se desenvolvía a la par de una sociedad que contaba con una tasa de pleno empleo, una economía “estable” que garantizaba la estabilidad de la sociedad y por ende de la familia, sin embargo, esta es una idea que plantea la invisibilidad de los conflictos que se viven al interior de esta, ya que no deja de ser una institución jerarquizada que provee de manera desigual los recursos y bienes en función de valoraciones morales que se expresan mediante preferencias afectivas, roles de género, entre otros.

Por tanto, es importante ubicar el contexto social contemporáneo atravesado por una globalización que ha desarticulado los referentes identitarios de sociedades enteras, nos encontramos en una época caracterizada por éxodos migratorios, trabajo flexible, inmediatez en la comunicación, re-significación de los roles de género, emancipación femenina, hiper-individualización de los vínculos sociales y familiares que plantea la posmodernidad, entre otros factores, lo cual sin lugar a duda ha traído consigo transformaciones en la familia como institución y organización social considerando que la familia se significa y resignifica en este contexto.

Así como la familia ha sido una institución que se ha transformado en el espacio y en el tiempo, por ende, las nociones e ideas referentes a las disputas han sufrido toda una serie de transformaciones en las que se conjugan preferencias afectivas, roles de género, conflictos familiares, sentidos de identidad y pertenencia, lealtades, lo cual debe ser considerado por la administración de justicia del Estado.

En este sentido planteamos que es importante el abordaje antropológico sobre la familia, ya que visibiliza dimensiones tales como tiempo, género, poder, estratificación social, construcción de emociones entre otros, las cuales están contenidas y vinculadas en la institución familiar. De esta manera

uno de nuestros principales planteamientos es que el modelo de familia nuclear converge con otro tipo de realidades familiares en donde los divorcios se presentan como una realidad cotidiana y más frecuente, sin embargo, se sigue colocando al modelo de familia nuclear como un ideal hegemónico, lo que violenta a las personas que deciden divorciarse, no casarse o de alguna manera interpelar a dicho sistema que invisibiliza los diversos, continuos y caóticos escenarios que conllevan las disputas por la progenie y el reparto de bienes que son importantes escenarios en donde la institución familiar se ha transformado.

Un segundo planteamiento se refiere a proponer que la incapacidad de entender la transformación de las familias en la época global neoliberal, genera visiones difusas que imposibilitan el entendimiento de los conflictos y las disputas familiares, considerando además que esta falta de comprensión transita al ámbito judicial.

III. Divorcio y liquidación de la sociedad conyugal

Si bien hoy en día casi todas las sociedades modernas cuentan con leyes que regulan el divorcio, la moral hegemónica señalaría que el divorcio es un indicativo de fracaso o derrota, sin embargo, nosotros sostenemos que puede ser una estrategia que tiene como objetivo una lucha por los bienes que son producto de dicho matrimonio, asimismo, también es una forma de interrumpir las relaciones económicas, sexoafectivas, familiares y de poder, lo cual es producto de una inconformidad ya sea por violencia por parte de algún miembro de la pareja.²⁸

En la sociedad moderna se ha dado una apreciación en la que el divorcio es un problema de corte moral, y no económico-jurídico; el orden familiar se ha compuesto de la transmisión de la propiedad vía la herencia, regulada por derechos y obligaciones, tanto morales como jurídicas; de ahí que el aspecto económico en el matrimonio se subordina a sentimientos concomitantes a nostalgias morales y no a cálculos racionales; sin embargo, el divorcio tiene también un fundamento racional–económico.

²⁸ El punto de vista de este trabajo, tiene el propósito de no victimizar a quienes son objeto de violencia, sean mujeres u hombres, el objetivo es resaltar que las personas o individuos que recurren a la justicia con el objetivo de transformar la relación conyugal y en casos de violencia intrafamiliar el divorcio también plantea horizontes de dignidad.

La justificación o las distintas razones que tenemos para creer que un divorcio es por cuestiones sentimentales son parte de un criterio moral y no están reflexionadas con base en un criterio racional, la noción de racionalidad de Rescher²⁹ nos explica que cualquiera que sea la forma de la racionalidad conecta a los seres racionales que son semejantes en el marco de una creencia, es decir un divorcio tiene fundamentos de corte valorativo y moral así como fundamentos de cálculo racional económico, señalando dos tipos de racionalidad la ideal y la practicable:

La racionalidad *ideal*, que se orienta a las resoluciones que son racionalmente adecuadas (pura y simplemente, las óptimas), teniendo en cuenta absolutamente *todo* lo relevante; y,

La racionalidad *practicable*, que se orienta a las resoluciones que son racionalmente adecuadas (*las mejores que podemos*), teniendo en cuenta *todo* aquello que es relevante realizar en determinadas circunstancias.³⁰

De esta manera sugerimos entender el divorcio en su dimensión racional reconociendo que si bien hay una dimensión moral, así como una dimensión psicológica y emocional, nos interesa analizar su dimensión racional practicable, que es una especie de cálculo matemático y de interés relevante para alguna de las partes, si bien todo divorcio implica un conflicto con distintas dimensiones que pueden variar, cuando la familia como unidad social llega a la liquidación de la sociedad conyugal en algunos casos emerge, el odio, la envidia, las polémicas, las intrigas, la necesidad, el deseo, la lucha por el recurso, por el poder, u otras diferencias³¹ que establecen relaciones profundas dentro de peculiares formas de socialización de las más intensas; estableciendo un modo de antagonismo y hostilidad, entre las partes, lo que tiene como trasfondo la lucha por los bienes y recursos familiares.

²⁹ Nicholas Rescher, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y justificación de la razón*.

³⁰ Rescher, *op. cit.*, p. 44.

³¹ Es importante destacar que la cultura de dominación masculina, ha significado que en el ámbito de las familias tradicionales las mujeres continúen en el ámbito doméstico, sin embargo, el Estado, al implementar mecanismos jurídicos como el divorcio, las dota de una capacidad para revertir las relaciones de violencia y dominación; destacando que al recurrir a las instancias de la justicia, los sujetos sean hombres o mujeres son activos en sus propios procesos, en este sentido el divorcio es un mecanismo en el cual el Estado interpela a la cultura tradicional.

La racionalidad instrumental en el divorcio es siempre hacer referencia a los fines que pasan del mundo privado al mundo público o social; la validación de los fines socialmente están, determinados en su dimensión moral, por el mundo de los valores, los sentimientos que ocultan un interés y racionalmente por el mundo jurídico de apego a derecho, he ahí que el actuar racional implica alcanzar fines, y hacer uso ambas racionalidades para garantizar el objetivo de las instituciones.

El divorcio se convierte en una estrategia racional individual y al mismo tiempo en un conflicto social que requiere de resolución de la tensión entre las partes, dado que la negociación, el diálogo, no fue posible, todos los integrantes de la familia nuclear se definen y debaten entre cuestiones determinantes, es el momento en el que se hacen válidas las afinidades, las lealtades y las relaciones internas de la familia de forma racional:

La combinación de relaciones armónicas y relaciones hostiles, sin embargo, hace que coincidan la secuencia sociológica y la ética. Una secuencia que parte de la acción de *A* en beneficio de *B*; pasa luego por la acción de *A*, por su propio provecho y sin perjudicar ni beneficiar *B* y acaba en la acción egoísta en perjuicio de *B*. Y como *B* responde a las distintas acciones de *A*, aunque casi nunca del mismo modo y en la misma medida, surge una infinidad de mezclas de corrientes convergentes y divergentes en las relaciones humanas.³²

Ahora bien, la lucha por el control de recursos o de distintos intereses materiales desata polémicas e intrigas, pleitos, apatías, ofensas, competencia, desprecios, descalificaciones, así que la familia se media entre la hostilidad y la armonía, se encuentra pensando en decisiones racionales que de modo genérico se le llama conflicto; donde los motivos determinan sus dimensiones desde una confrontación jurídica, de normas reflejadas en derechos y obligaciones o bien se quedan en una dimensión latente y subjetiva entre los integrantes de la familia, el conflicto pone una serie de vínculos donde es también una lucha de todos contra todos por la incertidumbre de las lealtades que están sujetas a presupuestos racionales.

El divorcio es muy común en la época global contemporánea, las experiencias varían en los acuerdos del reparto y posesión de los bienes, ya que

³² George Simmel, *El conflicto. Sociología del antagonismo*, p. 26.

es un procedimiento que implica la separación y disolución de relaciones familiares y económicas, es un recurso para la ruptura el cual no se reduce a la cancelación del contrato, implica tener en cuenta los antecedentes de incumplimiento del contrato de alguna de las partes tanto de sus derechos como de sus obligaciones.

¿Por qué el divorcio se está convirtiendo en algo tan habitual? Los factores que inciden están asociados con cambios sociales más amplios. Excepto para una proporción muy pequeña de gente rica, hoy en día el matrimonio ya no tiene mucha relación con el deseo de perpetuar la propiedad y el status de generación en generación. a medida que aumenta la independencia económica de las mujeres, el matrimonio ya no es una sociedad económica como solía serlo en el pasado.³³

Otro aspecto que nos parece importante mencionar es que un divorcio trae consigo la ruptura de distintas lealtades, y que determinan en buena medida los alegatos en tribunales, la división de lealtades se pone en juego hacia los grupos familiares; ya que la repartición de bienes adquiere formas dramáticas, violentas y muy pocas veces la ruptura de los lazos familiares es de manera equitativa y pacífica.

La seguridad económica que emerge del matrimonio se sostiene de acuerdos que pueden poner en desventaja a algún integrante, desde la visión moral se sostiene el ideal de la familia nuclear, lo que apela a que el lazo matrimonial es una especie de seguro que protege a la familia, genera “derechos conjuntos de los bienes y las propiedades”, motivo por el cual el divorcio puede significar una desgracia cuando uno de los integrantes se encuentra en desventaja de posibilidades económicas y laborales.

Es importante señalar que también emergen los problemas de custodia de los hijos, la distribución y repartición de los bienes conlleva una carga emocional ya que los cambios relativos al divorcio se contemplan como un episodio vergonzoso que trae consigo exclusiones de ambos lados ya que “el divorcio surge de la decisión, pero puede crear un conflicto adicional entre ambos lados de las líneas familiares. Se rompen acuerdos conyugales

³³ Anthony Giddens, *Sociología*, p. 385.

previos y se destruyen relaciones antes armoniosas entre parientes políticos”,³⁴ finalmente el divorcio como solución implica la pérdida de estatus y goce o posesión de bienes que se generaron durante el periodo de estabilidad del matrimonio, es por ello que en un juicio están dispuestos a argumentar y considerar desde una visión moral el derecho a los bienes que se generaron en el marco del matrimonio, lo que se expresó y materializó en relaciones económicas, por lo que la disolución de un matrimonio revela los acuerdos y posiciones económicas desiguales.

El tema de los bienes de un matrimonio compete a los sistemas jurídicos entendiendo esta dimensión como la forma en la que el Estado administra la justicia mediante las leyes y normativas que lo dotan de herramientas para poder ejercer dicha facultad, sin embargo, los tribunales encargados de administrar la justicia se encuentran saturados de infinitas querellas que evidentemente muestran la necesidad de un entendimiento cultural que explique las formas mediante las cuales familias y la sociedad median sus diferencias, conflictos y por ende repartición de bienes.

En lo que respecta al tema de la lucha legal por los bienes tras un divorcio se relacionan los sistemas normativos que aluden al parentesco, la concepción de las nociones de familia, considerando además el contexto global contemporáneo que ha atravesado la realidad de personas, familias, sociedades y naciones enteras, lo que a su vez trae consigo que las valoraciones, percepciones y por ende los conflictos que conlleva.

De esta manera es importante tener en cuenta que la antropología jurídica es una herramienta importante para el entendimiento de las problemáticas sociales que tienen una expresión jurídica, así como un fuerte entramado sociocultural y económico, esta realidad se expresa en las infinitas y liosas carpetas de investigación que atiborran los tribunales de justicia, una reflexión crítica a este respecto se sitúa desde una dimensión antropológica en referencia a la negación del otro, el tener o creer tener la capacidad de anularlo, la incapacidad que tienen las familias entendidas como sistemas jerárquicos de poder de llevar de manera justa y ordenada sus procesos de herencia hacen que la justicia del Estado tenga que intervenir y por ende resolver dichos conflictos.

³⁴ William Goode, “Una perspectiva sociológica de la disolución conyugal”, p. 279.

IV. Disputas familiares por los bienes entre el derecho moderno y el derecho moral

Si bien un divorcio está regulado por un sistema de derecho, es sometido a las cualidades formales del sistema jurídico que representa una abstracción de la moral de la sociedad, que en términos de Habermas, “el principio de igualdad ante la ley” en las sociedades modernas cualquier contrato social apela a la conveniencia de las partes como iguales y libres; un divorcio en términos sociales y culturales está sancionado moralmente en la mayoría de los casos, veamos:

Sin embargo, no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que las teorías de la justicia ofrecen para explicar cómo enjuiciarse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento habría de garantizar la validez de los resultados obtenidos conforme al procedimiento.³⁵

Las argumentaciones jurídicas tienen la intención de resolver conflictos, el derecho moderno Estatal opera entre lo justo jurídico y lo injusto jurídico; olvidando que, en el mundo de vida de una realidad social, en todos los ámbitos, se generan distintos códigos, sanciones morales, símbolos, signos, imágenes, que en ocasiones no son compatibles con el sistema de derecho, como órgano de regulación y control, Habermas menciona que:

El Estado posibilita, por un lado, la institucionalización de procedimientos de administración de justicia y de imposición del derecho que antecede a, y quedan por encima de, las partes en litigio; por otro lado, el Estado sólo se constituye en forma de una jerarquía de cargos, articulada en términos de derecho, y se legitima a la vez a través de la forma jurídica del ejercicio administrativo de la dominación.³⁶

³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 557.

³⁶ *Ibid.*, p. 139.

La anterior cita nos muestra que las formas particulares de la administración de la justicia comparten una exigencia mutua con el poder político, que demandan pretensiones, expectativas de comportamiento de los sujetos que integran una sociedad.

Si bien el derecho y su relación con las ciencias sociales —incluyendo a la sociología y la antropología— han dado cuenta de complicadas tramas sociales, instituciones, costumbres, formas racionales en el plano de lo empírico, el derecho tiene su papel clave al pensar los mecanismos de integración social, como únicamente regulaciones jurídicas, olvidando que los individuos, personas o sujetos en una sociedad entablan una complicada red de relaciones cosificadas, normativas, y racionales.

En este sentido, al pensar los fenómenos que se derivan de la ley, la legalidad y la ilegalidad, la justicia, un sistema legal no está separado de la sociedad ya que se encuentra encapsulado en un conjunto de costumbres, relaciones racionales, donde la: “jurisprudencia estudia los fenómenos partiendo de la ley deduciéndolos de ésta con el fin de deducir su legalidad o ilegalidad”.³⁷ Sin embargo, es una forma o manera de dar cuenta, de las motivaciones de los miembros de una sociedad es poner a la luz los actos de un sujeto señalados como actos de legitimidad, o legalidad, derecho, justicia o como actos entorno a los que se discuten las leyes.

V. Los tribunales como escenarios del melodrama del divorcio

Cuando se trasladan los conflictos a los tribunales, que espacios donde se imparte justicia, se convierten en los escenarios donde se presencian los melodramas; como mencionamos anteriormente un matrimonio constituye una familia de ahí que cuando se disuelve el matrimonio también se fragmenta la familia, y muchas de esas fragmentaciones constituyen verdaderos dramas o melodramas que se presencian en los espacios tribunales.

El melodrama familiar trasciende a la representación en el cine o en el teatro, se puede presenciar en los tribunales convertidos en escenarios, ahí es donde se pueden encontrar las contradicciones de las representaciones sociales, por ejemplo, la imagen de madre, representada como la mujer sufrida, abnegada, sumisa, comprensible y víctima de una estructura patriarcal;

³⁷ Leif Korsbaek, “La antropología y el estudio de la ley”, p. 54.

teniendo el papel de mujer que intenta despojar de los bienes materiales a su anterior pareja.

Si tomamos como ejemplo el melodrama de algunas películas que pretenden ser ficción, lo que se puede observar en los tribunales que es la realidad no difiere mucho de la puesta en escena, en algunos casos superan y muestran que “hay en el cine figuras típicas, arquetípicas y sobrecogedoramente arquetípicas. Una de ellas es Sara García, quien personifica la maternidad más allá de las edades. Aún hoy, gracias a la vuelta de las películas de televisión, Sara García es la figura totalizadora de una idea de la madre y la abuela. En realidad, en rigor, es la figura de una construcción de la familia chantajista desorbitada y con las precauciones del caso monumental. La madre es el chantaje sentimental que congrega a la familia”,³⁸ esto alude a la dimensión moral que se construye socialmente.

