

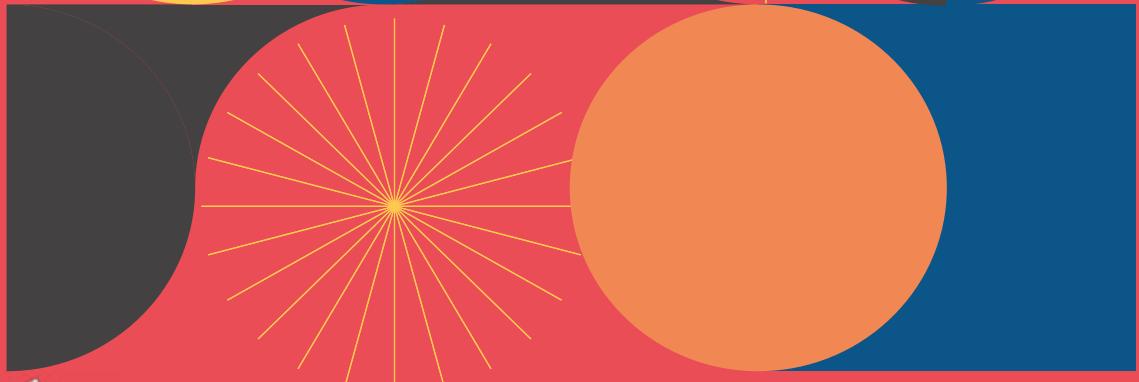
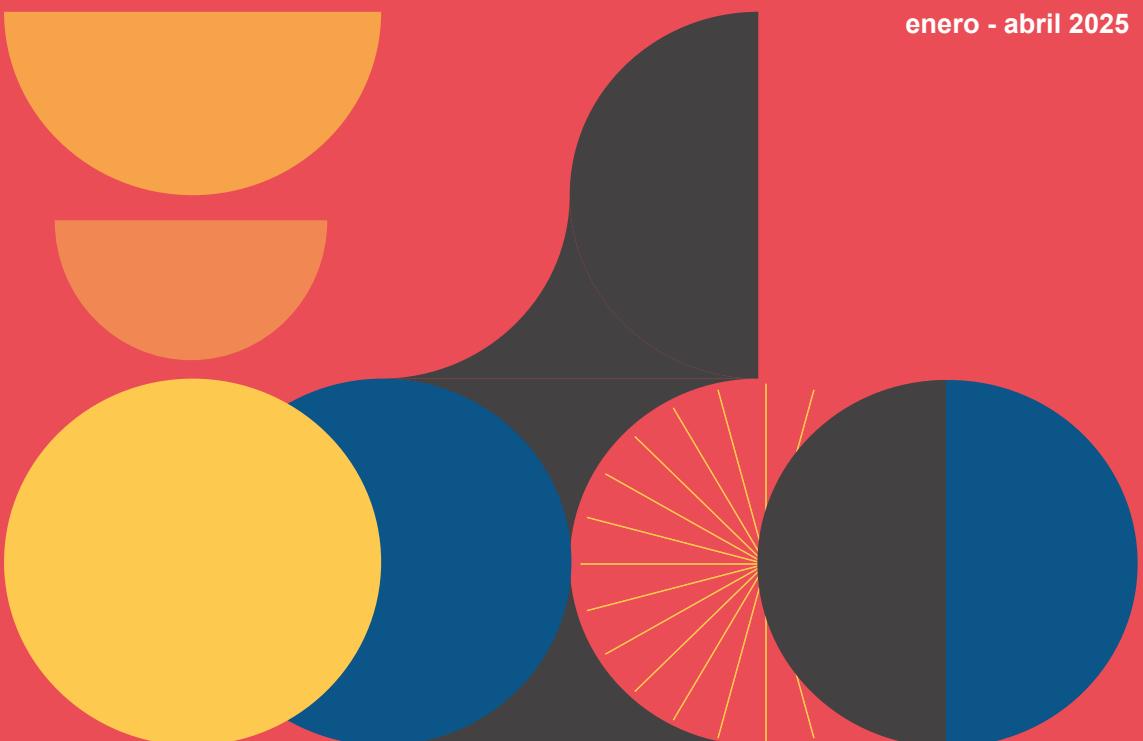
ISSN 2007-6916

# —alegatos—

No. 119

Tercera Época

enero - abril 2025



DEPARTAMENTO DE  
DERECHO

Universidad  
Autónoma  
Metropolitana  
abierta al tiempo Azcapotzalco



# 119 alegatos

## *Comité Editorial*

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*

Secretario Editor  
*Lic. Marcos Solís Méndez*

Ayudante del Programa Editorial  
*Axel A. Curiel Rangel*

Secretaria del Programa Editorial  
*Diana Mejía Salazar*

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





**Alegatos.** Tercera Época, Año 39, Número 119, enero-abril de 2025, 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 25 de mayo de 2025. Tamaño del archivo: 16.52 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 119 (enero-abril de 2025)



Universidad  
Autónoma  
Metropolitana  
Casa abierta al tiempo **Azcapotzalco**

# 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 Sivilá Peñaralda (Asociación Boliviana de Bioética y Derecho Genético y Biotecnología); Dr. Hugo Barreto Ghione (Universidad de la República de Uruguay); Dr. Jaime Cárdenas Gracia (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Joan Anton Mellon (Universidad de Barcelona); Dr. Jorge Hernández Martínez (Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos de la Universidad de la Habana); Dr. José Antonio Ibáñez Aguirre (Universidad Iberoamericana); Dr. 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 119 (enero-abril de 2025)

Suscripciones y ventas:

Coordinación de Difusión y Publicaciones: [publicacionesdsh@azc.uam.mx](mailto:publicacionesdsh@azc.uam.mx), tel.: 555318-9109

Correspondencia: Departamento de Derecho: [alegatos@azc.uam.mx](mailto: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. Karla Ivette Hernández Ávila

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

<i>Dialéctica negativa de la Teoría Pura del Derecho</i>	7
Arturo Berumen Campos	
<i>Revolución o reforma: las aporías entre soberanía política y emancipación</i>	17
Jaime Eduardo Ortiz Leroux	
<i>La naturaleza jurídica de las contribuciones. Un debate vigente. Primera parte</i>	37
Juan José Céspedes Hernández	
<i>El control parlamentario de los tratados en los albores del constitucionalismo moderno</i>	61
Aldo Rafael Medina García y Pamela Lilí Fernández Reyes	
<i>El cumplimiento de los Derechos Sociales: retos, judicialización y el rol del Estado</i>	81
Mario Santiago Juárez	

## Investigación

<i>La labor científica del médico Leopoldo Salazar Viniegra en México y el Reglamento Federal de Toxicomanías de 1940</i>	101
Gerardo González Ascencio	
<i>Los nuevos paradigmas de la seguridad social en México</i>	131
Luis Enrique Oliver López	
<i>Oportunidades para una política energética sostenible</i>	153
Ana Laura Silva López	
<i>Consolidación de las tiendas de conveniencia y sus condiciones laborales</i>	181
Ilse Badillo Hernández	

## **Reseñas y Documentos**

- Indigenismo Boreal* 199  
Carlos Humberto Durand Alcántara
- El nuevo sistema de justicia laboral en México  
y su repercusión en el juicio de amparo* 207  
Carlos Reynoso Castillo
- Azcapotzalco historia, raíces y transformación* 211  
Ana Marisol Resendiz Pizarro y Marcelino Peña Fernández

# Dialéctica negativa de la Teoría Pura del Derecho

Arturo Berumen Campos\*

*Cuando un principio es llevado a lo absoluto,  
se convierte en su contrario, de inmediato.*

(Hegel, *Ciencia de la lógica*)

## **Resumen:**

En este artículo el autor somete a la Teoría pura del derecho de Kelsen a la dialéctica negativa de Hegel para redeterminarla, es decir para superarla, pero también conservarla, a la vez.