El chantaje sentimental, es el que determina esta etapa y en el que por un lado hace que las películas sean inconcebibles y por el otro les agrega un atractivo enorme para el espectador actual: el ver cómo se cede a él. El chantaje sentimental es compartido y asimilado, no tanto por los espectadores individualizados sino por los diversos núcleos familiares que acuden al cine y que usan las escenas de llanto y dolor como escuelas de comportamiento en momentos climáticos. Se vive en el melodrama para constituirse escénicamente como familia.³⁹

En este sentido la familia y los ideales de hogar van emparentados con un halo de ideas románticas para exaltar las virtudes del matrimonio, estas virtudes no permiten ver los chantajes sentimentales y el interés detrás que se dan al interior de la vida privada, uno es el modelo de felicidad que apela a un imaginario que no nos permite ver la complejidad de la vida familiar, de ahí que Gonzalbo Aizpuru plantea que el concepto de familia del siglo XXI es el de la familia burguesa ordenado por creencias religiosas o por respeto a la ley civil.⁴⁰ sin embargo, la ruptura la plantea de la siguiente manera:

³⁸ Carlos Monsiváis, “¡Ésa no es mi hija! ¡Ésa es una pérdida! El melodrama y la invención de la familia”, p. 606.

³⁹ *Ibid.*, p. 609.

⁴⁰ Pilar Gonzalbo Aizpuru, “La familia y el amor. Estampas de la vida cotidiana en Nueva España”, p. 45.

A lo largo del (sin razón) optimista siglo XX creímos conocer los motivos por los que era común el matrimonio: el amor. Y también sabíamos la causa de ruptura de tantos matrimonios: el amor que se agota, el amor por otra persona, más deseada o con mayor fortuna. El descubrimiento de que lo que llamábamos amor era una ficción en la que hemos dejado de creer. Cuando, ya instalados en el XXI, nuestra vida se volvió más compleja porque quisimos simplificarla mediante la tecnología, también el matrimonio cambió de significado o, en ciertos medios y situaciones, lo perdió por completo.⁴¹

Hasta aquí podríamos señalar que la complejidad de la vida social conlleva a una racionalización de los actos y de los recursos, por lo que la dimensión moral que se expresa en el chantaje, en el ideal del amor somete a las relaciones familiares a escándalos, conflictos, agravando la legitimidad que pueda tener el divorcio ante la familia, ya que este acto jurídico es un acto que implica operaciones racionales por parte de la administración de justicia del Estado.

VI. De amor no se vive: casos etnográficos

A lo largo de este texto se sostiene que un divorcio contiene una dimensión moral, la cual se media a través de una tradición judeocristiana que idealiza el modelo de familia nuclear e invisibiliza la desigualdad que trae consigo el matrimonio y que configura y define a la familia, asimismo, se ha señalado que el divorcio tiene una dimensión racional en la que alguna de las partes tomó la decisión de transitar hacia otro status jurídico que le permite legalmente contraer nuevas nupcias y reclamar sus bienes principalmente, esta realidad conlleva melodramas familiares que define el poder judicial del Estado, a continuación se presentan relatos de vida atravesados por el divorcio, los cuales buscan ejemplificar los argumentos presentados en este artículo.

Los siguientes casos fueron producto de una investigación etnográfica en la que un abogado nos puso en contacto para entrevistarnos con algunos de los involucrados en juicios de divorcio y disolución conyugal, los nombres han sido modificados con el objetivo de mantener el anonimato. La temporalidad de trabajo es del 2010-2024, seguimiento a familias de la zona metropolitana de la CDMX.

⁴¹ *Loc. cit.*

VI.1. Caso etnográfico 1

Guadalupe, María Elena, Gloria y José Alfonso son hermanos, sus padres Epigmenio y Josefina fueron un matrimonio de mediados del siglo XX, la memoria de la vida familiar sacraliza a la madre Josefina, una mujer humilde que dedicó su vida a sus hijos y nietos, el padre Epigmenio fue un hombre que proveía, ellos vivían en el modelo de familia nuclear y literalmente la muerte los separó. *¡De mi madre no puedes decir nada, es una santa!*, es una de las réplicas que surgen ante alguna disputa familiar. Los cuatro hermanos son divorciados y se violentan anhelando la etapa de vida familiar con sus padres, es decir una romantización del modelo de familia nuclear, sin tener el aforo de explicase y comprender su realidad, ni los factores socio-culturales determinaron su divorcio en un momento histórico del siglo XX.

Con el ejemplo etnográfico anterior, podemos dar cuenta de que la romantización de la familia nuclear está basada en un imaginario, con un fuerte contenido moral, lo que construye imaginarios sociales desapegados a aspectos racionales, imposibilitando la comprensión del divorcio como una realidad no contemplada, sugiriendo de esta manera que este hecho se vive en gran parte de la sociedad mexicana, esa falta de entendimiento también se expresa en los tribunales de justicia contribuyendo al conflicto familiar.

VI.2. Caso etnográfico 2

Ruth, Eloy y Lourdes al igual que el caso anterior son tres hermanos que vivieron en el modelo de familia nuclear, muchos años vivieron una ficción, ya que el padre de familia Eloy tuvo una doble vida con otra familia, lo que generó constantes crisis económicas y familiares. Ruth y Eloy (hijos) decidieron vivir bajo el modelo de familia nuclear aún con lo que implicaba, Lourdes se casó en los ochenta, tras poco más de treinta años de matrimonio decidió divorciarse, lo que implicó para ella y su familia un proceso muy violento y traumático con once años de litigio en donde se presentaron lealtades y deslealtades de sus hijos, ya que José el ex-marido solo contó con el apoyo moral y jurídico de uno de sus hijos y Lourdes buscaba un acuerdo de repartición de bienes inequitativo, recurriendo incluso a buscar una demanda penal, finalmente se dio cuenta que no podía tomar ventaja, ya que el proceso judicial sin negociación implicaba un remate judicial bancario de los bienes inmuebles en el que se corría el riesgo de perder el 40% del va-

lor de dichos bienes, de ahí que tomó una decisión racional y acordó el reparto de bienes con su ex-marido, su principal objetivo fue evitar la transmisión de bienes a sus hijos.

En este melodrama familiar se pueden ver representadas las múltiples facetas de la “madre la chantajista”,⁴² la racional, la víctima y la victimaria, señalando que el uso instrumental de su calidad moral de madre y de mujer no tuvo eco para la administración de la justicia del Estado en donde existe una racionalidad de corte jurídico que no da cabida al chantaje.

La dimensión moral no resolvió el conflicto, puesto que, si bien los hijos pueden tomar partido por alguna de las partes, la justicia del Estado sólo puede hacer válidos alegatos jurídicos apartados de la dimensión moral de la familia en donde como se ha señalado a lo largo de este escrito existe un ocultamiento de interés y una racionalidad económica.

VI.3. Caso etnográfico 3

Aída, Berenice, María y Katia son cuatro hermanas, hijas de Camilo y Elena, las primeras tres hermanas se casaron y se divorciaron en condiciones de mucha desigualdad derivada de la cultura patriarcal y machista imperante en la sociedad. Elena la madre siempre juzga a María quien ha buscado rehacer su vida, es profesionista y trabaja. María tiene dos hijas producto de su primer matrimonio, las cuales al igual que Elena su madre y Agustín su ex-marido reclaman que María no se somete al modelo de familia nuclear, ya que decidió rehacer su vida teniendo una nueva pareja e hija, lo cual interpela la visión tradicional dominante. María cuenta que en su experiencia como mujer divorciada y al decidir ella sobre su vida se ha enfrentado a diferentes obstáculos, uno de ellos ha sido la condena moral por parte de la sociedad, de su familia y de su ex-marido. Otro obstáculo ha sido la violencia vicaria⁴³ que ejerce el padre de sus primeras dos hijas, lo que ha dificultado la relación afectiva con María, así como el desarrollo emocional de las niñas.

⁴² La expresión de “madre la chantajista”, víctima o victimaria es una faceta que da cuenta Carlos Monsiváis que muestra actos de chantaje, como una crítica de las expresiones culturales en el cine mexicano y que se reproducen socioculturalmente al interior de las familias.

⁴³ La violencia vicaria, es una forma de violencia de género por la cual los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género son instrumentalizados como objeto para maltratar y ocasionar dolor a sus madres.

En lo que respecta a la repartición de bienes de su matrimonio tras el divorcio, María cuenta que fue muy injusto porque estaban casados por bienes separados y en la vida familiar ella al ser profesionista era quien trabajaba y sostenía económicamente el hogar a base de sus esfuerzos y sacrificios, cuando surge la disputa por los bienes, María cayó en cuenta que Agustín había abusado de su confianza, ya que ella registro los bienes muebles a nombre de él y eso significó que ante una ruptura matrimonial dichos bienes serían reclamados a nombre de él, asimismo, respecto del inmueble en donde residían que era propiedad de la familia de María, Agustín comenzó a cambiar el nombre de los titulares en el recibo de la luz con el objetivo de que tras una separación él pudiera argumentar que el inmueble era de su propiedad, sin haberse involucrado en la compra del mismo.

María nos comentó que cuando comenzó su matrimonio no vio muchas cosas y reconoce que idealizó la idea de familia nuclear, fue hasta que comenzó a vivir violencia psicológica y abuso emocional, así como la desigualdad en los acuerdos económicos, crianza y cuidados parentales que decidió plantearse una nueva vida, agregando que le ha costado mucho ya que ha tenido que sostener ella los gastos judiciales, así como los gastos de la salud mental de ella y de sus hijas.

Con este ejemplo, podemos ilustrar nuestro planteamiento referente al divorcio como una decisión racional que está cuestionada familiar y socialmente por aspectos morales, que en este caso el conflicto involucra el chantaje que se le hace a la madre por parte de las hijas a quienes el padre les ha hecho creer que la decisión de la madre es un daño moral y en este caso la madre apeló a la justicia del Estado para poder interrumpir las relaciones conyugales que implican relaciones económicas desiguales así como diversos tipos de violencia.

Detrás del “daño moral” se encuentra el interés de recuperar lo perdido, ya que la vida conyugal dotó al ex-marido de recursos (alimento, casa, sustento, así como potencialmente ser propietario de bienes inmuebles), al perder el vínculo matrimonial tuvo que asumir una pensión económica para sus dos hijas, el costo de su propia vida y alejarse de la idea de poseer bienes inmuebles por el solo hecho de su *status* de esposo.

Por medio de los anteriores ejemplos etnográficos, intentamos analizar que el matrimonio y su disolución en su dimensión de las formas de posesión de los bienes generan una relación que tiene con las formas de impartición de justi-

cia del Estado. Siendo así que dar cuenta de las rupturas familiares a consecuencia de las disputas por los bienes, en espacios jurídicos. Analizamos el impacto que ha tenido la cultura del reparto de bienes cuando se presenta un divorcio y el papel que juegan las instituciones del Estado, desde la cultura hacia las formas de impartición de justicia del Estado respecto a la herencia.

VII. Conclusiones

Podemos sostener que un divorcio tiene dos dimensiones una moral y otra racional, es decir la coexistencia de estas nos indica que en los tribunales familiares se apela a una dimensión: la racionalidad jurídica y al interior de las familias se apela a la capacidad moral que oculta los intereses y racionalidad económica de los miembros, señalando que la repartición de bienes es el punto culminante y más álgido de la relación conyugal.

A lo largo de este texto intentamos mostrar que el divorcio implica un conflicto que surge en el mundo privado y al ser trasladado a los tribunales se convierte en un asunto público, el mismo hecho de trasladarse a la vida pública anula los juicios sentimentales y toda dimensión moral considerando entonces que todos los asuntos públicos tienen una racionalidad jurídica.

Es importante destacar que el divorcio implica un conflicto que rebasa a la pareja involucrando otros actores; familiares, hijos, hermanos, padres, cuñados, suegros, primos, puesto que las relaciones son convergentes según las lealtades y los cálculos racionales y económicos de los involucrados.

Finalmente, todas las emociones y sentimientos que se generaron en el divorcio se terminan racionalizando cuando se acude a instancias jurídicas, ya que son sometidas a una racionalidad practicable que tiene que ver con las resoluciones jurídicas y su practicidad en la vida cotidiana, considerando la emancipación emocional y jurídica, así como el arrepentimiento.

El Estado entendido como la entidad de poder que administra la vida pública y privada necesita impartir justicia, de este modo consideramos que el análisis antropológico de los divorcios y de la disolución de la sociedad conyugal provee de herramientas de las ciencias sociales y de la etnografía que permiten apreciar otras dimensiones para que la impartición de justicia cumpla con sus criterios de equidad.

El aporte de este escrito en términos de investigación es el análisis de la dimensión moral que, en países como México, con una tradición cultural de corte judeocristiana los sujetos ocultan intereses en los que se busca la permanencia de acuerdos desiguales desde valoraciones morales como lo son el género, las valoraciones afectivas entre los miembros, la desigual distribución de recursos que coexisten en una familia.

El modelo de familia nuclear coexiste con otros tipos de familia que se plantean en la vinculación de relaciones que no implican necesariamente la consanguinidad, entender esta realidad es un gran reto para la sociedad mexicana, pues la época global contemporánea nos ha sumergido en prácticas de vida en las que la familia se ha transformado; el reconocer estas formas permitiría un mayor entendimiento de la propia realidad en la que se median los conflictos y las disputas familiares por bienes y recursos.

Es importante mencionar los puntos de encuentro que tiene la antropología con el derecho, sosteniendo que las dimensiones racional y moral de las personas están ligadas a la cultura a valoraciones que tienen que ver con las significaciones que las sociedades dan a las personas en función de diferentes elementos tales como el género, la clase social, principalmente, sin embargo, el derecho tiene la función de impartir justicia, la disolución de la sociedad conyugal, tiene que apearse a los criterios contenidos en la ley, la cual sustenta la función del Estado en la sociedad.

De esta manera los criterios y valoraciones morales si bien pueden transitar hacia alegatos jurídicos no deberían ser considerados como argumentos válidos, ya que el derecho tiene que buscar celebrar los procesos de administración de la justicia en los conflictos desde criterios de imparcialidad, pues es una realidad que transitar hacia una vida social basada en instituciones jurídicas que impartan justicia implica apelar a la igualdad ante la ley lo que nos aparta de criterios morales que pueden ser la condena de muchas personas.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Anderson, Michael. *Sociología de la familia*. México, FCE, 1980.
- Esteinou, Rosario. *La familia nuclear en México: lecturas de su modernidad*. Siglos XVI al XX. CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, 2008.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad. Vol. I. La voluntad de saber*. Siglo veintiuno editores, 2009.
- Fox, Robin. *Sistemas de Parentesco y Matrimonio*. Alianza, Madrid, 1972.
- Giddens, Anthony. *Sociología*. Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- Goode, William. “Una perspectiva sociológica de la disolución conyugal”. *Sociología de la familia*, Michael Anderson, México, FCE, 1980.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid. Editorial Trotta, 2000.
- Horkheimer, Max. “Autoridad y familia”. *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
- Leach, Edmund. *Replanteamiento de la Antropología*. Barcelona, Editorial Seix Barral, 1971.
- Lévi-Strauss. “El campo de la antropología”. *Antropología Estructural*, México, Siglo XXI editores, 2008, pp. 9–36.
- Lévi-Strauss. *Las estructuras elementales del parentesco*. Buenos Aires, Paidós, 1969.
- Linton, Ralp. “La familia, el matrimonio, estatus y función”. *Estudio del hombre*. México, FCE, 1972.
- Mair, Lucy. *Introducción a la antropología social*. Madrid, Alianza editorial, 1973.
- McLenan, John Ferguson. *El matrimonio primitivo*. México, CIESAS, UAM, Universidad Iberoamericana, 20150.
- Meillassoux, Claude. *Mujeres, graneros y capitales*. México, Siglo veintiuno editores. 1977.
- Morgan, L. H. “Desenvolvimiento del concepto de propiedad”. *Antropología y economía*, México, Editorial Anagrama, 1976.
- Monsiváis, Carlos. “¡Ésa no es mi hija! ¡Ésa es una pérdida! El melodrama y la invención de la familia”. *Familia y tradición. Herencias tangibles e intangibles*, Nora Edith Jiménez Hernández (edit.), Vol. II, Zamora Mich. Colegio de Michoacán, 2010.
- Rescher, Nicholas. *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y justificación de la razón*. Madrid, Técnos, 1993.
- Simmel, George. *El conflicto. Sociología del antagonismo*. Madrid, Sequitur, 2010.

Hemerográficas

- Gonzalbo Aizpuru, Pilar. “La familia y el amor. Estampas de la vida cotidiana en Nueva España”. *Relatos e Historias en México*. Año XVI, Núm. 187, 2024, pp. 40–67.

- Korsbaek, Leif. "El estudio del parentesco en la escuela de Manchester". *Antropología Americana*, Vol. 4, Núm. 7, 30 septiembre 2019, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, pp. 61-80.
- Korsbaek, Leif. "La antropología y el estudio de la ley". *Ciencia ergo-sum*, Vol. 9, Núm.1, marzo-junio 2002, México, UAEM, pp. 50-61.
- Korsbaek, Leif. "La Escuela de Manchester y el estudio del derecho". *Alegatos*, Núm. 91, septiembre-diciembre 2015, México, UAM-A., pp. 537-562.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reitera su vocación conservadora

Juan Antonio Castillo López*

Resumen:

Como sociedad, hemos sido testigos de las imputaciones que se han proferido los representantes de los poderes ejecutivo y judicial. El presidente Andrés Manuel López Obrador, atribuye a la Corte el actuar de manera facciosa porque se ha empeñado en entorpecer la transformación del país, oponiéndose a la aceptación de las leyes que se ha propuesto para tal efecto. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cree que por ser garante de la Constitución, funge como contrapeso de los poderes instituidos para impedir la instauración del autoritarismo en el país. Lo cierto, es que la Corte maneja un doble discurso ya que, desde hace varias décadas, ha estado al servicio de los anteriores regímenes conservadores.

Abstract:

As a society, we have witnessed the accusations made by the representatives of the executive and judicial branches. President Andrés Manuel López Obrador attributes the Court to act in a factious manner because it has insisted on hindering the transformation of the country, opposing the acceptance of the laws that have been proposed for this purpose. For its part, the Supreme Court of Justice of the Nation believes that as guarantor of the Constitution, it acts as a counterweight to the powers instituted to prevent the establishment of authoritarianism in the country. The truth is that the Court handles a double discourse since, for several decades, it has been at the service of the previous conservative regimes.

Sumario: Introducción / I. La postura insolente de la Corte / II. La grave violación de garantías individuales / III. Facultad jurisdiccional. Inconstitucionalidad de una Ley / IV. Inejecución de la sentencia concesoria de amparo / V. Repetición del acto reclamado / VI. Ausencia de los principios de independencia e imparcialidad en los juzgadores / VII. Conclusión / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A., miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (SNII).

Introducción

En mayo de 2023, algunos medios de comunicación criticaron las opiniones que el presidente Andrés Manuel López Obrador realizó al poder judicial, al afirmar que actuó de manera facciosa por haber obstaculizado el plan B que ya estaba debidamente legislado, denunciando que su proceder se perpetró con la intención de seguir privilegiando a una minoría rapaz y conservadora que se distinguió por saquear al país. Al respecto se hicieron escuchar voces de periodistas que exigían no se tocara a la Corte por ser orgullo nacional y que se le dejara de criticar con denuestos desproporcionados e injustos, otros solicitaban se llevara inmediatamente al presidente a juicio político para ser destituido, y hasta se realizaron marchas advirtiendo que sin Corte no habría país.

Dos posturas se derivan de esta polémica, la primera, que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ser garante de la Constitución y como contrapeso de los otros poderes instituidos evitar que se acepten leyes que la contraríen para impedir el establecimiento del autoritarismo en el país. La segunda, proveniente del presidente López Obrador, al imputar a la Corte que se encuentra al servicio de una minoría conservadora y corrupta que se ha encargado de obstaculizar la transformación del país oponiéndose a la aceptación y aplicación de los instrumentos legales ya legislados, tal es el caso de la Ley de Austeridad Republicana, de la Guardia Nacional, Ley de Presupuesto y la de Remuneraciones, entre otras.

Para demostrar la veracidad de alguna de estas versiones, efectuamos un recuento de algunas de las actuaciones trascendentes de la Corte que emitió en la investigación no judicial, sino administrativa, de lo que se conocía como la grave violación de garantías individuales, tanto en los comicios presidenciales del 2 de julio de 2006, y en los casos del Paraje San Juan, Atenco, Guardería ABC, y Lydia Cacho. En el aspecto judicial, por lo que concierne a la inconstitucionalidad de una Ley, a la inejecución de la sentencia de amparo y a la repetición del acto reclamado, para establecer si efectivamente procuró actuar en justicia para quienes, en su momento, solicitaron de su participación como protectora de la Constitución, y que, de haberlo realizado, podríamos entender que ahora en su función de continuar fungiendo como contrapeso de los poderes legislativo y ejecutivo, se ha negado en aceptar varias leyes ya legisladas.

Del estudio realizado, ninguno de los casos de la grave violación de garantías individuales prosperó, algunos de estos fueron desechados por notoriamente improcedentes, en otros se determinó que efectivamente sí existió violación de garantías, pero se exoneró de toda responsabilidad a los altos funcionarios involucrados por falta de pruebas, y sólo la concibió para los de bajo perfil y policías participantes. Pero cuando la investigación realmente fijaba la responsabilidad de los funcionarios de las altas esferas, y se esperaba que se actuaría en consecuencia, al presentarse el dictamen ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se sabía que sería desaprobado por ser del conocimiento público que en el juego concertado de las votaciones así se estilaba, y se nombrara a otro ministro para efectuar un nuevo dictamen apegado a las exigencias gubernamentales para evitar que se fincara cualquier tipo de responsabilidad en contra de sus similares. Por ello, en más de una ocasión el actuar de la Corte fue fuertemente criticado por personalidades del entorno político, jurídico, académico y social con denuestos aún más crudos que las afirmaciones hechas por el presidente de la República.

En el aspecto jurisdiccional, también encontramos determinaciones de la Corte que se apartaban de la letra de la propia Constitución Federal al negar la posibilidad que tenían los jueces de los estados para declarar la inconstitucionalidad de una ley con fundamento en el artículo 133, que por una disposición de carácter jurisprudencial no les deba competencia para calificar la inconstitucionalidad de los actos de otros poderes, Y por lo que respecta a la inejecución de la sentencia y la repetición del acto reclamado, la Corte, aprovechando su competencia para crear acuerdos plenarios, emitió el Acuerdo 10/2013 creando un nuevo procedimiento en claro detrimento de lo ordenado sobre el particular por la fracción XVI del artículo 107 constitucional y artículo 198, cuarto párrafo de la Ley de Amparo, que precisaban que a la brevedad posible la Corte separara de su cargo a las autoridades responsables.

Sólo que esto no lo iba a permitir la Corte, a sabiendas que no se trataba de una simple separación del cargo de las autoridades responsables, sino que las consecuencias serían aplicar otro tipo de sanciones equivalentes a una pena de prisión de 5 a 10 años, multa de 100 a 1000 días y destitución e inhabilitación de 5 a 10 años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión de carácter público, por eso se entiende que, para proteger a los que siempre han servido, diseñaron un nuevo procedimiento grotesco, completo y hasta inconstitucional.

I. La postura inadmisibile de la Corte

En el mes de mayo de 2023 algunos medios de comunicación, con cierta indignación, criticaron las aseveraciones que el presidente de la República Licenciado Andrés Manuel López Obrador, efectuó en su acostumbrada conferencia de la mañanera en torno al desechamiento del denominado plan B, afirmando que el poder judicial no tenía remedio, que estaba podrido y que actuaba de una manera facciosa por haberse instituido como un Supremo Poder Conservador, cuya finalidad es el de obstaculizar la transformación del país oponiéndose a la aplicación de los instrumentos legales que presentó como iniciativas, para posteriormente, ser aceptadas por el poder legislativo. Sorprendido, aseveró que la Corte no podía componerle la plana al poder Legislativo, pues era evidente que su intención es seguir tutelando los privilegios y la corrupción de regímenes anteriores, que representan una minoría rapaz que ha saqueado al país.¹

Estos periodistas, al servicio de sus patrones y no por convicción, se atrevieron a manifestar, a ojos cerrados, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se toca por ser orgullo nacional, sin tener el mínimo conocimiento de lo que realmente representa, o sabiéndolo utilizan su espacio publicitario para mal informar y confundir a la ciudadanía, adhiriéndose a políticas golpistas del más bajo nivel. Sin importarles que el presidente sólo estaba dando una respuesta puntual a la actitud de la Corte que se ha empeñado en minimizar, desaprobando y desechar los instrumentos legales que como mandatario ha instaurado en su proyecto de nación,² calificándolo como un atacante feroz del poder judicial que emite críticas infundadas con una actitud despótica y veredictos desproporcionados, injustos e insultantes, hasta haber llegado a estigmatizar a los ministros de la Corte como corruptos. Con evidente molestia,

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “El Poder Judicial está podrido: AMLO. Enviará reforma para que ministros sean votados”.

² Tan solo en 2022, algunos medios escritos de comunicación hicieron un recuento de las leyes y reformas que la Corte resolvió, entre estas: la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública en donde invalidó la reserva automática de información de las bases de datos del Sistema Nacional de Información. Otras fueron la Ley Nacional del Uso de la Fuerza en la que eliminaron el nivel de fuerza epiletal. Ley General de Educación que invalidó lo relativo a la educación indígena y para personas con discapacidad por falta de consulta popular. Otras se expusieron en el comunicado de prensa 222/2023 de fecha 22 de junio de 2023 de la SCJN en el que invalidó la segunda parte del paquete de reformas político-electoral 2022-2023 por violaciones al procedimiento legislativo, *loc. cit.*

expusieron que el presidente había despoticado, que estaba furibundo y que ya era conocida su verborrea cotidiana.³

Otros, a grito abierto, señalaron que el mandatario con estas opiniones había incurrido en desacato y que además estaba resquebrajando a su gobierno por atacar a la Corte, instando que de manera inmediata se le llevara a juicio político para destituirlo. Con manifestaciones insultantes se han referido al presidente como el “señor López”, y le imputaron que no ha sabido respetar la ley, que es un traidor a las instituciones, manipulador de encuestas, y que no es más que una falacia con criterios estúpidos, llamándolo tonto y hasta presidente espurio.⁴

Estos grupos conservadores no sólo utilizan a los medios de comunicación que los contratan y representan, sino que se sirven de personas con los que pactan una ddiva económica para protestar y expresar con encono de lo que ni siquiera conocen, únicamente se presentan en contingentes para adquirir un pago, porque a fuerza de decir verdad son los que también acompañan a los abuelos o los progenitores a cobrar las pensiones de adultos mayores, las becas de educación de sus hijos, a los que se les han aumentado sus salarios, son los que han pedido apoyos alimentario, alimentario complementario, para útiles escolares, para vivienda de bienestar y otras más. Incluso, muchos fueron incitados para unirse a marchas virtuales en defensa de la Corte, aduciendo que sin ésta no hay país, ¡no podemos ser indiferentes a la destrucción de las instituciones! Advertían.

Bajo este marco de referencia vale la pena hacer un recuento sobre algunas de las actuaciones trascendentes de la Suprema Corte suscitadas en la vida nacional que en su momento dejamos debidamente apuntadas respecto de los comicios presidenciales del 2 de julio de 2006, del Paraje San Juan, del caso Atenco, de la Guardería ABC, y del caso Lydia Cacho,⁵ así por lo que respecta en la inejecución de la sentencia de amparo y la repetición del acto reclamado, para establecer si efectivamente ha impartido justicia para quienes han solicitado de su participación como garante de la Constitución, y que, en su función de seguir fungiendo como contrapeso de los poderes legislativo y

³ Ricardo Rocha, “La Corte no se toca... es orgullo nacional”.

⁴ Rafael Loret de Mola, “Desacato y destitución de AMLO. 10-11 mayo 2023”.

⁵ Juan A. Castillo López, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como instrumento que validó grave violación de garantías individuales. Caso Lydia Cacho. La perversa maniobra que destruyó un imperativo constitucional*, pp. 58-81.

ejecutivo, ahora se ha negado en aceptar varias leyes ya aprobadas para evitar se implemente el “autoritarismo” en México. O en su defecto, establecer que el presidente de la República no los insulta al nombrarlos protectores legales de grupos rapaces y corruptos a quienes han servido por décadas.

II. La grave violación de garantías individuales

Empecemos por lo que, antes de ser erradicada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se conocía como **la grave violación de garantías individuales** cuyo fundamento legal se localizaba en el segundo párrafo del artículo 97, al facultar a la Suprema Corte para realizar dicha investigación:

Art. 97...

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual (...).

Su concepción la establecía un criterio jurisprudencial sobre aquellos hechos generalizados consecuentes a un estado de cosas que acontecían en una entidad o región determinados, y su indagación tenía lugar cuando ocurrían acontecimientos que debiendo ser afrontados y resueltos por las autoridades constituidas con estricto apego al principio de legalidad, estos sucesos no se lograban controlar por la actitud de la propia autoridad, produciéndose violaciones a los derechos fundamentales de los individuos. Por consiguiente, la grave violación de garantías individuales se actualizaba cuando la sociedad no se sintiera con seguridad material, social, política o jurídica.⁶

⁶ Solicitud 3/96, Petición del presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Federal, 23 de abril de 1996, Unanimidad de once votos, Tesis No. LXXXVI/96. 200111.

Y en el párrafo tercero de este numeral constitucional, también se facultó a la Corte para investigar la grave violación de garantías individuales por la violación al voto público. Así se encontraba redactado:

Art. 97...

...

La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.

II.1. Comicios presidenciales del 2 de julio de 2006

En estos comicios presidenciales se observó la realización de un fraude electoral, motivo por el cual se pidió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuviera a bien investigar sobre la grave violación de garantías individuales. Fue el ministro Mariano Azuela Güitrón quien se negó a ejercerla al manifestar que esa facultad se reservaba en forma exclusiva para la Suprema Corte y no procedía a petición de parte ya que se carecería de legitimación para solicitarla. Consecuentemente, y aun cuando la Constitución le otorgaba la facultad de actuar de oficio, emitió en los estrados de la Suprema Corte de Justicia, el acuerdo 1450/2006 en el que desechó la petición por notoriamente improcedente.⁷ Incluso, se le imputó haber sido el mediador entre el Expresidente Vicente Fox y los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para que Felipe Calderón fuera declarado presidente de la República.

Y sobre el artículo 97 constitucional, debido a que la grave violación de garantías individuales no estaba debidamente reglamentada por no existir ningún procedimiento en que se apoyara la investigación, de qué manera se recabarían las pruebas, cuáles serían los términos para su ofrecimiento, cuál el procedimiento para su desahogo y la manera adecuada para alegar o producir conclusiones, porque no haría las veces de una averiguación previa,

⁷ Jesús Aranda, "Se aferra Azuela a impedir que la Corte indague fraude electoral".

expuso que era obsoleto, anacrónico, que estaba redactado con los pies y que no servía para nada, aconsejando su derogación. Ante esta situación, Porfirio Muñoz Ledo expresó su molestia y arremetió en su contra atribuyéndole que por su culpa el Poder Judicial abdicara como poder del Estado al actuar por consigna:

Mariano tiene la ejecutoría más vergonzosa de la historia del Poder Judicial. No ocurrió ni en la época de Porfirio Díaz, porque se cubrían las formas. Él no las cubrió. Fue a la casa de Vicente Fox, con Creel, a ofrecerle su apoyo y nunca lo ha negado (...) Con esa actitud y sus invariables votos a favor del ejecutivo, Azuela hizo que el Poder Judicial abdicara como poder del Estado. Y al final logró alinear a la mayoría en la corte, como se manifestó en la votación de ocho a dos cuando el jueves 7, el pleno de ministros decidió no investigar las denuncias de violación al voto público (...) Humilló al Poder Judicial. No tiene autoridad moral ni política porque actúa por consigna (...).⁸

II.2. Paraje San Juan

Este predio supuestamente fue adquirido por Fernando Arcipreste en 1947 a través de un contrato de compraventa, predio que dejó en herencia a su hijo Arturo Arcipreste que también hizo lo mismo otorgándolo a Enrique Arcipreste del Ábrego, con la peculiaridad de que el contrato inicial nunca se pudo haber celebrado porque el aparente comprador falleció en 1940, es decir, se realizó siete años después de su deceso. Aun así, con este contrato apócrifo se le reconoció judicialmente la propiedad del Paraje San Juan a Enrique Arcipreste del Ábrego, lo que motivó que exigiera la indemnización correspondiente por haber sido expropiado el 24 de mayo de 1989, de esta manera y seguidos que fueron los trámites legales, mediante sentencia ejecutoria se determinó como pago de la indemnización la cantidad de mil ochocientos diez millones de pesos que debía de cubrir el Gobierno del Distrito Federal.

Fue precisamente el Licenciado Andrés Manuel López Obrador, en su calidad de Jefe de Gobierno, que se negó a cubrir la cuantiosa indemnización y solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación procediera a realizar la investigación sobre la grave violación de garantías individuales, al haberse

⁸ Jorge Carrasco Araizaga, “Sumisión a Fox”, p. 30.

detectado una serie de irregularidades que de ninguna manera pudieron pasar desapercibidas por las autoridades administrativa y jurisdiccionales, que en su momento conocieron de este asunto sin que se percibieran actos de corrupción, falsificación y alteración de documentos.

Las irregularidades se hicieron consistir en que el contrato de compraventa se registró ante un Juez de Paz; que se describía en el documento la superficie del predio en hectáreas cuadradas; que se falsificó la firma del funcionario que tenía que avalar ese documento y que se desprendió la hoja del libro del Registro Público donde estaba inscrito el contrato. Finalmente, la solicitud del Licenciado López Obrador fue declarada como improcedente por el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo y posteriormente por el ministro Mariano Azuela, por la simple y sencilla razón de que el solicitante no tenía la calidad de Gobernador,⁹ y por consiguiente no estaba legitimado para hacer tal petición. Consecuentemente, todo apuntaba a que se tenía que cumplir con el pago de la indemnización.¹⁰

II.3. Atenco

En los días del 3 y 4 de mayo de 2006, debido a un operativo para reubicar a los vendedores ambulantes de flores, se suscitaron en Texcoco y San Salvador Atenco la detención de más de doscientas personas de entre ellas cincuenta mujeres, de las cuales treinta fueron abusadas sexualmente, dos homicidios, lesiones, cateos ilegales, y detenciones arbitrarias. Y tuvieron que pasar aproximadamente tres años para que el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo elaborara su dictamen en torno a la grave violación de garantías individuales, en el que llegó a la conclusión de que efectivamente existieron graves violaciones.