## **Abstract:**

*In this article the author subjects Kelsen's pure theory of law to Hegel's negative dialectic in order to redeterminate it, i.e. to overcome it, but also to preserve it, at the same time.*

**Sumario:** Introducción / I. Dialéctica negativa de la Teoría pura del derecho / II. La mala infinitud en la fundamentación del derecho / III. Dialéctica positiva de la Teoría pura del derecho / IV. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

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

## **Introducción**

Dice Hegel que cuando un principio es llevado a lo absoluto se transforma en su contrario.<sup>1</sup> Es decir, que cuando una idea es llevada hasta el extremo, se convierte en la idea opuesta. A este desenlace inesperado del pensamiento le podemos llamar, según Hegel, la dialéctica negativa del concepto.<sup>2</sup> Me parece que la Teoría pura del derecho es un ejemplo muy claro de cómo aún el pensamiento más coherente desemboca en lo contrario de lo que se proponía. En lugar de conservar su pureza; Kelsen se pierde en “un círculo encantado” en donde los fenómenos y los fantasmas se confunden en una unidad inseparable.<sup>3</sup>

### **I. Dialéctica negativa de la Teoría pura del derecho**

De acuerdo con esta idea de Hegel, nos parece que el principio que Kelsen pretende llevar a lo absoluto para determinar al derecho es el de la “imputación normativa”. El mismísimo “deber ser”. La imputación absoluta. Kelsen le da a la imputación, al deber ser, la característica de “categoría trascendental” en sentido kantiano,<sup>4</sup> porque su función consiste en hacer posible la experiencia jurídica.

Primero, distingue, tajantemente, la imputación de la causalidad para constituir a lo normativo como una totalidad significativa.<sup>5</sup> Separa a lo normativo de lo causal, para unificar sólo a lo normativo.<sup>6</sup> En esta primera “purificación”, Kelsen no se percata que lo diferente no es indiferente, que dos cosas se distingan no quiere decir que no se relacionen, es más por eso se relacionan porque son diferentes.

Pero Kelsen, al aferrarse “violentamente” a una sola determinación, la imputación, lo único que hace es “alejar la conciencia de la otra determinación,

<sup>1</sup> “Cuando algo ha sido determinado como positivo, si se prosigue a partir de este fundamento, se nos convierte en negativo de inmediato, entre las manos, y viceversa lo que ha sido determinado como negativo, se convierte en positivo, de manera que el pensamiento reflexivo se enreda en estas determinaciones y se contradice a sí mismo”, Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica, II*, p. 68.

<sup>2</sup> Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica, II*, p. 68; Theodor W. Adorno, *Dialéctica negativa*, pp. 24, 35, 42-43.

<sup>3</sup> Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica, II*, p. 1201.

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 50-51.

<sup>5</sup> Arturo Berumen Campos, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, p. 26.

<sup>6</sup> *Id.*

la causalidad, que ahí se encuentra”,<sup>7</sup> es decir, al “entercarse” en sus abstracciones, Kelsen olvida que sólo pudo definir a la imputación, oponiéndola a la causalidad,<sup>8</sup> ya que nada puede entenderse sin su opuesto, como dice Hegel.<sup>9</sup> Se olvida que sin la causalidad no puede entenderse la imputación, cosa que admite el mismo Kelsen,<sup>10</sup> que, por tanto, la causalidad es inherente a la imputación, es más, que la esencia de la imputación está en la causalidad, ya que, como dice Hegel, la esencia de una cosa, siempre está en otra cosa,<sup>11</sup> lo cual es un escándalo para el formalismo y para la filosofía analítica.<sup>12</sup> Por ello, a aquél no le queda más remedio que seguir el camino del formalismo, ya que “es incapaz de poner juntos dos pensamientos contradictorios”.<sup>13</sup>

Una vez que Kelsen ha excluido a la causalidad de la imputación, introduce una distinción crucial en el ámbito de lo normativo: distingue la imputación moral de la imputación jurídica, mediante la idea de la sanción coactiva.<sup>14</sup> Sólo la imputación coactiva es jurídica, todo lo demás es moral o política. Aquí, Kelsen, nuevamente considera que lo diferente es lo mismo que lo indiferente: como lo coactivo jurídico es diferente de la imputación moral y de la imputación política, es indiferente a las mismas, que no deben relacionarse entre sí estos distintos ámbitos de lo normativo. Claro que Kelsen sabe que el derecho, la moral y la política sí se relacionan entre sí, pero considera que estudiarlos así, teóricamente, se introducen ideologías en la ciencia jurídica,<sup>15</sup> lo cual pone en entredicho su objetividad y prefiere mantenerse, obstinadamente, en su pureza metódica.

Pero al mantenerse en la pureza, Kelsen extrema la abstracción de la imputación, separa al derecho de la moral para unir sólo a lo jurídico,<sup>16</sup> dejando fuera del derecho no tan sólo la esencia del derecho sino que también renuncia a estudiar el concepto del derecho o, más bien, es incapaz de alcanzarlo.

<sup>7</sup> Georg W. F. Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, parr. 89, p. 58.

<sup>8</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 59.

<sup>9</sup> Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 71.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 59.

<sup>11</sup> “... la verdadera esencialidad de algo no es su determinación idéntica consigo mismo, ni como diverso, ni como meramente positivo o meramente negativo, sino que tiene su ser en otra cosa, la cual, como idéntica consigo misma, es su esencia”, Georg W. F. Hegel, *Enciclopedia*, parr. 71, p. 121.

<sup>12</sup> Rudolf Carnap, “La antigua y la nueva lógica”, p. 148.

<sup>13</sup> Georg W. F. Hegel, *Enciclopedia*, parr. 60.

<sup>14</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 70.

<sup>15</sup> Óscar Correas, *Critica de la ideología jurídica*, p. 115.

<sup>16</sup> Arturo Berumen Campos, *op. cit.*, p. 27.

El concepto aprehende las características que un objeto adquiere en relación con otros, dice Hegel, es decir, el concepto de un objeto se encarga de estudiar la redeterminación del concepto.<sup>17</sup> Al excluir esta redeterminación del derecho por la moral y la política, Kelsen se conforma estudiar solamente “el ser” del derecho, es decir, el “ser-en sí” del derecho. Pero no le interesa ni el “ser-fuera-de-sí” del derecho, la esencia del derecho, ni el “ser-para-sí” del derecho, o sea su concepto.<sup>18</sup>

Pero, es en este reducido ámbito del ser del derecho, la dialéctica negativa del concepto de Hegel va a alcanzar a la Teoría pura del derecho de Kelsen cuando éste se enfrente al problema de la validez imputativa del derecho. Si se ha excluido la causalidad y la moralidad política, ¿entonces dónde podríamos encontrar el fundamento de la validez de la imputación jurídica coactiva?

## ***II. La mala infinitud en la fundamentación del derecho***

La fundamentación de la validez de las normas jurídicas consiste, para Kelsen, en indagar las razones de la obligatoriedad de las mismas. ¿Por qué son obligatorias las normas jurídicas? Cómo el fundamento de la validez de las normas jurídicas no pueden ser los hechos naturales ni los valores morales; según la pureza metódica, el fundamento tiene que ser otra norma, sostiene Kelsen.<sup>19</sup> Por ejemplo, ¿por qué es obligatoria una sentencia o cualquier otra norma particular? Bueno, dice Kelsen, una sentencia es obligatoria porque ha sido creada conforme a los procedimientos y por las autoridades establecidas en una norma superior, en este caso, en una ley.<sup>20</sup>

¿Y por qué es obligatoria una ley o una norma general? Porque han sido creadas conforme a los procedimientos y por las autoridades que establece la constitución.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> “La activa reciprocidad del concepto significa que contiene, en él mismo, la determinación de otro concepto y, a la vez, la determinación de él mismo que otro contiene. Se determina a sí mismo, porque determina al otro que lo ha determinado. Se determina a sí mismo, porque redetermina a la determinación que el otro hace de sí mismo”, Arturo Berumen campos, *La ética jurídica como redeterminación del derecho natural*, p. 524.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 13 y ss.

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 325.

<sup>20</sup> Arturo Berumen Campos, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, p. 29.

<sup>21</sup> *Id.*

De modo que la validez o la obligatoriedad de las sentencias, o de las normas particulares, deriva directamente de las leyes e indirectamente de la constitución. Por eso Kelsen define a la constitución, diciendo: “la constitución es la norma fundamental de un sistema jurídico porque establece, directa o indirectamente, los procedimientos de creación y de revisión de las restantes normas del sistema, y determina positiva o negativamente su contenido”.<sup>22</sup>

De esta manera, Kelsen considera que la positividad del derecho consiste en el proceso de individualización del sistema jurídico, desde la constitución o norma fundamental, a las sentencias, o normas particulares, mediante las leyes, entre otras normas generales.<sup>23</sup>

Pero también la positividad va de las sentencias a la constitución por medio de las leyes, en los casos de revisión de la validez de las normas jurídicas, particulares o generales, mediante los procedimientos de la apelación o del amparo.<sup>24</sup>

Con este ciclo *autopoietico*<sup>25</sup> de la positividad que construye Kelsen de una manera puramente normativa, la idea que Kelsen logra determinar al derecho con una sola categoría: la imputación coactiva.<sup>26</sup> Parece que Kelsen ha escapado a la trampa de la dialéctica negativa que le ha tendido Hegel. La imputación no se la ha transformado en su contrario: ni en la causalidad ni en la moralidad.

Sin embargo, cuando el mismo Kelsen se pregunta ¿por qué es válida la constitución? Está a punto de recaer en un problema que nunca podrá resolver satisfactoriamente y que lo llevará, inevitablemente, a la dialéctica negativa del concepto hegeliano. Primero buscó la respuesta, apelando a la primera constitución histórica del país, pero sin confundirla ni con la moral ni con la política, de acuerdo a su exigencia del purismo metódico. Pero este recurso sólo pospone el problema, pues no se puede remontar el ejercicio de la validez de la constitución hasta el infinito.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 201-284.

<sup>23</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 327.

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 201-284

<sup>25</sup> Niklas Luhmann y Raffaele de Georgi, *Teoría de la sociedad*, pp. 27-28.

<sup>26</sup> Fausto E. Vallado Berrón, *Teoría general del derecho*, pp. 16 y ss.

<sup>27</sup> Eduardo García Maynez, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, p. 163.

Kelsen apela, entonces, al expediente del derecho internacional. La validez de la constitución deriva de una norma de derecho internacional consuetudinario, que Kelsen llama “principio de efectividad” que, según él, dice: una constitución es válida si funda un sistema jurídico que es en general, eficaz.<sup>28</sup> Pero esta solución es una recaída en la causalidad como la eficacia o efectividad del sistema jurídico en general.

Para no caer en el “tropo” escéptico del regreso al infinito, Kelsen incurre en el “tropo” de la hipótesis<sup>29</sup> para poder fundar la validez de la constitución. El resultado es la famosa “Norma Fundamental Hipotética” o *Grundnorm*.<sup>30</sup> Dice Kelsen que si no se supone que la constitución es válida no se puede hablar del derecho, ni aplicarlo, ni interpretarlo.<sup>31</sup> De hecho, es lo que suponen los jueces; es decir, no argumentan más allá de la constitución, de modo que la validez de la constitución descansa en la conciencia de los jueces, en su creencia de que la constitución es válida. Kelsen sostuvo durante muchos años esta hipótesis, hasta que abjuró de ella al final de su vida, cuando sostuvo que el fundamento verdadero de la constitución era una ficción.<sup>32</sup>

En ambos casos, en el de la hipótesis y en el de la ficción, Kelsen recae en la eficacia psíquica como fundamento de la constitución, pues no basta, para ello, sólo una norma, sino que se requiere además de un hecho psíquico.<sup>33</sup> Es presa de la dialéctica negativa del concepto. Claro que Kelsen se vale de un subterfugio para eludir el lazo de Hegel. Es la conocida distinción que hace Kelsen sobre la eficacia o efectividad como condición de la validez, entre la *conditio sine qua non* y la *conditio per quam*.<sup>34</sup> La eficacia, dice, es una condición sin la cual el derecho no es válido, pero no es la condición por la cual es válido. La condición por medio de la cual el derecho es válido es la positivización de la imputación.<sup>35</sup> Digamos que la eficacia es una condición necesaria para la validez del derecho, pero no una condición suficiente. Necesita también de la individualización positivizada de las normas.

<sup>28</sup> Hans Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, pp. 35, 358.

<sup>29</sup> Georg W. F. Hegel, *Lecciones de historia de la filosofía*, II, pp. 446-449.

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 208.

<sup>31</sup> Ulises Schmill, “La pureza del método en la teoría kelseniana”, pp. 38-39.

<sup>32</sup> Daniel Herrendorff, *El estado actual de la teoría general del derecho*, pp. 89 y 143; Óscar Correas Vázquez, “Kelsen y Gramsci o la eficacia como signo de hegemonía”, p. 21.

<sup>33</sup> Arturo Berumen Campos, *op. cit.*, p. 31.

<sup>34</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 140.

<sup>35</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 327.

De cualquier manera, Kelsen llega a la conclusión que tanto temía: que son necesarias dos o más determinaciones para conceptualizar: la imputación y la efectividad psíquica que había excluido, como causalidad, al principio del desarrollo del sistema jurídico.<sup>36</sup> La pureza del sistema kelseniano termina en un “círculo encantado” el cual lleva al principio de imputación a lo absoluto y se le transforma en su contrario entre las manos: la causalidad. Ha sido atrapado al fin en la dialéctica negativa del concepto de Hegel. Lo cual no quiere decir, que no podamos someter a la Teoría pura del derecho a una dialéctica positiva, es decir, podemos redeterminar a Kelsen, superando y conservando, a la vez (*aufheben*) la pureza metódica. Claro que, para ello, tenemos que relativizarla.

### ***III. Dialéctica positiva de la Teoría pura del derecho***

La dialéctica positiva consiste, según Hegel, en la unidad de los contrarios.<sup>37</sup> Los contrarios pueden considerarse como momentos o fases del desarrollo de los conceptos. Hegel divide su lógica en tres fases o momentos: 1) La lógica del ser o “ser-sí”, 2) La lógica de la esencia o el “ser-fuera-de-sí” y 3) La lógica del concepto o el “ser-en-y-para-sí”.<sup>38</sup>

El “ser-en-sí” es la forma abstracta de expresar el concepto;<sup>39</sup> consiste en estudiar el objeto, en sí mismo, sin relación con otros, “puramente”. Si aceptamos la relativización de la pureza metódica, no tendríamos necesidad de andar buscando fundamentos hipotéticos ni ficticios para fundamentar el derecho. Bastaría apelar a la esencia, es decir, al “ser-fuera-de-sí” del derecho, como veremos enseguida.

Podemos aceptar la pureza metódica de Kelsen como el “ser-en-sí” del derecho o como el momento *autopoético* del sistema jurídico, en términos de Luhmann.<sup>40</sup> Lo único que podríamos reprocharle a Kelsen es que no haya desarrollado el momento de apertura del sistema, hacia los otros sistemas so-

<sup>36</sup> Javier Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross, Formalismo y realismo en la teoría del derecho*, p. 79.

<sup>37</sup> “La única manera de lograr el progreso científico... es el reconocimiento de la proposición lógica, que afirma que lo negativo es a la vez positivo, o que lo contradictorio no se resuelve en un cero”. Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica* I, p. 71.

<sup>38</sup> Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica* I, pp. 155 y ss.

<sup>39</sup> Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica* I, p. 155.

<sup>40</sup> *Vid., supra*, nota 25.

ciales como la política, la economía, la cultura, entre otros,<sup>41</sup> sin incurrir en ideologías.

El segundo momento dialéctico del análisis es el “ser-fuera-de-sí”, o la esencia lo llama Hegel. Dice este autor que la esencia de una cosa está siempre en otra cosa.<sup>42</sup> Por ejemplo, la esencia del maestro está en el alumno, la esencia del alumno está en el maestro; la esencia del hombre está en la mujer, la esencia de la mujer está en el hombre; la esencia del gobernante está en el gobernado y la esencia del gobernando está en el gobernante. La esencia es, pues, la reciprocidad, y la reciprocidad es la esencia.