Fue la Comisión Nacional de Derechos Humanos, quien señaló en su recomendación 2006/0038, que en el operativo se cometieron varios hechos violatorios, como lo fueron: detenciones arbitrarias, trato cruel, inhumano

⁹ En términos del artículo 97, segundo párrafo de la Constitución Federal se indicaba que las únicas autoridades que estaban legitimadas para solicitar la investigación sobre la grave violación de garantías individuales eran: el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el Gobernador de algún Estado y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁰ Fue en ejecución de sentencia que se tuvo que efectuar otro avalúo porque con el que se contaba en autos se estableció comercialmente y la ejecutoria precisaba que sería con el valor catastral, por lo que se cubrió únicamente la cantidad de 60 millones 481 mil 112 pesos, lo que aún es indignante porque con esto se demuestra que finalmente sí existió fraude.

o degradante, lesiones, allanamiento de morada, retención ilegal, incomunicación, tortura, transgresión a la libertad sexual mediante abuso y violación, derecho a la vida, a los derechos de los menores, a la legalidad y seguridad jurídica. Sin embargo, al momento de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos implicados, sostuvo, por lo que hace al derecho a la vida de dos jóvenes que la perdieron, que los elementos de prueba recabados no le permitieron imputar a nadie esos eventos.

Respecto de los restantes derechos violentados que sí quedaron comprobados por los golpes, patadas, vejaciones, cateos domiciliarios injustificados bajo el argumento de flagrancia, los imputó a funcionarios de bajo nivel y a policías que ejecutaron esos actos. Y como era de esperarse, exoneró de cualquier responsabilidad a las autoridades y funcionarios de las altas esferas políticas involucradas por falta de pruebas y en aplicación estricta del principio de presunción de inocencia, de entre estos, al gobernador del Estado de México, Enrique Peña Nieto; al titular de la Procuraduría General de la República Eduardo Medina Mora; a Miguel Ángel Yunes, Humberto Benítez Treviño, Abel Villacaña, Wilfrido Robledo y Genaro García Luna.

Y sin que nadie hubiese solicitado absolutamente nada más que la investigación sobre la grave violación de garantías individuales, el presidente saliente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo Ortiz Mayagoitía, quiso justificar la determinación acordada manifestando con una actitud mesurada e indulgente, que en atención de que el principal móvil en la investigación lo constituyó la falta de reglamentación que normara el uso de la fuerza pública por parte del Estado, se pronunció para que se aplicaran en lo futuro medidas administrativas y políticas públicas para que los principios constitucionales de legalidad, eficacia, profesionalismo y honradez que emanan del 21 constitucional, tengan vida práctica y redundaran en beneficio de nuestro Estado democrático y de derecho. Así lo expreso:

Se han establecido referentes y criterios para el uso de la fuerza pública, que deben ser útiles para la autoridad y también para la sociedad; no se trata de una sentencia ni de una determinación obligatoria que resulte vinculante para ninguna instancia pública... Tampoco se pretende explicar la forma de hacer una intervención policiaca; son más bien, criterios y orientaciones desde y para el Estado mexicano, que cada órgano puede asumir de acuerdo a sus propias competen-

cias y responsabilidades (...) la intervención del Estado es un deber que mucho tiene que ver con la salvaguarda del estado constitucional; se están procurando condiciones de certeza jurídica de supremacía constitucional y de homologación de criterios para que el uso de la fuerza pública encuentre el respaldo y el fundamento que la legitima, y a fin de que la sociedad cuente con los límites y referentes que garantizan su protección en contra de abusos y excesos que bajo ninguna circunstancia son admisibles.¹¹

II.4. Guardería ABC

Con una votación mayoritaria de 8 ministros, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió no aprobar el proyecto del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en el que planteaba la grave violación de garantías individuales en relación al incendio de la guardería ABC, subrogada por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), en donde perecieron 49 niños y 104 quedaron con lesiones irreversibles ocurrido el 5 de junio de 2009 en Hermosillo, Sonora. En su Proyecto el ministro Arturo Zaldívar estableció la grave violación de garantías individuales en contra de 14 funcionarios del IMSS, autoridades del gobierno del Estado de Sonora y autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo, Sonora, al haber sido afectados los derechos: del niño y su interés superior; protección de la vida e integridad física; seguridad social; salud e igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Sin embargo, a ninguno de ellos se les imputó responsabilidad alguna, lo que era de esperarse debido a que ese dictamen iba a ser desaprobadado por el Pleno de la Corte, debido a que ya era del conocimiento público que en el juego concertado de las votaciones así se estilaba, para que fuera otro ministro quien realizara un dictamen más apegado a las exigencias gubernamentales para evitar que se fincara cualquier tipo de responsabilidad en contra de sus similares. Esto motivó que dos sociedades civiles denominadas “Grupo fuerza y conciencia ciudadanas” y “Los Niños de Sonora También son Nuestro Hijos”, les hicieran llegar una misiva abierta a los miembros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde les reprocharon estar al

¹¹ Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, “Resolución sobre caso Atenco debe mejorar condiciones de seguridad y convivencia”.

servicio del poder, y les exigieron que renunciaran, que no estorbaran más y dejaran su circo y teatro de simulación de justicia. La misiva abierta exponía:

Carta abierta a los ministros de la Suprema Corte sobre caso ABC.

Esperábamos —con mucha esperanza— que ustedes, señoras y señores ministros, hicieran caso de la exigencia de justicia que todo el pueblo de México le hace respecto al caso ABC.

Les exigimos que tengan el valor civil —ya que autoridad moral, como lo dejó muy claro Guillermo Ortiz Mayagoitia, no la tienen— y den un fallo que asegure justicia para los padres de familia afectados y a los más de 80 bebés con la herida en carne viva.

Nos sentimos víctimas de la burla y observamos que nos enfrentamos a personas absolutamente insensibles ante el dolor y la injusticia e incluso, incompetentes. ¿Acaso tenemos que recordarles sus clases de Derecho Constitucional, específicamente que nuestra Constitución Política, en el artículo 123, fracción XXIX establece el derecho a una guardería segura para las madres trabajadoras en México?

Dejen ya de simular que les interesa la justicia en este país, y reconozcan que los ciudadanos mexicanos, nosotros, los de a pie, no somos de su interés por que, como se ha visto, una entrevista con Molinar Horcasitas o Eduardo Bours tiene mucho más peso en su cobarde conciencia que el grito desesperado de un pueblo lacerado por ustedes mismos y sus irresponsables decisiones “legalistas”, demostrando con ello que, al estar al servicio del poder, son ustedes mismos cómplices en este infanticidio.

¿Cuál es su precio, señoras y señores ministros?, lo que eroga el IMSS por la subrogación de guarderías, cantidad que entrega a particulares. En el fondo es lo que la SCJN defiende, es la bolsa, es lo económico y no la justicia, es el criminal sistema de subrogación de guarderías y otros servicios, el sistema que asesinó a los 49 bebés de la guardería ABC y dejó con daños irreversibles a más de 80.

No es una cantidad despreciable para los empresarios y políticos voraces que se hacen ricos a costa de nuestro trabajo... pero con veinte mil millones no podrán comprar una conciencia tranquila, y mucho menos la vida de uno solo de esos bebés.

Les exigimos que tras su fallo renuncien, que no estorben más y dejen su circo y teatro de simulación de justicia.¹²

II.5. Caso Lydia Cacho

El día veintidós de febrero del año dos mil seis, las Cámaras del Congreso de la Unión solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fundamento en el numeral 97, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ejercer su facultad de investigación para determinar si los actos realizados en perjuicio de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, constituían grave violación de las garantías individuales y en donde se encontraban involucrados el gobernador constitucional del estado de Puebla, la procuradora general de justicia de dicha entidad y la juez que conoció de la causa.

Los hechos que invocó la Cámara de Diputados los hizo consistir en la ilegal detención de Lydia Cacho Ribeiro, por una querrela que interpuso en su contra un empresario de la industria textil de nombre José Kamel Nacif Borge, por el delito no grave de calumnias que se difundió a través de los medios de comunicación. Haciendo alusión que las personas involucradas habían captado la atención de la opinión pública nacional, y en el caso de las personas públicas, entre estos el gobernador Mario Marín; la ministerio público, el director de la Policía Judicial, la juez Quinto de lo Penal, el director de comunicación social, la Procuradora General de Justicia y el presidente del Tribunal Superior de Justicia todos del estado de Puebla. Así como el procurador, el director de la Policía Judicial y el presidente del Tribunal Superior de Justicia del estado de Quintana Roo, generaron desconfianza en la impartición de justicia al no observar lo establecido en la Constitución y las leyes secundarias que emanan de ella. Por lo que resaltó:

Lo anterior ha originado en los gobernados temor, desconfianza, falta de credibilidad hacia el Estado, hacia la libertad de expresión y hacia la imparcial impartición de justicia, la opinión general de los gobernados es que se ha creado una red de opulencia en el poder que pueden hacer y deshacer a su libre albedrío, violentando flagrantemente los derechos subjetivos de los gobernados oponibles a las

¹² Agencia de Noticias Independiente, “Exigen a los ministros de la SCJN que renuncien”.

autoridades, que los servidores públicos a quienes la propia Constitución les impone el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes que emanan de la misma, con una sola llamada telefónica deciden como deben y en qué medida deben aplicarse las leyes a conveniencia de la gente con poder económico.

En tal virtud, es evidente que los hechos no afectan solamente a la periodista Lydia Cacho Ribeiro, si no que han afectado a los gobernados en su conjunto pues pareciera ser que las instituciones encargadas de la procuración de justicia se encuentran sometidas a los intereses de la delincuencia organizada y como consecuencia de lo anterior, la sociedad no se encuentra en seguridad material, social, política y jurídica, pues las propias autoridades que deben proteger a la población que gobiernan, son las que producen o propician los actos violentos y frente al desorden generalizado, las autoridades han sido omisas, negligentes o impotentes para encauzar las relaciones pacíficas de la comunidad, más bien demuestran ser indiferentes en obtener el respeto a las garantías individuales.¹³

El 13 de marzo de 2006, fue turnando el asunto para su conocimiento al ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitía, y mediante sesión de fecha 18 de abril de 2006 presentó su dictamen al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyos puntos resolutivos planteó, dada la costumbre y así de sencillo, no ejercer la facultad de investigación prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, al exponer:

PRIMERO. No es procedente ejercer la facultad de investigación prevista en el segundo párrafo del artículo 97, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de los hechos relacionados con la detención y procesamiento de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales del Estado de Puebla, con motivo del proceso penal 345/2005, seguido en su contra por los delitos de difamación y calumnia.

¹³ Cámara de Diputados, Petición a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ejerciera su facultad de investigación en términos del artículo 97 constitucional.

SEGUNDO. Notifíquese a las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión.¹⁴

Sólo que el proyecto de resolución fue desechado en la misma sesión plenaria ordenando su admisión a trámite, encomendando el engrose respectivo al ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por asumir que los hechos motivo de investigación sí eran presuntivamente de orden grave, ya que sería muy peligroso que el gobernador de Puebla interviniera en las decisiones del poder judicial y que este operara bajo consignas, lo que sería inaceptable en un Estado democrático. Así se indicó:

Sería grave que el Gobernador de un Estado interviniera en las decisiones de un poder judicial que debe ser independiente o de la procuraduría de justicia del Estado, que a pesar de la intervención del Gobernador en el nombramiento de su titular recibe sus facultades directamente de la Constitución; sería grave que el gobierno de una entidad federal operara con procuradores y juzgadores “bajo consignas” personales, o que actuaran bajo la negociación de intereses económicos particulares, o bajo el influjo del gobernador en turno o que las autoridades ejecutoras de las decisiones judiciales dieran tratos específicos, a pedir del Gobernador, porque todo ello atentaría severamente a la vigencia del estado de derecho, afectación que no se agotaría en la persona de la periodista detenida.

Serían estos actos que no es posible tolerar en un estado democrático, porque resultaría inaceptable que un funcionario que ha protestado cumplir la Constitución y las leyes se comportara como si la ley se materializara en su persona.¹⁵

Mediante acuerdo del tres de julio del 2006, el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mariano Azuela Güitrón, tuvo por recibido el informe rendido y determinó remitir el sumario para su estudio ahora al ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, quien fue designado como ponente para que diera cuenta con el proyecto respectivo al Tribunal Pleno. Al calificar las conclusiones del informe de la Comisión Investigadora,

¹⁴ Resolución del ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, en sesión de fecha 18 de abril de 2006, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁵ Sesión Plenaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 13 de marzo de 2006.

sin mayor preámbulo, en sus puntos resolutive resolvió que no se encontraba demostrada la grave violación de garantías por lo que dejaba a las autoridades constituidas en amplitud de resolver lo que en derecho procediera, ordenando se notificara de esta decisión a los poderes ejecutivo y legislativo, lo que hizo saber al Pleno en sesión de fecha 19 de septiembre de 2006. Los puntos resolutive fueron:

PRIMERO. Téngase por recibido el informe que rinden los comisionados de este Tribunal Pleno.

SEGUNDO. No está demostrada la violación grave de garantías individuales a que se refiere el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución federal.

TERCERO. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que las autoridades constituidas, están en aptitud de resolver lo que en derecho corresponde, en torno a los hechos materia de la investigación, en el ámbito de competencia que a cada una le corresponde.

CUARTO. Notifíquese a los poderes ejecutivo y legislativo de la República y del estado de Puebla, al Procurador General de la República y a la Procuradora General del estado de Puebla, así como a las comisiones estatal y nacional de derechos humanos, adjuntándoles copias certificadas de los acuerdos, para los efectos a que haya lugar.¹⁶

Sin embargo, una vez más el proyecto de resolución fue desechado por el Pleno, pero lo que es inconcebible es que el ministro Ortiz Mayagoitia nuevamente y con la evidente intención de cerrar esta incómoda investigación, así lo decidiera, pues con esta errónea apreciación ya sumaban dos ocasiones en que este ministro simple y llanamente pretendía deshacerse del memorial. Así, rechazado que fue el proyecto, se acordó volver a turnar el asunto ahora al ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, para que elaborará el nuevo proyecto de resolución. Pero al haber diseñado nuevas líneas de investigación, concluyó en su proyecto que era pertinente se ampliara la indagatoria a las actuaciones del Gobernador del estado de Puebla y tener elementos para asumir si tuvo

¹⁶ Resolución del ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, en sesión de fecha 19 de septiembre de 2006, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

intervención, o no, para perjudicar a la periodista Lydia Cacho con motivo de la publicación de su libro *Los demonios del Edén: El poder que protege a la pornografía infantil*. Y aceptado que fue su pedimento, se comisionó para tal efecto al ministro Juan N. Silva Meza.

Fue el 14 de junio de 2007, que el ministro Juan Meza rindió su informe expresando, entre otras conclusiones, que sí existió un concierto de autoridades para violar los derechos de Lydia Cacho; que se transgredieron los principios democráticos de federalismo y división de poderes; que igualmente existió violación reiterada y sistemática de los derechos de los menores, y que correspondería decidir al Congreso de la Unión sobre la procedencia o no del juicio político en contra del gobernador Mario Marín, e instaurar a los restantes implicados los procedimientos correspondientes. Lo que se hizo consistir en los puntos resolutivos del citado informe, al indicar:

PRIMERA. Sí existió concierto de autoridades de los Estados de Puebla y de Quintana Roo, para violar derechos fundamentales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, violando además los principios democráticos de federalismo y división de poderes, en especial el principio de independencia judicial.

SEGUNDA. Sí existe violación reiterada y sistemática de derechos fundamentales en perjuicio de menores de edad.

TERCERA. Corresponderá al Congreso de la Unión la decisión definitiva sobre la procedencia o no del juicio político que corresponde instaurar a un alto funcionario de la Federación, como lo es el Gobernador Constitucional del Estado de Puebla, Licenciado Mario Plutarco Marín Torres.

CUARTA. Por lo que ve a la responsabilidad de las autoridades que participaron directa o indirectamente en la componenda del gobernador con el empresario al que auxilió, tocará a la Legislatura de cada entidad federativa iniciar el procedimiento que corresponda contra el magistrado presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Guillermo Pacheco Pulido, así como en contra de los procuradores Generales de Justicia de los Estados de Puebla y de Quintana Roo.

QUINTA. Al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, sin la participación de los involucrados, decidir sobre la conducta de los funcionarios judiciales, en lo particular, la Juez Quinto Penal con residencia en la capital del Estado de Puebla, Rosa Celia Pérez González, en términos del artículo 17, fracción V, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicha entidad.

SEXTA. Al Ministerio Público de los Estados de Puebla y de Quintana Roo, el ejercicio de las acciones penales que correspondan por la colusión de autoridades y por los delitos contra la administración de justicia que se consideren cometidos.

SÉPTIMA. Corresponderá a todas las instituciones dependientes de la Procuraduría General de la República, al igual que las de los Estados, así como a las encargadas de la Defensa de los Menores, investigar, combatir y perseguir con toda la fuerza e ingenio del Estado, cualquier acto de pederastia, explotación y pornografía infantil. Para ese efecto, y dado que se trata de un sector que por su incapacidad está imposibilitado de comprender el daño o de participar en su solución, se sugiere informar periódica y públicamente los resultados de las investigaciones, justificándose únicamente la secrecía o confidencialidad de la víctima y la del agresor cuando, por razón del grado o forma de participación, pueda conocerse la de la víctima.

OCTAVA. Se sugiere que los tribunales jurisdiccionales, dentro de los procedimientos que tiendan a la obtención de elementos de convicción, privilegien la atención a los derechos de la víctima procurando la participación, con pleno derecho, de los ascendientes, los asesores profesionales y los representantes jurídicos.