Dicho esto, ¿cuál es la esencia del derecho?, ¿cuál es la esencia de la imputación? Hablando en los términos de este trabajo abstracto, podemos decir que la esencia de la imputación es la efectividad y la esencia de la efectividad es la imputación. Sin efectividad no hay imputación y sin imputación no hay efectividad. Así podemos interpretar, dialécticamente, la *conditio sine qua non* y la *conditio per quam*, utilizadas por Kelsen como subterfugios de la dialéctica negativa, mencionadas anteriormente.

Ahora bien, de un modo más concreto, un marxista diría que la esencia del derecho está en la economía y que la esencia de la economía está en el derecho, porque la economía determina, de una manera mediata, el contenido del derecho y porque sin las normas jurídicas, las relaciones sociales de producción y de cambio no podrían estabilizarse.<sup>43</sup> Claro que la relación de reciprocidad podría concretizarse aún más, diciendo que la esencia de la propiedad es el capital y la esencia del capital es la propiedad.<sup>44</sup> Pero esto ya rebasaría, con mucho, los propósitos de este trabajo.

Por último, el tercer momento del análisis dialéctico será el estudio del “ser-en-y-para-sí” del derecho, es decir, el análisis del concepto del derecho. En la conceptualización se estudiaría en qué medida, la relación recíproca del objeto con otro ha cambiado las características del ser-en-sí. Digamos que el concepto es la unidad del ser-en-sí y del ser-fuera-de-sí”, o sea es la relación del ser y de la esencia. El ser del derecho ya no sería exactamente el mismo después de relacionarlo con la economía. El ser es inmediato, la esencia es

<sup>41</sup> Arturo Berumen Campos, *El búho de Minerva*, p. 118.

<sup>42</sup> “El ser-en-sí es en primer lugar relación negativa con el no existir, y tiene el ser otro fuera de sí y se halla contra él”, Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 155.

<sup>43</sup> Arturo Berumen Campos, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, p. 56.

<sup>44</sup> Óscar Correas Vázquez, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, pp. 141 y ss.

mediado y el concepto es la misma mediación. Por ejemplo, en los términos de este análisis, la imputación jurídica es el ser inmediato del derecho, la efectividad es el ser mediado y la imputación moral sería la mediación entre ambos.<sup>45</sup>

#### ***IV. A manera de conclusión***

Podríamos decir, que el concepto de derecho sería la mediación de la imputación y de la efectividad mediante la moral. Un concepto más concreto del derecho; utilizando las teorías de Kelsen, Marx y Habermas: el derecho es la relación entre la imputación coactiva y la efectividad económica mediante la comunicación, racional o patológica.<sup>46</sup>

Ya para terminar podemos decir qué tanto he intentado conciliar el pensamiento de estos tres autores que los tres se la pasan discutiendo dentro de mi cabeza, quiéralo yo o no, de tal modo que no pude someterlos a una dialéctica hegeliana, sin que se arrebataran la palabra los tres, negando a expresar de una manera monológica. De manera que no me quedó más remedio que ponerlos a platicar en un diálogo lo más racional posible.

#### ***Fuentes de consulta***

##### ***Bibliográficas***

Adorno, Theodor W. *Dialéctica negativa*. José María Ripalda (trad.), Madrid, Taurus, 1975.

Berumen Campos, Arturo. *El búho de Minerva*. México, UAM-A, 2021.

\_\_\_\_\_. *Introducción dialógica del derecho. Diálogo, a la manera platónica entre Kelsen, Marx y Habermas*. México, UAM-A, 2018.

\_\_\_\_\_. *La ética jurídica como redeterminación del derecho natural*. México, Cárdenas, 2003.

<sup>45</sup> “El ser-para sí consiste en esto; que se ha salido más allá del límite, más allá de su propio ser otro, de modo que, en cuanto es esta negación, es el retorno infinito a sí... es un ser determinado... es negación de la negación”. Georg W. F. Hegel, *Ciencia de la lógica I*, p. 202.

<sup>46</sup> Arturo Berumen Campos, *Introducción dialógica del derecho. Diálogo, a la manera platónica entre Kelsen, Marx y Habermas*, p. 27.

- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*. México, Coyoacán, 2008.
- Rudolf Carnap, “La antigua y la nueva lógica”. *El positivismo lógico*, A. J. Ayer (comp.), México, FCE, 1986.
- Correas Vázquez, Óscar. *Crítica de la ideología jurídica*. México, UNAM, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México, Triana, 1993.
- Esquivel Pérez, Javier. *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*. UNAM, México, 1980.
- García Maynez, Eduardo. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*. México, Porrúa, 1978.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Ciencia de la lógica*, I, II. Augusta y Rodolfo Mondolfo (trad.), Buenos Aires, Solar, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. Eduardo Ovejero y Maury (trad.), México, Porrúa, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Lecciones de historia de la filosofía. II*, Wenceslao Roces (trad.), México, FCE, 1985.
- Herrendorff, Daniel. *El estado actual de la teoría general del derecho*. Tijuana, Cárdenas, 1991.
- Kelsen, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida (trad.), Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Teoría general del derecho y del estado*. Eduardo García Maynez (trad.), México, UNAM, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Teoría general del estado*. Luis Legaz y Lacambra (trad.), México, Nacional, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*. Moisés Nilve (trad.), Buenos Aires, Eudeba, 1971.
- Luhmann, Niklas y Raffaele de Georgi. *Teoría de la sociedad*. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos (trads.), Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1993.
- Schmill, Ulises. “La pureza del método en la teoría kelseniana”. *Pureza metódica y racionabilidad en la teoría del derecho*. Ulises Schmill y Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1984.
- Vallado Berrón, Fausto E. *Teoría general del derecho*. México, UNAM, 1972.

### ***Hemerográficas***

- Correas Vázquez, Óscar. “Kelsen y Gramsci o la eficacia como signo de hegemonía”. *Critica Jurídica*, Núm. 10, México, UNAM, 1992.

# Revolución o reforma: las aporías entre soberanía política y emancipación

Jaime Eduardo Ortiz Leroux\*

## **Resumen:**

A partir de la problemática al interior de la tradición socialista que opone “revolución” a “reforma”, se reflexiona sobre el significado de estos modelos de cambio en las sociedades contemporáneas donde se advierte un crecimiento de los poderes informales. La teoría democrática considera que la soberanía política moderna es una estructura reflexiva; la teoría socialista ve en la ruptura la fuente del cambio, aunque se sostiene en un modelo estatalista que cierra la posibilidad de la política. Se sostiene que el fracaso de ambos modelos, ligado al ascenso de la forma necrófila de capitalismo ilustra los límites de la soberanía popular como modelo de producción de derecho y coloca a la resistencia y la desobediencia en el centro de la comprensión del cambio social.

## **Abstract:**

*Starting from the problematic within the socialist tradition that opposes “revolution” to “reform”, we reflect on the meaning of these models of change in contemporary societies where there is a growth of informal powers. The democratic theory considers that modern political sovereignty is a reflexive structure; the socialist theory sees in rupture the source of change, although it is sustained in a statist model that closes the possibility of politics. It is argued that the failure of both models, linked to the rise of the necrophilic form of capitalism illustrates the limits of popular sovereignty as a model of law production and places resistance and disobedience at the center of the understanding social change.*

**Sumario:** Introducción / I. El significado de la emancipación política en la tradición marxista / II. La crítica de la revolución y el socialismo como estado de necesidad / III. Soberanía democrática y regulación de la economía / IV. La crisis de la noción reflexiva del cambio y el ascenso de la soberanía neoliberal / V. La resistencia y la desobediencia en el centro de interpretación del cambio / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

\* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Sociología de la UAM A., Fundador del colectivo editorial *La Guillotina*.

## ***Introducción***

En Karl Marx el espacio social es un campo, donde la acción política de los sujetos sociales es la causa de los cambios en las relaciones sociales y donde la forma jurídica es una ideología que rinde a la aceptación de las relaciones de dominación.

No obstante, en el marxismo, la emancipación es representada todavía mediante categorías jurídico-estatales, según el ideal liberal del sujeto como autor de las normas que lo obligan. Tanto la perspectiva revolucionaria como la orientación democrática-reformista han buscado establecer nuevas relaciones de poder siguiendo el modelo moderno de la soberanía popular.