NOVENA. Es importante que las instituciones públicas dedicadas a la atención de los menores se integren con personal profesional de carrera, comprometidos en la atención de los menores. Estén dedicadas al seguimiento integral en su rehabilitación física y psicológica. Así como en la atención cultural obligatoria del entorno de la víctima. En la implementación, ejecución y publicitación de programas de atención a la familia y a la de los menores víctimas.

DÉCIMA. Se sugiere que los Poderes Ejecutivos, tanto Federal como de los Estados, pugnen por el establecimiento y rehabilitación de las Instituciones especiales de Atención a la Salud, de Esparcimiento, de Recuperación y de Ayuda Física y Psicológica de los menores, garantizando su subsistencia con presupuestos suficientes a cargo del Erario; asimismo, es recomendable la inmediata emisión de leyes que garanticen la ejecución de las existentes y las reglamentaciones internacionales, con precisión de obligaciones y responsabilidades para las personas, empleados o funcionarios que intervengan en instituciones públicas y privadas en la atención de los menores.

Relevante resulta considerar el establecimiento de Fiscalías y Tribunales o Juzgados Especializados de Atención a los Menores, con procedimientos que garanticen la atención y reparación del daño a la víctima, su confidencialidad y trato digno, con personal e instrumental adecuado. Igualmente, es importante el establecimiento de instituciones que sirvan para dar seguimiento y continuidad en la atención a las víctimas y a sus familias, aun cuando aquéllas llegaren a cumplir la mayoría de edad, pero que resientan o sufran un daño específico en su salud.¹⁷

Como en los anteriores sucesos, fue en el Tribunal Pleno, que leal a su vocación conservadora comprada a precio de oro para proporcionarse las escandalosas prestaciones con que han sido colmados, donde se decidió por mayoría de seis votos de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Armando Valls Hernández, Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas y su presidente Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia que no se demostró, para los efectos del párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la existencia de violaciones graves de las garantías individuales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, con motivo del proceso penal que se le instauró, en contra del voto de los ministros José Ramón Cossío Díaz, Genaro Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan Nepomuceno Silva Meza y una ausencia del ministro José Fernando Franco González Salas quien se encontraba de comisión.

¹⁷ Informe de la Comisión integrada por el ministro Juan Meza de fecha 14 de junio de 2007, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

III. Facultad jurisdiccional. Inconstitucionalidad de una Ley

En el aspecto jurisdiccional también encontramos determinaciones de la Suprema Corte de Justicia que se apartaban de la letra de la Ley y sobre todo de la propia Constitución Federal, al negar la posibilidad que tenían los jueces de los estados para declarar, con independencia de criterio, la inconstitucionalidad de una ley hasta antes del 10 de junio de 2011, porque una disposición jurisprudencial sólo daba competencia al Poder Judicial de la Federación para versar sobre este supuesto jurídico que provenía nada menos que de la Corte. Aduciendo que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, cuyo fundamento provenía del artículo 133 constitucional, no deba competencia a los juzgadores de los estados para calificar la inconstitucionalidad de los actos de otros poderes, justificando su postura con argumentos insostenibles al afirmar que esto necesariamente era así, en virtud de una interpretación sistemática del precepto constitucional y los principios que conformaban a la Constitución Federal y que, en todo caso, los órganos judiciales estatales ciertamente podrían declarar la inconstitucionalidad de una norma general, pero siempre y cuando se les otorgará competencia expresa en una disposición legal, la que bien sabía, no existía.¹⁸

En consecuencia, dejó para sí calificar la inconstitucionalidad de una ley en franca protección de los lineamientos estatuidos en la política de Estado diseñada por los grupos en el poder, pues era por demás incuestionable que su argumentación discrepaba en cuanto a lo que literalmente prescribía y sigue ordenando el artículo 133 constitucional, al disponer tajantemente:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución,

¹⁸ Eran dos los criterios jurisprudenciales que no permitían aplicar el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, que con el rubro CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN, Tesis aislada, 7ª Época, Tercera Sala, p. 17. Y la segunda, se conocía bajo el rubro CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN, Jurisprudencia, 9ª Época, Pleno, agosto de 1999, p. 5.

leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Al respecto, la doctrina, cuyos máximos exponentes: Antonio Martínez Báez, Jorge Carpizo, Giuliani Fonrouge, Federico Jorge Gaxiola y Héctor Fix-Zamudio, discreparon abiertamente en contra de los razonamientos jurisprudenciales vertidos por la Suprema Corte de Justicia, sosteniendo que eran partidarios de que los jueces locales efectivamente gozaban de competencia para examinar la inconstitucionalidad de las leyes. Así lo expresó Martínez Báez:

Que la esencia de la actividad jurisdiccional estriba en la función definitoria del derecho aplicable al caso concreto, luego todo juez y en todo proceso aplicara la norma que juzgue adecuada y en el lance de que ese precepto resulte anticonstitucional no lo debe cumplir, pues debe dar preferencia, primacía y prioridad a la ley fundamental. Para que los jueces locales no pudieran examinar la constitucionalidad de una ley, necesario sería texto expreso al respecto, pero no sólo no existe, sino que encontramos disposición que obliga al juez local a respetar la Constitución y a no aplicar leyes que contraríen o que se le opongan. Si se negará al juez local la facultad para realizar dicha valoración, se le estaría negando algo que se encuentra implícito en la función misma de juzgar, se desvirtuaría la labor de quienes forman parte de la voz viva del derecho.¹⁹

IV. Inejecución de la sentencia concesoria de amparo

Otro ejemplo emanaba de la fracción XVI, primer párrafo del artículo 107 constitucional, relativo a la actitud injustificada de la autoridad responsable para ejecutar en sus términos la sentencia concesoria de amparo, o hubiese transcurrido el plazo otorgado sin ejecutarla, supuesto en el que la base constitucional disponía, y aun lo sigue haciendo, que la Suprema Corte procedería a separar de su cargo a la autoridad responsable, al igual que al superior de esa

¹⁹ Antonio Martínez Báez, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de leyes”, *apud* Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, p. 25.

autoridad si incurrió en responsabilidad, así como a los titulares que habiendo ocupado con anterioridad el cargo de autoridad responsable incumplieran con la ejecutoria.

Esta disposición constitucional se encontraba reglamentada por el artículo 193, primero, segundo y sexto párrafo, en relación con el artículo 198, cuarto párrafo, de la Ley de Amparo, al disponer que si la ejecutoria no se cumplió en el plazo fijado tratándose de **juicio de amparo indirecto** corresponderá al órgano que conoció del juicio de amparo hacer la declaración de inejecución, imponer las multas procedentes y remitir los autos al Tribunal Colegiado de Circuito que conoció de la revisión para que se pronunciara en relación a la determinación remitida. Si era reiterada, el Tribunal Colegiado enviaría a la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo actuado adjuntando el proyecto de separación del cargo del titular de la autoridad responsable, y del superior jerárquico si incurrió en responsabilidad, para que, en términos de lo ordenado por la base constitucional procediera a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable. Y tratándose de **juicio de amparo directo**, si la ejecutoria no fuese cumplimentada correspondería al propio Tribunal Colegiado de Circuito que resolvió el asunto, hacer la declaración de inejecución, aplicar las multas respectivas y redactar el proyecto de separación del cargo de los titulares de las responsables, y en su caso, del superior jerárquico, y enviar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación los autos para que ésta procediera a separarlos de sus cargos.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgredió lo regulado por la Constitución Federal para no separar de su cargo a las responsables creando **un nuevo procedimiento**, con fundamento en el Acuerdo General número 10/2013 expedido por el Pleno en completa transgresión de lo ordenado por la fracción XVI del artículo 107 constitucional y del artículo 198, cuarto párrafo de la Ley de Amparo. Preceptos que de conformidad con sus prescripciones sólo se esperaba que la Corte a la “brevedad posible” dictara la resolución sobre la separación de las responsables.

En su defecto, diseñó un nuevo procedimiento grotesco, hasta cierto punto complejo e inconstitucional, no en cuanto a la facultad que se le concedió en el artículo 94, octavo párrafo de la Norma Fundamental para emitir Acuerdos Generales, cuya intención sólo consistía en distribuir entre las Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito los asuntos que le competía conocer

para, en concordancia con la Ley de Amparo, se lograra una pronta y mejor impartición de justicia, sino en cuanto a su contenido, pues al parecer trataría por todos los medios a su alcance minimizar la resolución que en inejecución de sentencia de amparo indirecto ya había pronunciado el Juez de Distrito a través de la tramitación de un incidente. Como tampoco, con la subsecuente reiteración del Tribunal Colegiado de Circuito sobre esa inejecución y elaboración del proyecto de separación de las responsables, para que una vez más volviera a formular un inadecuado procedimiento sobre lo ya actuado y crear otro proyecto de separación.

Todo ello con la evidente intención de acordar cualquier otra cosa que no fuera la separación del cargo de las autoridades responsables, porque de hacerlo la Corte sabía muy bien que las consecuencias de esta separación irremediablemente les procuraría una sanción que, con fundamento en el artículo 267, fracción I de la Ley de Amparo, equivaldría a una pena de prisión de 5 a 10 años, multa de 100 a 1000 días y destitución e inhabilitación de 5 a 10 años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión de carácter públicos y eso no lo iba a permitir por proteger a sus similares.²⁰

V. Repetición del acto reclamado

Lo mismo sucedía con la repetición del acto reclamado que, con fundamento en el segundo párrafo de artículo 107, fracción XVI de la Constitución, establecía que la Corte procedería a separar del cargo al titular de la autoridad responsable, a menos que no hubiere actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea pronunciada la resolución por la Suprema Corte. Sin embargo, el que realmente conocía de la repetición del acto reclamado tratándose de **juicio de amparo indirecto** es el Juez de Distrito que al establecer la repetición del acto reclamado tendría que remitir al Tribunal Colegiado de Circuito que conoció de la revisión, dicha resolución para que se pronunciara sobre el particular y si este órgano colegiado la reiteraba, enviaría el expediente con el proyecto de separación de las autoridades responsables a la Suprema Corte para los efectos de aplicar, según lo ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la sanción correspondiente. Y si

²⁰ Juan A. Castillo López, y José G. Zúñiga Alegría, “El Acuerdo General 10/2013 emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es inconstitucional”, pp. 110 y ss.

la repetición del acto reclamado acontecía respecto del **juicio de amparo directo**, el órgano jurisdiccional que lo pronunciaba sería el Tribunal Colegiado de Circuito que conoció del juicio de amparo, para que, una vez realizado el proyecto de separación de las autoridades responsables, enviara los autos a la Corte, para que procediera a separarlas.²¹

En este supuesto la sanción también sería, en términos del artículo 267, fracción II de la Ley de Amparo, de cinco a diez años de prisión, multa de cien a mil días, y destitución o inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar cargo, empleo o comisión de carácter público. Aunque en este supuesto la base constitucional le concedió más posibilidades a la Corte para evadir la separación de las responsables al darle la facultad de calificar la repetición del acto reclamado y abstenerse de sancionarlas cuando determinara que no lo realizaron de manera dolosa, y además cuando la propia autoridad responsable dejara sin efectos dicho acto reclamado antes de que emitiera su resolución el máximo tribunal jurisdiccional.

Seguidamente, porque el procedimiento que tramitaría la Suprema Corte de Justicia de la Nación para establecer si efectivamente se repitió el acto reclamado, estaba supeditado a lo que establecía el Acuerdo General número 10/2013 en el que se implementaron una serie de hipótesis que tenían como finalidad formular **otro proyecto** o cuando era ineludible tal repetición otorgaba, para proteger a las responsables, **el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo**, que cambiaría los efectos de la sentencia concesoria de amparo por una prestación pecuniaria, lo que hacía prácticamente imposible lograr que las autoridades responsables fueran sancionadas.

VI. Ausencia de los principios de independencia e imparcialidad en los juzgadores

Es en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se prescribía antes de la reforma del 11 de marzo de 2021, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* al párrafo séptimo del artículo 100, que la ley establecería las bases para el desarrollo de la carrera judicial que se regiría por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, pero contrariamente a lo expuesto en este precepto se evidenció

²¹ *Id.*, pp. 116 y ss.

que la administración de justicia derivada de la Suprema Corte, adoleció de las características primordiales que revisten y dignifican la alta investidura de un juzgador, que son la independencia y la imparcialidad y que, por ello, bajo ningún concepto se puede afirmar que han desempeñado sus funciones con objetividad y profesionalismo. Por el contrario, fueron y siguen siendo el salvoconducto para que los integrantes de los grupos de poder conservadores no sean afectados, en tanto sus resoluciones han producido una enorme desconfianza y desaliento en los gobernados, a pesar de que, desde 2006, el exministro y presidente de la Corte Juan Silva Meza, a preguntas expresas de cómo se podría recuperar la confianza de la sociedad en los jueces y de cuál era su percepción sobre la independencia judicial, comento:

Contando con una justicia pronta, expedita, imparcial y completa que a su vez requiere de tribunales con jueces y magistrados conscientes; que sean tribunales que renueven, con cada uno de sus actos, la confianza social y, sobre todo, la credibilidad en la función jurisdiccional. Contando, además, con un sistema judicial moderno, que garantice el acceso de todo individuo a la justicia, con un proceso público, respetuoso y equitativo de los derechos de las partes en conflicto, así como con resoluciones apegadas a derecho que tutelen sus legítimos intereses y sean capaces de otorgarles seguridad jurídica... Autónomo e independiente solamente se es, y no se espera autorización ni beneplácito de nadie para serlo. El juzgador debe mantenerse ajeno no solo a las influencias externas, sino también a las internas, las subjetivas. No puede actuar bajo el influjo de simpatías, antipatías, odios, temores, predisposiciones, perjuicios, intereses o pasiones; debe ser, también, independiente de espíritu, ya que, de lo contrario, tarde o temprano terminará deteriorando la impartición de justicia y aniquilando el sistema judicial que una sociedad haya podido construir... En este sentido, me parece que debemos responder a los reiterados reclamos sociales con una mayor supervisión y vigilancia de la actuación cotidiana de jueces, magistrados y en general de todos los servidores públicos del sector justicia. Es necesario cambiar la percepción de que la sociedad tiene de sus juzgadores y ganarnos su confianza, dando a conocer periódicamente y difun-

diendo la trascendente labor que los juzgadores federales realizan en beneficio de la comunidad.²²

Para 2013, a seis años de tan elocuentes palabras y buenas intenciones, y con la reforma constitucional de 2011, que terminó por reconocer los derechos humanos y por favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia que en derecho procediera desde el momento de su entrada en vigor, que fue al día siguiente de su publicación, al parecer no se avanzó gran cosa porque al decir del ministro José Ramón Cossío Díaz, aún existían enormes rezagos de justicia a pesar de que el modelo constitucional y de protección a los derechos humanos estaba diseñado para que existiera más justicia, pero para alcanzarla era menester realizar muchos más cambios normativos. Esto nos hizo suponer que la disposición legal proveniente del primer punto transitorio de la reforma, en cuanto a su vigencia, se postergaría hasta que el modelo protector de los derechos humanos estuviese totalmente acabado, lo que evidentemente no fue más que una justificación sin fundamento que ocultaba la ausencia de independencia e imparcialidad en sus determinaciones. Así lo manifestó el ministro Ramón Cossío:

Sin duda tenemos enormes rezagos de justicia (...) El modelo constitucional, el modelo normativo, está hecho claramente para que haya más justicia, pero para que eso acontezca, se tienen que hacer muchos más cambios normativos (...) si nos ajustamos al modelo, si el modelo general de constitucionalidad o de derechos humanos lo ajustamos a las prácticas de hoy en día, vamos a seguir teniendo esos mismos problemas a pesar de lo importante que fue la reforma (...) el problema es sí la realidad es la que determina las prácticas tradicionales, las formas chatas y planas de ver el derecho, si en eso nos quedamos, podemos tener este o un modelo diez veces mejor y la realidad es la que va a terminar imponiéndose (...).²³

²² Foro Jurídico, “Independencia y modernidad, inaplazables retos para la SCJN: ministro Juan N. Silva Meza”, pp. 8-10.

²³ Isabel Salmerón, “ministro José Ramón Cossío Díaz, ingresa a El Colegio Nacional”, pp. 17-18.

VII. Conclusión

Los ejemplos que redactamos han sido suficientes para demostrar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha cumplido con la encomienda constitucional de otorgar justicia, ha evitado con todos los medios a su alcance y con argumentos jurídicamente insostenibles ejercer los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia. Más bien, tiene una propensión, por el trato exclusivo que le brindaron los regímenes conservadores y la oligarquía, de adherirse sumisamente a sus peticiones.

Desde hace décadas, fue visionaria para politizar la justicia, pronto se dio cuenta que los saqueadores de siempre necesitaban de los marcos legales, argumentos doctrinarios e instrumentos jurídicos y jurisprudenciales para justificar sus tropelías. Esta ventaja les proporcionó el disfrute de una serie de dadivas, prestaciones económicas, privilegios suntuosos y excesivos, a cambio y en agradecimiento, les proporcionan las seguridades de sus atentas consideraciones y les aseguran seguir otorgando sus favores a las minorías que el presidente López Obrador califica de rapaces y corruptas.