En el siglo veinte, estos dos enfoques constitutivos de la tradición socialista, disputaron el sentido de las relaciones sociales y de la soberanía política; sin embargo, distintos factores han influido en la disolución de su horizonte histórico. Entre ellos la pérdida de legitimidad del régimen de democracia social, la pérdida de capacidad de control estatal sobre los poderes privados y el ascenso de la capacidad de regulación de los poderes informales en los albores del nuevo milenio, fenómenos que parecen advertir el agotamiento de la idea moderna de emancipación.

A lo anterior se suma la aparición de movimientos señalados por la radicalización de su forma política en contraposición al Estado constitucional, acción social que obliga a la búsqueda de alternativas teóricas para comprender los procesos de producción y cambio de los regímenes sociales a través del derecho, así como los fenómenos políticos de resistencia y desobediencia que los motivan.

En este trabajo se ponen de relieve algunos elementos que señalan la incapacidad del pensamiento para articular un proyecto alternativo en las sociedades contemporáneas, lo cual marca los límites comprensivos de la soberanía democrática. Se cuestiona, asimismo, la capacidad del modelo democrático para significar los procesos de cambio social en el contexto del ascenso del capitalismo necrófilo.

Se busca sustentar una concepción estratégica de los procesos de producción del derecho, cuya comprensión no provenga de su fundamento racional o argumentativo, sino de su vínculo con relaciones de fuerza al interior de la sociedad que presionan hacia el cambio de las formas políticas imperantes.

## I. El significado de la emancipación política en la tradición marxista

En la filosofía alemana el concepto de emancipación pasó del idealismo trascendental, donde la emancipación gira en torno del Estado como realización del espíritu absoluto, a una formulación materialista centrada en la emancipación como antítesis o fuerza de ruptura con el orden social.

En Marx la emancipación es una revolución simultánea de la conciencia y de la realidad, él puso el escenario para la realización del ideal romántico de un sujeto que construye su libertad, un concepto de emancipación como resultado de la lucha en la sociedad que incorpora al conocimiento dentro de la praxis de liberación. Marx como Hegel creían que la libertad formaba parte de un continente llamado historia donde la acción política era la fuente de la liberación.

Aunque inscrito en el discurso de la soberanía, el programa de Marx asignó al derecho un lugar distinto al que le dieran Immanuel Kant y Georg W. F. Hegel, para quienes el derecho era una determinación fundante del reino de la libertad, un *a priori* de la obligación política.<sup>1</sup> Por su parte Marx mostró que el derecho es un discurso que participa decisivamente en la reproducción del capitalismo.

En la perspectiva abierta por Marx las revoluciones y los movimientos sociales aportarían un sentido reflexivo a la acción política que integraría tanto identidad y autodeterminación como negatividad. La acción debía poner al descubierto el carácter ideológico de las nociones que justifican el ejercicio del poder con el objetivo de acumular una fuerza que permita construir una nueva forma de poder.

No se puede soslayar, sin embargo, que esta concepción se encuentra inscrita dentro de una matriz de carácter finalista donde el Estado y la economía son los factores de totalización. Marx incorporó dentro de esa teleología la idea de la revolución, así como la de un sujeto social actor de la transformación revolucionaria.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Pedro García del Campo, “Democracia y comunismo”, pp. 48-52.

<sup>2</sup> Marx postuló una concepción “científica” del socialismo, una teoría realista del capitalismo que puso al descubierto la forma como el discurso del derecho expresa relaciones de explotación y no de equivalencia.

Esos ingredientes en el seno de la teoría socialista abrieron las puertas a dos visiones estratégicas de emancipación, una “revolucionaria” y otra “democrática”, que difieren en la forma de cómo es posible realizar ese objetivo común. “Reforma o revolución”, dilema que tiene su origen en la postura que cada visión asumió frente al Estado y el derecho, y que dividió el pensamiento de la izquierda en las sociedades contemporáneas hasta nuestros días.<sup>3</sup>

Por un lado, los revolucionarios piensan que el derecho y el Estado burgués sirven a la reproducción del sistema capitalista, de modo que la lucha debe recurrir a medios extra institucionales. Para construir la sociedad socialista es necesaria la toma del poder del Estado mediante una revolución.<sup>4</sup>

La postura reformista, por su parte, ha creído que la transformación democrática de la economía debe tener lugar en el seno de las instituciones republicanas. Ellos piensan que la movilización social es una fase previa necesaria para consolidar las reformas democráticas que permitan brindar condiciones de equidad social en un contexto de pluralidad.

Pese a esas diferencias de método, ambas se identifican en muchos aspectos y comparten posturas similares respecto del papel del Estado como agente del cambio, como un contexto normativo que regula el orden económico, tal como está prefigurado en la economía clásica, y donde el cambio es consecuencia de la transformación de las relaciones jurídicas entre agentes político-económicos.

Para ambas visiones, la emancipación consiste en un proceso de apropiación de los espacios de producción del derecho con el objeto de crear las nuevas normas que representarán los intereses mayoritarios y serán la causa del cambio social. En esta perspectiva, la superación de la explotación requiere de la intervención estatal en las relaciones sociales y la disposición de las normas conducentes.

No se puede pasar por alto que con esto se pone como causa lo que Marx ponía como efecto. En su *Prólogo a la Contribución a la crítica de la economía política*, Marx habría puesto a la economía como la determinación sobre la que se erige el edificio estatal, pero el marxismo posterior puso al derecho

<sup>3</sup> Pocos autores han retomado esta problemática, entre ellos; Ernesto Laclau y Chantal Mouffe en “Hegemonía y Estrategia socialista”, así como Boaventura de Sousa Santos en *Sociología jurídica crítica*.

<sup>4</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica*, p. 544.

como causa de las relaciones y al Estado como proveedor de las normas para la emancipación de las leyes capitalistas.<sup>5</sup>

La socialdemocracia de principios del siglo veinte estuvo inmersa en esa metafísica. Tanto Vladimir I. Lenin, el exponente más importante de la tradición revolucionaria, como Karl Kautsky, como el impulsor del modelo de reformas, creyeron en la clase obrera como sujeto de la acción política y en el Estado como medio para transformar las relaciones sociales. Para ambos, la superestructura político-jurídico-ideológica era el objeto de la disputa política directa, y por mediación de esta se transformaría la economía.

## ***II. La crítica de la revolución y el socialismo como estado de necesidad***

Hasta el siglo diecisiete las sociedades europeas temían a la revolución que acechaba al poder político desde la sociedad como un mal ingobernable. A partir de la Revolución francesa, se configuró como un ideal para algunos sectores sociales, una aspiración del “pueblo” en su lucha contra el horror y la opresión. La Revolución francesa no sería nada sin los mitos y las contradicciones que la envolvieron.<sup>6</sup>

El ideal moderno de emancipación tiene entre sus orígenes los mitos creados por la Revolución francesa de los que abревa el pensamiento socialista. Marx concibió a la revolución en los mismos términos que Santo Tomás usara para definir el “estado de necesidad”,<sup>7</sup> como la fuente originaria del derecho y el fundamento último de la ley.<sup>8</sup> El *ethos* romántico ligó la exigencia de la revolución a sus efectos jurídicos,<sup>9</sup> que fueron vistos como el resultado de un esfuerzo consciente por transformar las condiciones de existencia y las instituciones.<sup>10</sup>

La idea de la revolución como estado de necesidad, está presente en la crítica que Hegel hizo del nihilismo de las revoluciones esclavistas. En Marx la justificación de la revolución remite tanto a una necesidad histórica como a la

<sup>5</sup> Eric Selbin, *El poder del relato. Revolución, rebelión, resistencia*, p. 197.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>7</sup> Georges Sorel, *Reflexiones sobre la violencia*, p. 29.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 61-62.

<sup>9</sup> Bolívar Echeverría, *Valor de uso y utopía*, p. 85.

<sup>10</sup> Selbin, *op. cit.*, p. 13.

necesidad de revolucionar el proceso de pensar, un momento constitutivo del cambio que supone la “transformación revolucionaria del campo semiótico”<sup>11</sup>

La revolución se articula no sólo como violencia organizada, sino que el despliegue de su fuerza, como explica Michel Foucault, requiere de una *contrahistoria*, un discurso que permita descifrar las desigualdades que subyacen en el orden de las leyes y las relaciones sociales para proveer de una idea del cambio como promesa y necesidad de liberación.<sup>12</sup>

Pero esa contrahistoria no forma parte del orden del discurso del derecho o de sus efectos sino algo que lo desborda por todos lados. No es un derecho o un discurso de *iure* sino un hecho, una evidencia de fuerza que no puede ser regulada o limitada, sino que se mantiene como fin hasta que se apodera del poder político. Esta contrahistoria *solo puede ser* sometida por los poderes estatales.<sup>13</sup>

De acuerdo con Giorgio Agamben, el hecho de que la necesidad pueda vencer a la ley constituye un momento sin derecho tan esencial al Estado, que este debe asegurarse una relación con aquella. Su carácter imperativo se reduce a la decisión de un indecidible de hecho y de derecho, produciendo una situación en donde la regla se convierte en la excepción. La teoría de la necesidad es una teoría que actúa como justificación de la transgresión.<sup>14</sup>

En este sentido, la necesidad de la revolución es antijurídica,<sup>15</sup> la repolitización que persigue viene acompañada inevitablemente del uso de la violencia, “como si para refundarse el derecho requiriera necesariamente de una relación con la anomia”<sup>16</sup>. El problema de concebir a la revolución como una necesidad es que con esto se abre la puerta para dejar de pensar a la violencia como un medio para concebirla como un fin.

La acción revolucionaria obedece a un derecho alternativo que en su emplazamiento acusa y defiende, identifica y excluye, incluyendo los efectos indeseables que esto tiene. Una vez que las nuevas normas se convierten en razón de Estado y se asimilan a la ley natural,<sup>17</sup> se tornan autoritarias, as-

<sup>11</sup> Bolívar Echeverría, *El materialismo de Marx, discurso crítico y revolución*, p. 43.

<sup>12</sup> Michel Foucault, *Defender la sociedad*, p. 74.

<sup>13</sup> Bolívar Echeverría, *El materialismo de Marx, discurso crítico y revolución*, p. 66.

<sup>14</sup> Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer II*, p. 83.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>17</sup> Sorel cuestiona que la revolución exige al individuo un inmenso sacrificio empujándolo a la rebelión, pero que esta sirve a fines que no son revolucionarios.

piran a contar con obediencia absoluta, sancionan lo diverso y repudian la disidencia.<sup>18</sup>

La aporía en la que naufraga la revolución como un estado de necesidad y excepción a la vez concierne a la naturaleza bética de la situación, donde la necesidad de cambio, lejos de ser un dato objetivo, implica una atribución de sentido que juzga al orden social como digno de superación.<sup>19</sup> Un marco en el que la revolución no es revolucionaria por necesidad y sus justificaciones nunca pueden aspirar a ser un parámetro absoluto de la acción política.

La Revolución rusa fue la primera revolución que se produjo en un contexto donde esta fue vista como un estado de necesidad y la primera que no fue hecha en nombre del derecho sino contra éste.<sup>20</sup> Luego, como todas las revoluciones promulgó una nueva forma de derecho. La irrupción en el poder político del partido comunista permitió la creación de una federación de repúblicas encargada de impulsar la transformación de las relaciones económicas a través del derecho, tal como lo sostuviera Pēteris I. Stučka.<sup>21</sup>

En esa perspectiva, la revolución tiene dos momentos, uno en el que las organizaciones de los trabajadores toman el poder político y otro en el que se promulgan las nuevas normas, momento en el que la emancipación queda ligada a una concepción jurídica de la acción política y donde la revolución se condensa en una refundación de la economía, teniendo al Estado como sujeto.

Esta experiencia dio lugar a una forma de poder que administró la vida social desde el Estado, donde el campo de la economía fue suprimido en favor de un *demos* proletario y las leyes prohibieron toda actividad que fuera incompatible con el papel del Estado como agente exclusivo en la vida civil.<sup>22</sup>

Ese modelo fue retomado en el siglo veinte por varios movimientos de liberación nacional en todo el mundo, como modelo de emancipación en el que las nociones de economía y estado ocupan un lugar central. Gracias a ello, las revoluciones anti-coloniales crearon Estados “nacionales” en Asia, América

<sup>18</sup> Sorel, *op. cit.*, p. 140.

<sup>19</sup> Giorgio Georges, *op. cit.*, nota 11. p. 67.

<sup>20</sup> Selbin, *op. cit.*, p. 13.

<sup>21</sup> Pēteris. I. Stučka, *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*.

<sup>22</sup> Lev Bronstein, Trotsky, dirigente de la Revolución rusa y jefe del Ejército Rojo, fue de los primeros en abordar el problema de la democracia en el socialismo. Denunció la concentración del poder por el partido comunista. Entre sus obras: “Historia de la Revolución Rusa” (1927) y “La revolución permanente” (1932).

y África, que en algunos casos desarrollaron una economía independiente de las potencias imperiales.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar que esta idea de revolución, como observa Bolívar Echeverría, es deudora de la noción ilustrada de libertad económica, noción ligada al aumento del consumo y al uso de la técnica como fuentes de progreso y bienestar social. El marxismo se mantuvo crítico frente a la idolatría del progreso y la concentración del poder mediante la tecnología, porque identificó los fines de la revolución con los de la modernidad capitalista.

Los Estados socialistas habrían desaparecido debido a su misma incapacidad de ofrecer alternativas a la democracia liberal.<sup>23</sup> Armando Bartra llama a este fenómeno la “crisis del prometeísmo”, que encarna el agotamiento de la ilustración y se manifiesta como crisis de los modelos finalistas y deterministas,<sup>24</sup> junto con los cuales habría entrado también en decadencia la idea del sujeto que cumple un destino social necesario.

### ***III. Soberanía democrática y regulación de la economía***

Por su parte, los marxistas que siguieron una perspectiva hegeliana del Estado asumieron que la tarea principal de la clase obrera era profundizar la democratización de la sociedad y del Estado, como lugar donde se representan las relaciones sociales, y fortalecer su papel como regulador de la economía. Por eso el análisis de las definiciones socialdemócratas tiene dos vertientes:

La primera, se enfocó en el papel del Estado como regulador económico y actor de las políticas que promueven el empleo y el bienestar social, la otra se centró en las justificaciones democráticas de poder político y la forma reflexiva del cambio. En ambas vertientes la democracia es la base de la autodeterminación que asegura los derechos y la pluralidad.

La vertiente de política económica surgió como resultado del compromiso entre los partidos socialistas y liberales que trajo como consecuencia la de-

<sup>23</sup> De acuerdo con Santos la revolución habría dejado de ser el eje de la acción política de los subordinados como lo fue hasta los años sesenta. La rebelión pasó a ocupar un vasto campo social debido a su capacidad de integrar distintos sectores. Boaventura Santos, *Sociología jurídica crítica*, p. 132.

<sup>24</sup> Armando Bartra, *Tomarse la libertad*, p. 132.

rrota de la “revolución proletaria” en Alemania.<sup>25</sup> Este hecho abrió paso a una fórmula híbrida de poder que concibió al derecho y el Estado como medios destinados al control de los poderes económicos, y a la resolución de los conflictos inherentes.

El vínculo jurídico que nació de esta alianza fue un mandato positivo, donde el Estado juega el papel de equilibrador social usando los instrumentos de política económica que constituyen el modelo de “Estado de bienestar”, donde la política fiscal actúa como medio de igualación social y administración de las desigualdades.

En ese contexto, la regulación económica es el lugar privilegiado de la acción política; conceptos como prestación de servicios, políticas públicas, imposición fiscal, infraestructura pública, seguridad social, salario mínimo, jornada de trabajo, empleo, entre otros en los que *Leviathan* y Estado benefactor se confunden, se colocan en el centro de la vida política al asegurar la estabilidad de los países capitalistas.

Junto con el campo económico, surgió la idea de la democracia como campo de emancipación. La vertiente política surgió de la crítica del socialismo y generó un consenso basado no tanto en la equidad social como en la condena de toda forma de acción política que no remita al poder estatal y la expulsión del horizonte político de todos los medios de lucha que representan una ruptura con el ordenamiento.