Ahora, en una contienda abierta con los poderes ejecutivo y legislativo, la Suprema Corte de Justicia se han opuesto a la aceptación de las normas legales que en su momento fueron debidamente legisladas, tal es el caso de la Ley de Austeridad Republicana, de la Guardia Nacional, del Plan B Electoral, Ley de Presupuesto y la de Remuneraciones, entre otras, alardeando que como contrapeso y garantes de la Constitución están evitando que no se instaure el autoritarismo en México, sólo valdría preguntarles que es lo que se vivía en nuestro país cuando en los regímenes anteriores los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial eran uno solo, ¿se le podría nombrar auténtica democracia o más bien fueron lo que ahora pretende evitar la Corte?

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Castillo López, Juan Antonio. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como instrumento que validó grave violación de garantías individuales. Caso Lydia Cacho. La perversa maniobra que destruyó un imperativo constitucional*. México, UAM-A., 2011.

Carpizo, Jorge. *Estudios constitucionales*. 7ª ed., México, Porrúa y UNAM, 1999.

Electrónicas

Loret de Mola, Rafael. “Desacato y destitución de AMLO. 10-11 mayo 2023”. *YouTube*. <https://www.youtube.com/watch?v=cGjAylGeCO4>

Rocha, Ricardo. “La Corte no se toca... es orgullo nacional”. *El universal*, 10 de mayo de 2023. <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/ricardo-rocha/la-corte-no-se-toca-es-orgullo-nacional/>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “El Poder Judicial está podrido: AMLO. Envió reforma para que ministros sean votados”. Conferencia matutina del 09 de mayo de 2023. <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/noticia>

Hemerográficas

Aranda, Jesús. “Se aferra Azuela a impedir que la Corte indague fraude electoral”. *La Jornada*, 22 agosto 2006. <https://www.jornada.com.mx/2006/08/22/index.php?section=politica&article=003n1pol>

Agencia de Noticias Independiente. “Exigen a los ministros de la SCJN que renuncien”, 30 de junio de 2010.

Cámara de Diputados. Petición a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ejerciera su facultad de investigación en términos del artículo 97 constitucional.

Carrasco Araizaga, Jorge. “Sumisión a Fox”. *Proceso*, Núm. 1559, 17 de septiembre de 2006.

Castillo López, Juan Antonio y José Zúñiga Alegría. “El Acuerdo General 10/2013 emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es inconstitucional”. *Alegatos*, núm. 86, México, enero-abril de 2014, UAM-A, pp. 97-124.

Foro Jurídico. “Independencia y modernidad, inaplazables retos para la SCJN: ministro Juan N. Silva Meza”. México, diciembre de 2006, Núm. 39, 3ª época.

Informe de la Comisión integrada por el ministro Juan Meza de fecha 14 de junio de 2007, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ortiz Mayagoitia, Guillermo Iberio. “Resolución sobre caso Atenco debe mejorar condiciones de seguridad y convivencia”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 12 de febrero de 2009.

Resolución del ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, en sesión de fecha 18 de abril de 2006, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Resolución del ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, en sesión de fecha 19 de septiembre de 2006, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Salmerón, Isabel. “ministro José Ramón Cossío Díaz, ingresa a El Colegio Nacional”. Compromiso, Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación, Año 12/no. 148, octubre 2013.

Sesión Plenaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 13 de marzo de 2006.

Jurisprudenciales

CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, EXAMEN DE LA IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. Tesis aislada 19726. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 7ª Época, Tercera Sala, Cuarta Parte, Común.

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. Jurisprudencia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Constitucional, 9ª Época, Pleno, agosto de 1999.

GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACION). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTICULO 6o. TAMBIEN CONSTITUCIONAL. Tesis No. LXXXVI/96, 200111, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Constitucional, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 513.

Nuevas regulaciones laborales en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos

Carlos Reynoso Castillo*

Al paso de los años se han venido perfeccionado y precisando en la legislación laboral las obligaciones que tiene a su cargo un patrón en el centro de trabajo; en su momento, en la Ley Federal del Trabajo de 1931, se incluía un capítulo VII que enumeraba veinticuatro obligaciones concretas que iban desde hacer los pagos a que se hubiera comprometido con sus trabajadores, hasta aspectos muy puntuales como contar con medicamentos profilácticos en los lugares donde había enfermedades tropicales. Estas obligaciones han ido creciendo y aumentando al paso del tiempo, al grado que hoy los patrones deben, entre otras cosas, respetar el derecho a la desconexión en la modalidad de teletrabajo (art 330-E, fracc. VI, Ley Federal del Trabajo). Sin embargo, de manera paralela, en otras leyes, también ha venido creciendo el señalamiento de conductas prohibidas para los patrones, y un espacio en donde esta situación se ha presentado es en el derecho penal, por ejemplo, el Código Penal del DF, que en su art. 206- IV señala, de manera genérica, como un delito el negar o restringir derechos laborales, al igual en varios Estados de la República, y también a nivel federal (Código Penal Federal, art. 149 ter, fracc. II).

El desarrollo de un derecho penal que sanciona conductas que tienen su origen en las relaciones obrero-patronales no es nuevo; en efecto, cabe recordar como desde el siglo pasado ya se hablaba de delitos laborales que son, desde nuestro punto de vista, la evidencia del interés público y social de una rama protectora de los trabajadores como el derecho del trabajo, y así mismo, de su alejamiento de los principios propios del derecho privado.

* Doctor en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (SNII).

Sirva esta breve reflexión introductoria para ubicar los recientes cambios legislativos en donde se hace alusión a conductas que pueden ser consideradas delictivas y que tienen su origen en las relaciones laborales. En efecto, el pasado 7 de junio de 2024 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por medio del cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Esta Ley fue adoptada en el año 2012 (*DOF* 14 junio 2012) y ha tenido, desde entonces, varios cambios. Se trata de una Ley que reglamenta el art. 73 fracción XXI, párrafo primero de la Constitución en materia de trata de personas. Y tiene como finalidad atender el grave problema de la trata de personas en México, desde varios ángulos (La Coordinación en Políticas Públicas, tipos penales y procedimientos específicos, cuidado de la integridad, seguridad y libertad de las personas, reparación del daño, etcétera).

Uno de los aspectos que aborda esta Ley, son los denominados “delitos en materia de trata de personas”, y dentro de ellos se encuentran una serie de supuestos denominados como la “explotación laboral” de una o más personas, misma que puede manifestarse en diversas conductas concretas que la misma Ley enumera. A pesar de la diversidad de supuestos e hipótesis que desarrolla esta Ley, deseamos detenernos, por ahora, en lo señalado por su artículo 21, el cual señala que:

Artículo 21. Será sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, quien explote laboralmente a una o más personas.

Existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad (...).

Este artículo 21 fue adicionado, con la reforma que aquí se comenta, con la fracción IV que a la letra dice ahora:

“IV Jornadas de trabajo por encima de lo establecido por la Ley”;

Es decir, será considerado como delito de un patrón cuando incurra en esta conducta señalada. Así mismo, la Ley agrega, para este supuesto, un párrafo que dice que en tratándose de personas pertenecientes a pueblos y comuni-

dades indígenas y afroamericanas las penas previstas serán de 4 a 12 años de prisión y de 7 mil a 70 mil días de multa.

Como puede verse, estamos ante disposiciones cuyos objetivos y finalidades son encomiables, aunque la manera como se regulan ha despertado inquietudes y dudas, sobre todo para los patrones y empresas.

Este tipo de cambios legislativos, cuya manera de implementarlos e interpretarlos plantea diversas interrogantes, ha dado lugar también a interesantes cuestionamientos y debates entre los expertos y el foro; algunos de estos aspectos son los siguientes:

Un punto de carácter formal es el relativo a la deficiente técnica jurídica y legislativa que se usó para redactar la adición que se comenta, ya que el nuevo texto señala que, se considerara explotación laboral, a la jornada laboral que esté *por encima de lo estipulado por la Ley*. Hablar de algo que esta “por encima” de otra cosa, puede entenderse en un lenguaje coloquial, pero no del todo en un texto jurídico.

En el análisis técnico del nuevo tipo penal que con esta adición se plantea, habría diversos elementos que tendrían que presentarse para que el delito se configure, como son un beneficio injustificable e ilícito, un sometimiento, entre otros, lo cual es relevante para que la autoridad, tanto administrativa como judicial, puedan encuadrarlo como conducta delictiva.

Si bien la Ley Federal del Trabajo, señala que la jornada máxima semanal (diurna) es de 48 horas, también admite la posibilidad de que este límite se supere al señalar que se podrán trabajar hasta 9 horas extras por semana, las que se pagarán al doble, y que incluso si se rebasa ese segundo límite, con horas suplementarias, tendrán un precio diferente con un pago del triple, de las horas normales; en ese sentido, cuando la reforma que se comenta habla de “máximo legal” no es claro a que se refiere. De igual manera, habrá que ver con mucho cuidado los casos específicos que dentro de la Ley ya cuentan con jornadas especiales (trabajadores de buques, pilotos, menores, mujeres, etcétera), así como aquellos casos, también especiales, que se presentan en la práctica (jornadas compactadas, acumuladas, continuas, discontinuas, etcétera), para evitar que se consideren como delitos.

Otro tema es el relativo a las sanciones que se podrían imponer a un patrón que “viole los máximos legales” de la jornada de trabajo. Hay que recordar que ya la Ley Federal del Trabajo prevé sanciones administrativas por viola-

ciones a la legislación laboral (art. 922 y siguientes), las cuales pueden derivar de una inspección de trabajo realizada en la empresa. Por otra parte, al considerar como delictiva esta conducta, esto abre la posibilidad de que sea por la vía penal, mediante una denuncia dicha situación: Hay quienes ven aquí una posible doble sanción por el mismo hecho; sin embargo, se trata de una convergencia que ya existe en otras áreas del Derecho como es el caso del derecho administrativo y el laboral, en tratándose de las responsabilidades y conductas de los trabajadores de confianza, en donde cada ordenamiento puede sancionar, de diferente manera y ante diferentes instancias, una conducta que se origina en el espacio de trabajo.

Estos son solo algunos de los temas que han alimentado el debate en torno a esta adición a la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; consideramos que el estudio de la coherencia y armonía entre los diferentes ordenamientos involucrados en este caso, el laboral y el penal, será necesario al momento de analizar un caso concreto y ofrecer una asesoría jurídica.

La Reforma Judicial, Decreto de

Antonio Salcedo Flores*

Numerosos organismos, nacionales e internacionales, especializados en derechos humanos, se han dirigido al Gobierno mexicano para externarle que la Reforma Constitucional en materia del Poder Judicial, de 2024, atenta contra la democracia y otros derechos fundamentales de las y los mexicanos, además, señalan: viola compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano. El Gobierno ha ignorado todas las advertencias y sigue adelante con la reforma, a pesar de que cinco Jueces Constitucionales le han ordenado que la suspenda, mientras resuelven si es violatoria de la Constitución o de las Convenciones Internacionales, pues de ello ha sido reclamada en los respectivos juicios, que ante dichos jueces, oportunamente, se han promovido. Es decir, según la Justicia Constitucional, los Poderes Legislativo y Ejecutivo Federales, principalmente, debían y deben abstenerse de discutir, aprobar, promulgar, publicar, hacer entrar en vigor y ejecutar la reforma judicial, hasta en tanto no se resuelva la suspensión definitiva que, de los actos reclamados, han demandado las respectivas partes quejasas.

El Estado mexicano se ha negado a cumplir los mandatos judiciales y llevó y lleva a cabo los actos judicialmente prohibidos, alegando que, como “morenistas y aliados”, cumplen la encomienda que el pueblo les confió, por medio del voto, el 2 de junio de 2024, que ellos, los “morenistas constitucionalistas”,

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

están por encima de cualquier juez, incluso de la Suprema Corte y que “la reforma va”, enfatizan.

Del padrón electoral, vigente ese 2 de junio, el 61% no votó por los morenistas y sus aliados, además, 25 millones de personas votaron en contra de ellos.

La reforma a la Constitución mexicana, en materia del Poder Judicial, atenta contra la democracia y consolida a la dictadura en México.¹ ¡Veamos por qué!

I. La Reforma al Poder Judicial

Cesa a todos los Jueces del país.²

Transitorio “Segundo. El Proceso Electoral Extraordinario 2024-2025 dará inicio el día de la entrada en vigor del presente Decreto. En dicha elección se elegirán la totalidad de los cargos de Ministras y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las magistraturas vacantes de la Sala Superior y la totalidad de las Magistradas y Magistrados de salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los integrantes del Tribunal de Disciplina Judicial, así como la mitad de los cargos de Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito, en los términos del presente documento.

Las personas que se encuentren en funciones... concluirán su encargo en la fecha que tomen protesta las personas servidoras públicas que emanen de la elección extraordinaria conforme a las disposiciones transitorias aplicables del presente Decreto...

Para el caso de Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito, la elección será escalonada, renovándose la mitad de los cargos

¹ Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Guillermo Solana (trad.), 14ª ed., Alianza, Madrid, 1984.

² Los Diputados fueron acusados de no escuchar los reclamos de los disidentes a la reforma, quienes, durante numerosas manifestaciones y marchas públicas, llevadas a cabo entre los días 1 y 4 de septiembre, proclamaban:

“¿En dónde están, en dónde están, los Diputados que nos iban a escuchar?”

“Si Juárez viviera, con nosotros estuviera”.

“Si Juárez viviera, el Congreso disolviera”.

“Justicia independiente, derecho de la gente”.

correspondientes a cada circuito judicial en la elección extraordinaria del año 2025 y la parte restante en la elección federal ordinaria del año 2027...

La renovación de la totalidad de cargos de elección de los Poderes Judiciales locales deberá concluir en la elección federal ordinaria del año 2027 (...).

Establece la elección, por voto popular, de todos los Jueces Federales³

Artículo 96. Las Ministras y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistradas y Magistrados de la Sala Superior y las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Magistradas y Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito, serán elegidos de manera libre, directa y secreta por la ciudadanía (...).

Dispone que ningún Juez podrá ganar más que el Presidente⁴

Artículo 94. La remuneración que perciban por sus servicios las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte, las Magistradas y los Magistrados de Circuito, las Juezas y los Jueces de Distrito, las Magistradas y los Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, las Magistradas y los Magistrados Electorales y demás personal del Poder Judicial de la Federación, no podrá ser mayor a la establecida para la persona titular de la Presidencia de la República (...).

Artículo 116, fracción III, párrafo último. Las magistradas y los magistrados y las juezas y los jueces (estatales) percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable, la cual no podrá ser mayor a la establecida para la persona titular de la Presidencia de la República (...).

- ³ Otras proclamas de los mismos manifestantes:
 “Juez votado, corrupto asegurado”.
 “Exámenes sí, tómbola no”.
 “México despierta, la dictadura está en la puerta”.
 “Señor Senador, detén al dictador”.
 “Senado entiende, la justicia no se vende”.
- ⁴ Sobre este punto en particular, denunciaban:
 “Reforma Judicial, capricho presidencial”.
 “Reforma judicial, retroceso nacional”.
 “El Juez imparcial, es de carrera judicial”.

Controla, desde el Poder y el Partido, el acceso y la función de los Jueces

Artículo 17 (...) Cada Poder integrará un Comité de Evaluación conformado por cinco personas reconocidas en la actividad jurídica, que recibirá los expedientes de las personas aspirantes, evaluará el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales e identificará a las personas mejor evaluadas (...).

Por ello, la reforma ha sido absolutamente rechazada por el Poder Judicial de la Federación, desde que su contenido se hizo público. También han expresado su rechazo los partidos de oposición: Acción Nacional, Revolucionario Institucional y Movimiento Ciudadano, un importante sector de estudiantes y académicos de las principales escuelas de derecho del país, así como numerosos organismos especializados en derechos humanos, nacionales: Centro de Derechos Humanos Agustín Pro, A. C., Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C., Instituto Tecnológico Autónomo de México, Universidad Panamericana y Universidad Autónoma Metropolitana, entre muchos otros; e internacionales: Organización de las Naciones Unidas, Relatora Especial para la independencia de magistrados y abogados, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Robert F. Kennedy Human Rights, Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos, Oficina Jurídica para la Mujer (Bolivia), Acción Cívica contra la Corrupción (Chile), Federación Centroamericana de Juezas y Jueces por la Democracia,⁵ y muchos otros más.

Los Poderes Judiciales Estatales casi no se han pronunciado, a pesar de que sus jueces y magistrados también van a ser cesados. Parece que han aceptado la oferta que les hace la reforma: incluirlos en una lista infinita de confiados aspirantes que esperan ser apuntados, evaluados, seleccionados, votados y reconocidos.

⁵ FECAJUD, “Comunicado FECAJUD sobre la independencia judicial en México”, <https://fecajud.org/comunicado-fecajud-sobre-la-independencia-judicial-en-mexico/>

II. Voces disidentes

1. Es mentira, afirman, que la elección de ministros, magistrados y jueces, propuesta por la reforma, sea directa, secreta, o votada por la ciudadanía. En realidad, se trata de la desaparición de un Poder Público, el Judicial, constitucionalmente instituido. Desaparición que intentan hacer pasar como un reemplazo de los jueces actuales, por jueces nuevos, “más cercanos a la gente”, que, en realidad, serán propuestos, evaluados, designados y controlados por el Gobierno y el partido político oficialista.⁶
2. La reforma es una revancha (“Plan C”) del ex Presidente, en contra de Jueces, Magistrados y Ministros del Poder Judicial, por haberle frenado algunos de sus proyectos emblemáticos (Planes A y B), que consideraron inconstitucionales.
3. Es una venganza del ex Presidente, en contra de los juzgadores federales porque: a) no aceptaron reducir su remuneración hasta la que nominalmente cobraba él, b) no aceptaron que la Guardia Nacional se adscribiera al Ejército, c) impidieron, hasta donde pudieron, que el Tren Maya destruyera la selva maya, d) no aceptaron la reelección de Arturo Zaldívar como Presidente de la Suprema Corte, e) están en contra de la prisión preventiva oficiosa, f) exigieron transparencia y rendición de cuentas del gasto público, g) defendieron su propia independencia.
4. La reforma acrecentará la ineficacia del Poder Judicial, en virtud de que no contiene una sola mención sobre el particular ni le propone solución alguna. La ineficacia se agravará con los nuevos jueces, que serán improvisados, pues la insaculación (tómbola), de la reforma aprobada, sustituirá a la carrera judicial, que era el medio profesional para preparar y designar a los jueces, que, en adelante, serán designados por popularidad política; además, los jueces serán postulados, evaluados y seleccionados por un Comité formado y controlado por el Gobierno, y serán votados, elegidos y cooptados, por el partido político mayoritario y sus aliados, y/o por quienes pue-

⁶ Los miembros del Poder Judicial de la Federación, que son los primeros perjudicados por la Reforma Judicial iniciada por el titular del Poder Ejecutivo Federal y concedida por el Poder Legislativo Constituyente, durante sus manifestaciones públicas, entonaban:
 “El Poder Judicial no va a caer, no va a caer”.
 “Congreso, anota: la justicia no se vota”.
 “La gente se pregunta: ¿Éstos quiénes son?; somos los guardianes de la Constitución”.
 “Poder Judicial, contrapeso nacional”.

dan financiar las campañas políticas de los aspirantes a jueces (capitalistas nacionales y/o extranjeros, el crimen organizado, las sectas religiosas, y/o cualquier otra organización o particular, interesados en contar con el favor de los jueces). Por ello, los jueces elegidos por voto popular, serán “jueces a modo” y, además, estarán comprometidos ante sus patrocinadores y ante sus electores. Ocuparán las sillas judiciales las personas más populares y más comprometidas con sus electores, no las que cuenten con mejores aptitudes para juzgar.

5. Es un abuso del poder, un abuso de autoridad por parte del Gobierno actual; es un atropello del partido político actualmente mayoritario, en agravio de los grupos minoritarios, de quienes se abstuvieron de votar por él, el 2 de junio de 2024, así como de quienes los eligieron confiando en que actuarían honesta y lealmente.
6. Es un Golpe de Estado, en contra de uno de los Poderes de la Unión. “Para desaparecer al Poder Judicial es indispensable un Congreso Constituyente que refunde a todo el Poder Público: Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.⁷
7. La reforma se discutió, aprobó, publicó y entró en vigor, sin importar que todos y cada uno de esos actos fueron oportunamente prohibidos por el Poder Judicial de la Federación, a través de diversas suspensiones de los actos reclamados.

III. Otras reflexiones

1. ¿En qué consiste la función del Poder Judicial? Consiste en utilizar la sensatez, el conocimiento, la experiencia y el talento, para analizar los hechos controvertidos de conformidad con las fuentes del derecho: ley, jurisprudencia, principios generales, doctrina, costumbre, equidad, y a la luz del estudio y la evaluación de las pruebas, a fin de elaborar los juicios que den a cada quien lo que le corresponde. La habilidad para juzgar se tiene o no se tiene, según se va descubriendo durante el desarrollo de la Carrera Judicial, si se cuenta con ella, se va cultivando. ¡No cualquier Licenciada(o) en Derecho está capacitada(o) para desempeñar la función de juzgar!

⁷ Lidia Verónica Guerrero Quezada, Jueza de Distrito, egresada de la Licenciatura en Derecho que imparte la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, durante el mitin frente al Senado de la República, con que culminó la marcha del 8 de septiembre de 2024, en rechazo a la Reforma Judicial.

2. La función jurisdiccional no se improvisa. Los Reformadores dejarán sin jueces a la Nación, pues cesarán al 50% de los jueces federales, el año 2025, y al otro 50%, el año 2027, mientras que los jueces estatales serán cesados, a más tardar, el año 2027 para sustituirlos a todos por las personas improvisadas que propondrá el Gobierno en turno y eligiera el partido político mayoritario. La Carrera Judicial Federal, hoy, capacita con cursos, prácticas y exámenes, capacitación que se realiza en un mínimo de diez años.
3. La persona más popular no es la mejor para juzgar. Humberto Briseño Sierra, siguiendo a Eugenio Sentís Melendo, afirmaba que el buen juez, la buena jueza, es aquélla que trabaja en el anonimato, en el apolitismo. La elección popular es la negación de esos dos elementos esenciales de la competencia judicial subjetiva.
4. En la campaña electoral que la reforma judicial dispone para los y las candidatas a juezas, magistradas y ministras, el candidato debe, necesariamente, complacer a los electores y asumir compromisos ante ellos, lo que socavarán su independencia.
5. Para ser elegida jueza, magistrada o ministra debe movilizar a la masa del electorado, masa que no se moverá por la competencia o la habilidad personal para desempeñar el cargo, sino por las instrucciones de los partidos y demás organizaciones políticas, por las estructuras mediáticas, por las redes sociales, por los grupos financiados por el capital y/o el crimen organizado.
6. Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que tendrían lugar a partir de la reforma que se analiza, se deberían a un partido político, el mayoritario, hecho que pondría fin a la división de poderes y a la democracia, y violentaría los derechos humanos.
7. El 2 de junio de 2024, el pueblo mexicano encomendó a las personas postuladas por el partido político “Movimiento de Regeneración Nacional” y sus aliados, acabar con la corrupción, la ineficacia y los privilegios de los tres Poderes. La reforma sólo acabará con los privilegios del Poder Judicial Federal. Empeorará la ineficiencia y la corrupción en el Poder Judicial Federal, en virtud de que va a encargar la función de administrar justicia, a gente que no está preparada para hacerlo. La forma que actualmente se utiliza para reclutar a los jueces del Poder Judicial Federal, es

mejor que la elección de jueces por voto popular. Los jueces federales de hoy en día, salvo pocas y notorias excepciones, llegaron a su cargo mediante la Carrera Judicial, debidamente supervisada por el Consejo de la Judicatura Federal.

8. La Reforma Judicial en comento, deja a todos los jueces del país sin trabajo, es decir, a decenas de miles de trabajadores los despide sin causa justificada, y los coloca ante una encrucijada perversa: si renuncian a su empleo les indemnizará, si no renuncian, igual los cesa y no les pagará “haber” por el tiempo laborado. Esto abona a la tesis que sostiene que la Reforma Judicial es una revancha del ex titular del Poder Ejecutivo Federal, en contra de los juzgadores federales que detuvieron sus proyectos, porque los consideraron inconstitucionales, que no quisieron, legítimamente,⁸ reducir sus salarios para igualarlos o ponerlos por abajo del salario nominal del Presidente, que, cumpliendo lo expresamente ordenado por la Constitución,⁹ se negaron a prorrogar en la Presidencia de la Suprema Corte al ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea,¹⁰ a quien calificaron de entregado a los mandatos del titular del Ejecutivo Federal, en favor de quien traficó sus influencias y cometió toda una serie de delitos, por los que, la Corte le está investigando. Esta tesis se fortalece si tomamos en cuenta que Mario Delgado Carrillo, ex dirigente del partido oficialista, declaró que la Reforma Judicial era un regalo de despedida para el Presidente de la República, y que el Ministro Zaldívar, antes de que terminara su plazo legal prohibitivo, solicitó y fue aceptado en la campaña política morenista.
9. La gente que votó por los Diputados y los Senadores, lo hizo para que legislaran en favor de la nación, no para que arbitrariamente cambiaran la forma de gobierno, de república a monarquía,¹¹ no para que desapare-

⁸ 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 22 de marzo de 2024, artículos 1 y 94, antes de la reforma.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 97, antes y después de la reforma.

¹⁰ Sobre este ministro, hoy en retiro, los manifestantes contrarios a la reforma judicial proclamaban: “Zaldívar, traidor, lacayo de Obrador”. “El que no brinque es Zaldívar” (Obligando a todos a brincar para no ser confundidos con Zaldívar). “La vergüenza de la Libre se llama Zaldívar” (Entonaban las estudiantes de la Escuela Libre de Derecho).

¹¹ Charles Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Mercedes Blázquez y Pedro Vega (trad.), Colección Grandes Pensadores, Madrid, Espasa, 1984.

cieran la división de poderes, no para que incumplieran cinco mandatos judiciales legítimos que les ordenan no ejecutar la Reforma al Poder Judicial, no para entregarle el país, como regalo de despedida,¹² al ex Presidente de México.



El Poder Judicial Federal, las académicas, los estudiantes (...) han sido ignorados. (Fotografía del autor)

IV. Conclusiones

Es evidente que los Poderes Legislativo y Ejecutivo, abusando de la confianza que en ellos puso la mayoría de los votantes, instauran la dictadura.

No obstante, el Poder Judicial Federal está de pie, será atendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el mes de noviembre, hace valer el Estado de Derecho, sigue marchando y recibiendo nuestro apoyo incondicional.

¹² El ex dirigente del Partido Político “Movimiento de Regeneración Nacional”, Mario Delgado Carrillo, junto con otros destacados morenistas, verdistas y petistas, han hecho público que las reformas que, en septiembre de 2024, llevaron a cabo los Diputados y los Senadores, con mayoría calificada, son un tributo al ex Presidente. Irónicamente olvidaron destituir a la Presidenta de la Suprema Corte, Ministra Lucía Piña, de quien siempre se quejó el ex Presidente, ya que confirmaron el artículo 97 constitucional, que la mantiene en su cargo hasta 2027.

Presentación del libro ***Discontinuum y cambio social: una visión desde el Neozapatismo y la Antropología Jurídica***,
Carlos Humberto Durand Alcántara,
Altres / Costa Amic, 2021

Patrick Gun Cunningham*

Es un placer y honor presentar este libro tan importante y contemporáneo (en estos “tiempos extemporáneos”) por mi muy querido amigo y respetado colega de la UAM-Azcapotzalco, Dr. Carlos H. Durand Alcántara.

Voy a iniciar analizando el primer eje presentado en el título, acerca del “discontinuum” en la historia, antes de regresar a los temas del cambio social y del neozapatismo para luego continuar con la Antropología del Derecho, concluyendo con unos comentarios finales sobre estos cuatro ejes que son hilos de conductores a través del libro. Sin embargo, antes quiero dar una breve guía a la estructura y temario del libro de 310 páginas, está dividido en dos secciones. La primera: “Mirar abajo y a la izquierda: el EZLN y el pensamiento crítico”, el cual está subdividido en siete capítulos que abordan al EZLN y nuevas configuraciones sociales; definiciones territoriales frente a la hegemonía global; un orden epistemológico de la visión del Sur de Sousa Santos y el deconstructivismo de Derrida desde el neozapatismo, la política y la ciudadanía; zapatismo clásico y neozapatismo y que “otro mundo es posible”; ser ciudadano en el territorio neozapatista y la prospectiva de una candidatura indígena; cien años desde la revolución rusa y la revolución mexicana; Lenin y Zapata, dos liderazgos trascendentes; Zapata, hacia una desmitificación de su imagen a cien años de su asesinato. En la segunda sección, “Algunos aspectos de la antropología jurídica en el neoliberalismo”, se elaboraron

* Doctor en Sociología por la Universidad de Middlesex, Profesor-Investigador del Departamento de Humanidades, IX Congreso Internacional de Escritores: Literatura, Poética y Ciencia —Universidad Autónoma Chapingo— 21 y 22 de octubre 2021.

capítulos que discuten a cerca de la mirada del indio-indígena, la otredad y aspectos del neoliberalismo; la prensa decimonónica mexicana del «indio»; los derechos humanos desde los derechos indígenas; lo femenino indígena en el México rural; la idea del desarrollo; las indígenas Triquis de Oaxaca; el tráfico de personas y el caso de la mujer indígena; el modo del “no saber”, el pensamiento de Luhmann, la ecología y la sociedad; la crisis y, hacia un nuevo orden jurídico-social, desde la diversidad. Al inicio, del primer capítulo “A propósito del título de este libro. El *discontinuum*...” nos presenta el primer eje principal del libro.

1. El *discontinuum* en la historia de los de abajo. En el primer capítulo del libro, Durand entra en mayor definición de este término de la filosofía de la historia, conectado a la obra de Walter Benjamín, comunista judío, amigo de Theodor Adorno y miembro del Círculo Externo, junto con Fromm y otros, de la Escuela de Frankfurt en la Alemania de 1930. Contrastando Benjamín con el planteamiento de Foucault, filósofo e historiador posestructuralista francés muy citado en este libro, de la “normalización” de las sociedades a través de la hegemonía.

2. El cambio social en tiempos del “no hay alternativa”. El tema del cambio social no es menor, más bien parece estar en un punto muerto y desde mucho tiempo. Tenemos sobre las espaldas 40 años del neoliberalismo/neoconservadurismo/neofascismo para comprobarlo, 10 más que *les trente annes glorieuses* del keynesianismo-fordismo, la edad de oro del capitalismo según el historiador marxista austriaco-inglés Eric Hobsbawm.

En el índice del libro vemos distintas formas de plantear el cambio social radical o revolucionario que han sido probados por la izquierda anticapitalista, socialista y comunista —algunas desde arriba a través de la toma del Estado o desde abajo por medio de movimientos sociales— durante el siglo XX: el Zapatismo clásico del Ejército Libertador del Sur de 1911 a 1920; el Bolchevismo ruso y la Unión Soviética de 1917; los liderazgos revolucionarios de manera muy distinta de Lenin y Zapata; el Neozapatismo desde 1983 hasta hoy; los Foros Sociales Mundiales que se encuentran cada año en un continente diferente con su lema de “Otro mundo es posible” como parte del movimiento de la alter globalización desde 2001; la candidatura de Marichuy Patricio Martínez del CNI-CIG en las elecciones presidenciales de 2018, la primera vez que el neozapatismo, anti electoral por principio, no había completamente rechazado participar en elecciones; el feminismo indígena rural y

urbano como parte del neozapatismo y también del movimiento indígena más amplio; la lucha de varios siglos del pueblo Triqui en Oaxaca, hoy desde la autonomía indígena; el movimiento Ayotzinapa con su grito de “¡Nos faltan 43!” que todavía no han alcanzado la justicia, pero que sin duda han cambiado a México y han tocado el corazón del mundo; y ahora la lucha para regresar a un mundo post pandémico más justo, más democrático y no solamente caer en la vieja “normalidad” neoliberal salvaje.

Desde nuestra perspectiva, el movimiento del EZLN constituye el más importante parteaguas en la historia reciente de México, no sólo como un proceso generador de conciencias, sino incluso como una nueva opción para el cambio social guiado, como sus mismos integrantes afirman “desde abajo y a la izquierda”, y cuyos frutos permitieron transitar, de la desfiguración en su condición humana, siguiendo a Agamben, como seres “matables”,¹ y a Zygmunt Bauman “como desechos líquidos”² y para Marx como “entes cosificados”,³ para ser vindicados como seres humanos.⁴

Por lo tanto, para Durand, como para mí y para el neozapatismo, el zapatismo clásico, los movimientos sociales alter globalistas, los movimientos sociales anticapitalistas mexicanos, y para el marxismo autonomista (o post obrerismo italiano),⁵ el cambio social es de antemano desde abajo y a la izquierda, donde se produce y reproduce la sociedad y donde se resiste a los intentos continuos del capital a imponer más y más trabajo para menos ingreso relativo al trabajo.

I. El neozapatismo: una nueva interpretación para una nueva etapa

Los primeros cinco capítulos del libro están específicamente dedicados al EZLN, el CNI, el CIG y el neozapatismo desde distintas perspectivas teóricas: la de las “configuraciones sociales”; la de las “definiciones territoriales”

¹ Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pretextos, 2003.

² Zygmunt Bauman, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, Barcelona, Katz Editores, 2008.

³ Karl Marx, *El capital*, Tomo I., México, Siglo XXI Editores, 1977.

⁴ *Ibid.*, p. 172.

⁵ Para un análisis crítica de esta versión del neo-Marxismo, *vid.*, Claudio Katz y Hugo Barrio, “Crítica y defensa del autonomismo”, *El Quinto Infierno*, 2007.

y de la “hegemonía global”; la del orden epistemológico, la visión del sur y del deconstructivismo, la política y la ciudadanía; finalmente una fusión de todas estas perspectivas teóricas para explorar lo que fue entonces solamente la posibilidad de una candidatura indígena en las elecciones de 2018.