La emancipación se volvió un asunto de democracia y cambio de normas.<sup>26</sup> Distintos autores han abordado esta cuestión, Kelsen lo hizo en *Socialismo y Estado*, donde plantea que la democracia significa la posibilidad de disposición del sistema, la democracia se sostendría sobre el supuesto de que el derecho puede ser cambiado mediante procedimientos reflexivos, perspectiva en la que el cambio social es un efecto del cambio de la ley.<sup>27</sup>

En la democracia, la emancipación sería un vínculo jurídico, como observa Santos, que se produjo de las libertades otorgadas en el pacto, que

<sup>25</sup> Los líderes del Partido Obrero Socialdemócrata Alemán, A. Babel, E. Bernstein y K. Kautsky impulsaron una política de reformas mediante la participación en elecciones democráticas. El Programa de Effert jugó un importante papel en la conjura de la revolución a cargo de K. Liebknecht y R. Luxemburgo, que acechaba el poder en la Alemania de la primera posguerra.

<sup>26</sup> Laclau y Mouffe, *op. cit.*, pp. 191-200.

<sup>27</sup> Kelsen veía en la democracia un arma contra el totalitarismo. Óscar Correas, “El otro Kelsen”, pp. 35-36.

reaparecen como fundamento de la autodeterminación y como razón de ser del derecho.<sup>28</sup>

Estas ideas también tuvieron fuerte impacto en el pensamiento nacionalista y anticolonial, por lo que fueron puestas en juego en diversas experiencias políticas que buscaron contener el avance del capitalismo por vías democráticas, como Irán (1953), Bolivia (1954), Guatemala (1954), Chile (1973); idea que reapareció luego como justificación de los procesos de “transición democrática”, que remiten tanto al “Pacto de la Moncloa” como al “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

#### ***IV. La crisis de la noción reflexiva del cambio y el ascenso de la soberanía neoliberal***

En las décadas recientes el modelo de soberanía democrática ha perdido la legitimidad que alguna vez tuvo como paradigma de representación de la organización política. La idea de la democracia poco a poco ha ido quedando reducida a un valor económico o a un conjunto de procedimientos para producir leyes. El Estado social también ha reducido su capacidad como gestor de las relaciones sociales capitalistas y poco a poco va quedando evidenciado como un Estado deficitario y clientelar.

La incapacidad del Estado de bienestar para superar las contradicciones económicas es resultado de la imposición de un modelo de equidad representado exclusivamente desde el Estado y las instituciones representativas, hecho que ha obstaculizado la democratización de las relaciones en el campo social, porque el efecto de la aplicación de las leyes y de las políticas públicas es la despolitización de la economía y la política.<sup>29</sup>

Para ciertos juristas, las contradicciones en el campo de la teoría democrática se presentan como un problema de contraposición entre derechos individuales y colectivos, incompatibilidad que, de acuerdo con Antonio Estévez Araujo, viene dada por el carácter ilimitado de la acumulación capitalista,<sup>30</sup>

<sup>28</sup> La emancipación sería resultado del incremento de la complejidad de la interacción entre sociedad y derecho, Boaventura Santos, *Sociología jurídica crítica*, p. 510.

<sup>29</sup> El estado de bienestar y la estrategia reformista tienden a confundir la emancipación con la regulación, por eso suelen presentarse como una versión despolitizada del cambio.

<sup>30</sup> Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, p. 110.

fenómeno que otorga primacía al intercambio mercantil sobre cualquier otra forma de regulación social.

Óscar Correas, por su parte, sostiene que en las sociedades capitalistas la forma jurídica está conformada por aquellas normas que ordenan las conductas necesarias para la reproducción del sistema.<sup>31</sup> El ascenso de una forma de soberanía neoliberal implicaría la subordinación de los sentidos de la norma democrática a aquellos del intercambio mercantil, creando la idea, como señala Žižek, que se trata de “relaciones jurídicas y no de relaciones de poder”.<sup>32</sup>

En esa perspectiva, la metamorfosis de la idea contemporánea de soberanía debe ser interpretada como el efecto de un proceso donde los poderes fácticos buscan desembarazarse de toda regulación democrática para refugiarse en el mercado y la violencia. Esta metamorfosis se expresa en la pérdida de capacidad de regulación del Estado en el campo de la economía y el trabajo, poder que es transferido a los grandes poderes de meta-regulación demográfica.<sup>33</sup>

El ascenso de la soberanía neoliberal, aunque se presente disfrazada de Estado de bienestar, expresa el fortalecimiento de una versión ultraliberal de la política que proclama la primacía de la libertad económica frente a la libertad política. La forma contemporánea de la soberanía ordena la privatización de los recursos estratégicos y la precarización laboral, creando un contexto en el que las decisiones pasan a manos de los grandes poderes financieros y el Estado queda reducido al papel de ejecutor de las medidas para tal fin.

Pero no se trata de un Estado mínimo porque la función de sanción de las normas es la que garantiza la reproducción del modelo. El Estado se ha fortalecido en tanto representante de los poderes financieros,<sup>34</sup> mientras la clase política, juega el papel de facilitador y usufructuario de los dispositivos formales que permiten anclar sus intereses con aquellos de los grandes poderes multinacionales.

Esta es solo es la primera parte de la historia, ya que los dispositivos formales han dejado de ser suficientes para la reproducción del sistema. La desposesión se realiza mediante la privatización de importantes sectores de la economía y el medio de esa acumulación es la violencia, se trata, como señala

<sup>31</sup> Óscar Correas, *Introducción a la crítica del Derecho moderno (esbozo)*, pp. 245-253.

<sup>32</sup> Slavoj Žižek, *En defensa de la intolerancia*, p. 89.

<sup>33</sup> Boaventura Santos, *Sociología jurídica crítica*, p. 410.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 605.

Raúl Zibechi, de una “re-colonización de la política” por parte de los agentes privados, así como de mercenarios, donde los actores estatales y paraestatales comparten los mismos objetivos.<sup>35</sup>

Ana Esther Ceseña señala que así como en el pasado las fuerzas del mercado tuvieron un soporte militarizado, el nivel actual de “apropiación-desposesión” requiere de soportes no institucionales, de un cierto grado de violencia informal para poder contener los umbrales de la resistencia social a su avance.<sup>36</sup> La libertad económica habría encontrado su lugar natural en nuestros días en los poderes informales, que son la cara oscura del Estado de derecho porque multiplican las fuentes de ganancia y acumulación.

La acción de esos poderes informales se habría extendido en nuestros días más allá del campo regulativo y de la soberanía nacional, para aposentarse en el terreno de la violencia contra la sociedad y generar una guerra que el Subcomandante Marcos definió como la *Cuarta Guerra Mundial*,<sup>37</sup> donde el objetivo es conquistar el territorio y subordinarlo al capital, generando el tipo de acciones violentas de acumulación contemporánea.

## **V. La resistencia y la desobediencia en el centro de interpretación del cambio**

La caída del “socialismo real” y la crisis del estado de bienestar son fenómenos concurrentes cuyo efecto es la pérdida de expectativas políticas de la población y la pérdida de credibilidad de los partidos políticos como instrumentos de acción ciudadana. Se diluye también la convicción de que, las vías para la transformación del sistema —según el modelo de soberanía democrática— están abiertas, pesimismo que se acendra especialmente para las formas de vida incompatibles con el dogma mercantil.

La interpretación jurídica representa el límite de apertura del derecho tras de la cual, la acción política acaba siendo considerada como irracional. ¿Qué forma de emancipación puede ofrecer un sistema donde la soberanía ha sido

<sup>35</sup> En los casos extremos este fenómeno pasa por la articulación entre paramilitarismo, empresas extractivas y corrupción estatal. Raúl Zibechi, “El estado de excepción como paradigma del extractivismo”.

<sup>36</sup> Ana E. Ceseña, “Ayotzinapa, emblema del ordenamiento social del siglo XXI”.

<sup>37</sup> Subcomandante Marcos, “Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial”.

desplazada por los poderes fácticos y el intercambio financiero tiene prioridad frente a la constitución? ¿Qué sentido y qué forma puede adoptar la emancipación en el Estado capitalista, que se presenta como un monstruo con diferentes cabezas? ¿Es la forma jurídica capitalista una instancia reflexiva o una instancia de control?