En el capítulo uno, después de una cita de la Primera Declaración de la Selva Lacandona de enero de 1994 (“no tengamos nada, absolutamente nada, ni un techo digno, ni tierra, ni trabajo, ni salud, ni alimentación [...] pero nosotros hoy decimos ¡Basta!”),⁶ inicia planteando su marco referencial “sobre los sujetos sociales en estudio”, que “tiene que sustentarse en el reconocimiento de la complejidad” del carácter del EZLN “como producto histórico, debido a su naturaleza dinámica, manifestada en su constante despliegue en el tiempo, cuya configuración, si bien se sitúa en el actual periodo neoliberal, guarda sus orígenes en las contradicciones en las que se han encontrado los pueblos originarios de México”.⁷ Como todos los pueblos del mundo los indígenas han tenido que “adaptarse a las nuevas tendencias globales”, aun cuando sean “oprimidos por el marco legal que en muchas ocasiones no corresponde a su realidad”,⁸ que en el caso de los pueblos mayas de Chiapas es “el medio rural, con las economías campesinas, en donde observamos el avasallamiento implantado por el modelo económico actual en la marginación de los pueblos”.⁹

Continúa en una segunda sección en la cual abarca la teoría de la “sociedad del riesgo” de Ulrich Beck,¹⁰ habiendo dicho que “resultaba insólito pensar en la debacle mundial, hoy el aserto de la crisis generalizada es un hecho”.¹¹ Empero, “encontramos nuevas construcciones sociales que sitúan bajo otra dimensión el fenómeno en cuestión, de manera que ubicamos un eslabonamiento entre el pensamiento elaborado por la teoría de la sociedad del riesgo y el advenimiento de ciertos movimientos sociales, como es el caso del EZLN”.¹²

⁶ Carlos H. Durand Alcántara, *Discontinuum y cambio social: Una visión desde el Neozapatismo y la Antropología Jurídica*, Puebla, Altres Costa-Amic Editores, 2021, p. 27.

⁷ *Ibid.*, p. 28.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1992.

¹¹ Durand Alcántara, *op. cit.*, p. 29.

¹² *Ibid.*

Posteriormente,¹³ Durand, regresando a la epistemología, plantea un necesario retorno al romanticismo, “que trasciende en la lucha que desarrolló y mantiene el EZLN”. Como parte de su epistemología del Sur, en la cual se refiere a la teoría de Sousa Santos, también refiere al filósofo anarquista Feyerabend, incluso sobre esta necesidad de retornar al romanticismo: “También defendiendo la imaginación y la emoción, pero no pretendo que sustituyan a la razón, sólo que la limiten y la complementen”.¹⁴

Pero, más allá de un hipotético retorno epistemológico al romanticismo, “las proyecciones paradigmáticas del EZLN, que hicieran suyo el pensar indígena, fundamentalmente desde la cosmogonía maya, traspasaron fronteras y lograron, entre otras cosas, que los más connotados intelectuales nacionales e internacionales, así como de reconocidos líderes a nivel mundial de diversos movimientos sociales, se vincularan con esta causa”.¹⁵

Durand regresa a la historia de cómo el Movimiento de Liberación Nacional, se transformó en el EZLN entre 1983 y 1994. El levantamiento del EZLN de hecho inició en diciembre de 1993 en Ocosingo. Ahora, 30 años después “se reconoce que el EZLN colocó en el debate internacional el problema de la autonomía étnica, del respeto y reivindicación de sus territorios y recursos naturales, la defensa de sus culturas y sistemas normativos, entre otros aspectos que trascendieron la lucha armada, como el establecimiento de diálogos, y de alguna manera en su inserción en la vida política”.¹⁶

El “problema indígena” como uno de los grandes retos nacionales “por erradicar”, es una “situación que generó una de las principales contradicciones de carácter estructural en la formación social mexicana, en las que se asoman la pobreza absoluta, la discriminación y marginación de poblaciones y sujetos que constituyen la base de las poblaciones originarias del país. Actualmente esta población se integra por sesenta y ocho etnias (...), con más de trescientas veintisiete formas dialectales (...) y cuyo componente poblacional asciende a más de seis millones de mexicanos (...)”.¹⁷

¹³ Durand Alcántara, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴ Paul Feyerabend, *Contra el método*, Trad. Francisco Hernán, 2a ed., Madrid, Ariel, 1974, p. 224, *apud* Durand Alcántara, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵ *Ibid.*, p. 31.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 33.

Por otro lado, se trata la cuestión del papel del EZLN en la reforma indígena, sobre todo entre 1995 y 2001, por medio del “establecimiento de diversas políticas de alianzas con determinados sectores de la sociedad civil y política del país, y aún incluso a nivel mundial”.¹⁸ Aquí hay una divergencia marcada entre la postura de Durand y la del EZLN, ya que según el autor:

Una reforma constitucional, que desde 2007 estableció por primera vez (...) después de más de quinientos años, los derechos a la autodeterminación, la autonomía, el reconocimiento a sus territorios y recursos naturales, entre otros aspectos, los que, si bien aún eran limitados, en la prospectiva del EZLN, constituirían la expresión más importante en América Latina acerca de la reivindicación de los derechos políticos y socioeconómicos de los pueblos indígenas.¹⁹

Sin embargo, el EZLN rompió toda comunicación con el Estado, ruptura todavía mantenida 30 años después, cuando el Congreso pasó una nueva Ley Indígena en 2001 que rechazó a los Acuerdos de San Andrés de 1996, que habrían dado realmente la autonomía indígena, y los sustituyó con lo que el EZLN describió como una “nueva ley racista”. Por otro lado, Durand declara que para “2006 existían diversos frentes de lucha del movimiento étnico que se manifestaban a partir de la incursión del Congreso Nacional Indígena, del Consejo de Pueblos Nahuas, del Movimiento de Unificación y Lucha Triqui, del Frente de Lucha de Pueblos por la Tierra, en Atenco Estado de México, y las luchas de los pueblos Yaqui y Wixárica, los cuales junto con otros movimientos se generaban prácticamente a nivel nacional”.²⁰

En la siguiente sección se acerca a la política del EZLN, que “se basó en tres ejes principales en cuyo epicentro se colocó la viabilidad del Estado mexicano y sus instituciones, desde la perspectiva del EZLN la reforma indígena sería factible sólo cubriendo los siguientes puntos:

La creación de un nuevo constituyente. El surgimiento de una nueva Constitución. Y la refundación del Estado mexicano”.²¹

Los únicos resultados de las cinco mesas de discusión originalmente planteadas al inicio del diálogo en 1995 son los Acuerdos de San Andrés, que

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p. 34.

²¹ *Ibid.*, pp. 34-35.

“expresarían el máximo eslabón entre el Estado mexicano y el neozapatismo por encontrar vías alternas a la vindicación de los pueblos indígenas. Sin embargo, el gobierno nunca respetaría lo pactado, e incluso intensificó la ‘guerra de baja intensidad’ contra el movimiento indígena”.²²

El Capítulo 2. Las definiciones territoriales por el EZLN, frente a la hegemonía global”, está dividido en las siguientes secciones: una introducción que aborda el tema central que es la delimitación territorial como espacio geográfico y expresión simbólica; territorial, concepto según el cual el “territorio neozapatista” es una “categoría aún en construcción”²³ ya que no existió antes del enero de 1994; “el problema en estudio”, en la cual se sitúa “lo que algunos denominan como la ‘alternancia social’, u ‘otro Mundo es posible’, a partir de la condición vindicativa de los explotados del campo”;²⁴ “el proceso territorial en nuestros días”, donde “el punto central de significación territorial del neozapatismo se ubica en tres vertientes: a) el pensamiento maya; b) la ideología zapatista; y c) la visión específicamente neozapatista del territorio”;²⁵ más adelante refiere: “Algunos elementos para la historia”, en la cual la vivencia social neozapatista “permite dos perspectivas del vínculo maya con su territorio. La primera es su cosmogonía politeísta (...) y la segunda es el devenir de sociedades comunitarias”;²⁶ “Territorialidad zapatista en proyección”, que explora como las “relaciones sociales y de producción en las áreas geográficas actualmente definidas por el EZLN como su territorialidad se fincan en los principios de autonomía y autodeterminación”;²⁷ y finalmente se establecen las conclusiones donde se describe como “obligado por las circunstancias”, el gobierno ha reconocido factualmente el trascender de la lucha zapatista, aspecto sustentado en la autodeterminación de los pueblos indígenas, lo que no representa una concesión generosa, sino el resultado de casi tres décadas de organización y de lucha por parte del EZLN”.²⁸

En el capítulo tres. “El neozapatismo. Una visión de orden epistemológico, de la visión del sur al deconstructivismo, algunos aspectos desde la política

²² *Ibid.*, p. 35.

²³ *Ibid.*, p. 41.

²⁴ *Ibid.*, p. 43.

²⁵ *Ibid.*, pp. 44-45.

²⁶ *Ibid.*, p. 45.

²⁷ *Ibid.*, p. 47.

²⁸ *Ibid.*, p. 49.

y la ciudadanía”, se establecen los siguientes aspectos, la introducción que describe como el “presente texto constituye un acercamiento inicial a un pensamiento complejo que, a partir de las ideas de (...) la teoría de la complejidad (de) Edgar Morín (...), propone que estamos frente a un conocimiento dialéctico, siempre en construcción”.²⁹

En la siguiente sección, “Primeros enmarques”, Durand plantea que “(s) in ser relativistas, percibo una transición en el pensamiento neozapatista, que al tiempo que toca (...) la mejor comunicación, (...) como un diálogo intercultural sin rechazar la importancia del pensamiento occidental, pero que a su vez autentifica las raíces culturales de los pueblos oprimidos, (...) con especial énfasis a los pueblos originarios del mundo y particularmente de América”.³⁰

En el sub apartado denominado “Desarrollo”, sección en la cual, siguiendo a Ilich,³¹ el autor discute como “el desarrollo era concebido como un crecimiento ilimitado de consumo, y jamás podría conducir a la madurez humana” y que este llevó a Iván Ilich a “plantear algunas alternativas a la escuela obligatoria, porque pensaba que la mayor parte de los hombres aprenden fuera de la escuela lo que ellos saben y valoran, (...) crear un nuevo estilo de aprendizaje dentro de las relaciones interhumanas y la educación, en definitiva, un aprendizaje que no saliese de las relaciones de los hombres con su ambiente”.³² En la sección “Algunos parámetros de la vivencia social del neozapatismo”, que “trata[n] de construir un mundo donde quepan todos los mundos: Obedecer y no mandar (...) Representar y no suplantar (...) Bajar y no subir (...) Servir y no servirse (...) Convencer y no vencer (...) Construir y no destruir (...) Proponer y no imponer”³³ son sus principios fundamentales para la condición humana. En “¿Democracia burguesa o asunción epistemológica revolucionaria de un nuevo proyecto?”, Durand plantea que “la lucha actual de los pueblos indígenas y no indígenas sobrepasa los esquemas gastados y despojados de contenido de izquierda y derecha, y se sitúa en la dicotómica posición de estar por la vida o por la muerte”.³⁴

²⁹ *Ibid.*, p. 52.

³⁰ *Ibid.*, p. 54.

³¹ Iván Ilich, *El mundo sin escuelas*, México, Nueva imagen, 1977.

³² Durand Alcántara, *op. cit.*, pp. 55-56.

³³ *Ibid.*, pp. 57-58

³⁴ *Ibid.*, p. 60.

II. *La Antropología Jurídica: los derechos humanos desde los derechos indígenas*

La segunda parte del libro está enfocada sobre la relación entre antropología jurídica y el neoliberalismo. Carlos Durand aborda el tema desde el pensamiento neozapatista en México, las epistemologías del Sur y el pensamiento postcolonial.

¿Cómo ha interactuado la antropología jurídica frente al neoliberalismo en México, iniciando en la década de los 80? ¿Ha logrado investigar y defender la diversidad cultural indígena contra el multiculturalismo neoliberal, redificado y atomizado, combinado con la aceleración del proyecto largo de la homogenización cultural de la globalización imperialista occidental? Durand ve al neoliberalismo como un falso silogismo porque no es “nuevo”, ya que hemos tenido este tipo de capitalismo extremo en distintos momentos de la historia. Solamente es “liberal” en términos económicos, defendiendo al supuesto mercado libre (categoría sumamente cuestionable en sí misma), mientras en los asuntos sociales y culturales ha sido definitivamente conservador, atacando y reduciendo derechos humanos y civiles, sobre todo laborales y sindicales, adquiridos a través de siglos de luchas sociales:

El filósofo político italiano Paolo Virno,³⁵ del Marxismo autonomista con influencias de la Escuela de Frankfurt, ha hablado del oportunismo, cinismo y miedo que el neoliberalismo ha promovido entre los jóvenes desde la década de los 80 a través de la práctica del hiper individualismo y la ideología, entre varias, de la “superación personal”, muy desarrollada por los *influencers Youtuberos*. Esto ha pasado en una “sociedad del desencanto” donde la competencia en un mercado laboral fragmentado obliga a ellos y ellas de pensar en términos de alianzas que fácilmente pueden ser traicionados en lugar de existir reciprocidades, es decir, menos amor, el cual Bauman³⁶ considera como “líquido” en su fragilidad. Hablando sobre cómo afecta esta cultura del hiper individualismo a los jóvenes indígenas.

En concordancia con lo planteado, habría que delimitar hasta donde compete, en el marco de los pueblos indígenas, el contexto de su individualidad a

³⁵ Paolo Virno, *Virtuosismo y revolución, la acción política en la época del desencanto*, Madrid, Traficantes de sueños, 2003.

³⁶ Zygmunt Bauman, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, Barcelona, Katz Editores, 2005.

la que las sociedades capitalistas, en nuestros días el neoliberalismo, aduce en relación con los derechos humanos.

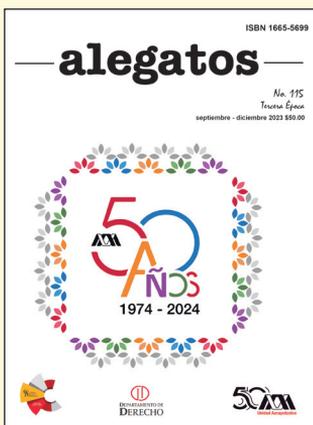
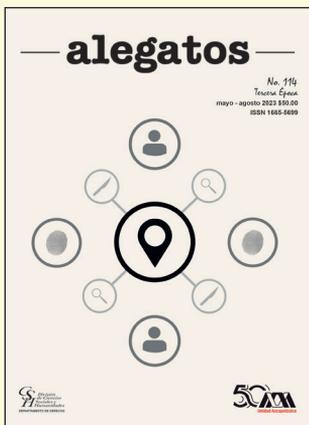
(...) Esta evidente contradicción entre derechos individuales, de orden burgués, y los derechos colectivos de los pueblos, se enmarcó en el debate de los diálogos de Chiapas los cuales el Estado no cumplió no obstante haber sido firmados por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León en los denominados Acuerdos de San Andrés Larráinzar, que deberían reconsiderarse en virtud de que recuperan el sentido original cultural de los pueblos respecto de sus vindicaciones fundamentales.

En otro ámbito, la visión de los pueblos indígenas de diversas culturas latinoamericanas advierte una perspectiva colectiva de sus relaciones sociales de producción y de propiedad, mientras que el *iusnaturalismo*, en sus diversas vertientes, se funda en el individualismo; dicho patrón de vida dio paso al sistema capitalista y, actualmente, fundamenta el neoliberalismo, cuya configuración egoísta hace del individuo un ser aparentemente aislado en lo tocante a su acción en sociedad.

III. Conclusiones

Se trata de un libro atinado que va a servir a estudiantes e investigadores, también para el público en general, incluyendo a las activistas políticas, para comprender mejor el movimiento neozapatista en todas sus aristas y su lucha contra el capitalismo, el colonialismo interno y el racismo institucional y estructural de una sociedad latinoamericana poscolonial pero todavía no decolonial. Nos enseña como el neozapatismo está contribuyendo al cambio social en México y globalmente como un *discontinuum* en la historia de los oprimidos contra la historia del *continuum* de los opresores, donde la subjetividad antagónica y creativa, y de las y los y les de abajo, y a la izquierda resisten de manera determinada a las agresiones del capitalismo, obligándolo a ser cada vez más inventivo en sus formas de explotación, represión y división. Finalmente, el neozapatismo muestra que sí es posible a superar esta dialéctica de lucha de clases, hacia la síntesis de una sociedad poscapitalista auto-organizada y autodefensa local en medio de y contra la crisis capitalista global.

Otras publicaciones institucionales



Doctrina

Veronica Colina Hernández

La conducta empresarial responsable y los derechos humanos de los grupos de atención prioritaria. Segunda parte

Daniel Juárez Hernández

Algunos escenarios que muestran la expansión del derecho penal en México. Desde una perspectiva realista y crítica

José O. Cruz Domínguez

La despersonalización en el derecho penal

Liliana Fort Chávez

Bioderecho y resistencia biopolítica a la biopolítica oficial

Gonzalo Carrasco González

Ciencia y ética. La ética de los científicos

Investigación

Gabriel Pérez Pérez

El proceso de integración de la Unión Europea y la evolución del concepto de autonomía estratégica hacia la autonomía estratégica abierta (2013-2024)

Jessica Vega Aguilar y Alina del C. Nettel Barrera

Garantismo y derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes en condición de vulnerabilidad

Juan C. Rodríguez Vélez

Las personas trabajadoras del hogar en México

Marco P. Álvarez Domínguez y Martín Ronquillo Arvizu

Divorcio y disolución de la sociedad conyugal: disputa y reparto de bienes entre el derecho moderno y las decisiones morales

Juan A. Castillo López

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reitera su vocación conservadora

Reseñas y Documentos

Carlos Reynoso Castillo

Nuevas regulaciones laborales en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos

Antonio Salcedo Flores

La Reforma Judicial, Decreto de

Patrick Gun Cunningham

Presentación del libro *Discontinuum* y cambio social: una visión desde el Neozapatismo y la Antropología Jurídica