En su *Filosofía de la miseria* Pierre-Josep Proudhon advirtió algunos de los efectos de la contradicción entre fuerzas productivas y relaciones de producción y previó el ascenso de una fuerte disidencia contra el capital para someter la economía e impedir que la ley del mercado se impusiera sobre la colectividad.<sup>38</sup> En Latinoamérica, a pesar del agotamiento de la razón socialista y de la soberanía democrática, esa disidencia difícilmente se mantiene en nuestros días.

La transformación de la comunidad está enraizada en la política y no en la economía. El Estado, como señala Pierre Clastres, es la representación de una división que se instituye en el orden político mediante normas que regulan la utilización del territorio y los recursos; la emancipación en un contexto de esa naturaleza no depende del estatuto económico del sujeto sino de su capacidad guerrera y su autoconocimiento.<sup>39</sup>

Esto resalta el carácter constitutivo de lo político de la lucha contra el capitalismo en contraste con el carácter jurídico de su reproducción. Eso implica también la necesidad de la crítica de la determinación jurídica como una ficción o una forma de alienación, que arrebata al individuo la capacidad de ser otro y comprender (y combatir) las causas de su alienación en el mismo marco de las relaciones de conocimiento y poder en que se producen.

Cobra actualidad la desconfianza de Georges Sorel o de Walter Benjamin respecto de la posibilidad de disciplinar el capitalismo mediante procedimientos democráticos, tópico que inspiró a la sociología alemana en el contexto del ascenso revolucionario, y que fue retomado en la actualidad por algunos ideólogos de la democracia, como Ernesto Laclau o Boaventura Santos, en la búsqueda de alternativas frente al fracaso del socialismo y el ascenso del neoliberalismo.

<sup>38</sup> Michael Onfray, *Política del rebelde. Tratado de resistencia e insumisión*.

<sup>39</sup> En las sociedades primitivas el rechazo al Estado es un rechazo a la sumisión que conlleva la economía, Pierre Clastres, *Investigaciones en antropología política*, pp. 195-212.

En las sociedades latinoamericanas contemporáneas distintos movimientos han buscado encarnar un contrapoder social, basado en formas alternativas para validar la identidad social, creando instancias de resistencia para impedir la imposición de las reglas del juego capitalista y otras veces creando su propio derecho y sistemas de autoridad. Esos movimientos han defendido espacios de reconocimiento propio que representan diferentes lógicas sociales al ordenamiento jurídico, son normas que disputan los sentidos de la acción social.

La vida cotidiana y la pública se mantienen politizadas gracias a esa movilización que impide que se establezca definitivamente un centro rector o universal de normas que constituya la identidad o que la clausure. Los sectores anticapitalistas han vuelto los ojos a los pueblos originarios y a la comunaliad a los que ven como un triunfo de la resistencia y la defensa de la tierra frente al mercado, un triunfo del valor de uso (la libertad) frente al valor de cambio (la mercancía). Pero no pueden perder el sentido de la lucha.

En el contexto del capitalismo salvaje, las posibilidades de defensa de las comunidades dentro de las pautas del derecho democrático no parecen estar abiertas. Belakrishnan Rajagopal, estudioso del MST en Brasil, concluye que la existencia de sistemas normativos plurales no ofrece garantía alguna de éxito a los movimientos sociales que han decidido usar el derecho.<sup>40</sup>

Boaventura Santos por su parte piensa que quienes defienden una “globalización contra hegemónica” no pueden excluir de antemano el uso de “los medios creados por la modernidad” pero tampoco los medios violentos.<sup>41</sup> Como señala Foucault, frente a la sublevación hay que mantener una postura abierta, “nadie puede vivir en carne ajena la necesidad de la rebelión”.<sup>42</sup>

Sin embargo, en el contexto jurídico latinoamericano, la mayoría de los autores son afines a una noción del derecho como discurso reflexivo en el que se juega la emancipación. Me pregunto como lo hacen muchos otros: ¿alguna vez ha cambiado el derecho obedeciendo las leyes? ¿Qué habrían logrado en Irlanda si no hubieran violado la ley? ¿No fue eso lo que hicieron los zapatistas?<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Rajagopal Belakrishnan, “Los límites del derecho en la globalización contrahegemónica”, pp. 168-171; *vid.*, también Peter Houtzager, “El MST y el campo jurídico en Brasil”.

<sup>41</sup> Boaventura, Santos, “El Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolita subalternas”, pp. 53-59.

<sup>42</sup> Michel Foucault, “¿Es inútil sublevarse?”, pp. 203-207.

<sup>43</sup> García del Campo, *op. cit.*, p. 108.

Desde hace tiempo he defendido la hipótesis de que el acto de politización que abre la defensa para el ejercicio de los derechos es aquel que surge de la ruptura de los principios de la soberanía democrática, de las normas jurídicas, un tipo de acto en circunstancias donde está en peligro la sobrevivencia, no parece ser una elección sino una necesidad. Y que como tal es un acontecimiento.

No se pretende prescribir la violencia o valorar sus formas o alcances. Ni la revolución ni cualquier otra forma de la lucha pueden ser prescritas porque tienen sus propias motivaciones y explicaciones. Sin embargo, debemos ser cautos, el crecimiento del capitalismo necrófilo conlleva la aparición de formas de lucha que no pueden ser pensadas desde el poder político conforme los conceptos que sólo persiguen su despolitización.

La pérdida de horizontes de la democracia obliga a los opositores no sólo a preguntarse si democracia y capitalismo son compatibles, si en realidad el derecho democrático conlleva una forma democrática del poder, sino también a prefigurar el tipo de sociedad que buscan, la forma como pretenden alcanzarla y a responder si esas formas son compatibles con la democracia y el derecho capitalista.<sup>44</sup>

El contexto postsocialista obliga también a cualquier disidencia a un distanciamiento con respecto del objeto de emancipación, que favorezca una configuración contingente de la subjetividad del agente para trastocar el sentido de lo social y la forma ideológica de la dominación (capitalismo, colonialismo, imperialismo, patriarcado, estatalismo y homofobia), que transmute las jerarquías y cree nuevos sentidos de comunidad.

Por eso, el sentido de la desobediencia en Latinoamérica remite a formas no civiles de acción, que no forman parte del mundo ni de la política porque suponen la ruptura con su forma y su estructura. La lucha se vuelve un acto incondicionado respecto del sistema de reflexividad, irreductible a todo ordenamiento porque no busca la confirmación de su sentido sino que tiene en sí su potencia y sus condiciones de posibilidad.<sup>45</sup>

Los fenómenos contemporáneos de desobediencia en nuestra región no existen sólo como efecto del entendimiento, porque se trata de fuerzas que ponen en riesgo los principios de sentido común, colonial y capitalista. En

<sup>44</sup> Boaventura Santos, *Sociología jurídica crítica*, pp. 504-505.

<sup>45</sup> Slavoj Žižek, *Arriesgar lo imposible*, p. 120.

este contexto la creación de sentido depende de construcción de un sujeto que pueda asumir como propio el riesgo de confrontar la formulación normativa de sentido común.<sup>46</sup>

Los linderos del derecho como entidad reflexiva no estarían situados en el nivel interno de producción, reconocimiento y cambio del derecho sino en el de la legitimación de las luchas de ruptura y resistencia contra la norma, así como de las teorías políticas y sociales que dan sustento a esas luchas que niegan la forma y el contenido del derecho estatal en favor de otras formas de derecho.

A pesar de ser una condición de necesidad, la no obediencia, como un posible “no derecho”, la posibilidad de usar la fuerza contra el derecho, es la forma de acción política dentro del modelo de la configuración legal de la violencia que no está determinada por el sentido interno del sistema, la única elección posible en un contexto donde la violencia estatal funciona como elemento de clausura.

El cambio del derecho dependería no de la validez y justicia de los actos de desobediencia sino de la fuerza que los ciudadanos despliegan contra las normas jurídicas,<sup>47</sup> de su capacidad de politización de los conflictos y las desigualdades, de defensa de los recursos naturales, del cuerpo y la conciencia, frente a la forma jurídica del mercado.

La sociedad es el campo donde se juegan las posibilidades emancipatorias de esta forma de acción política, un campo donde los objetivos desde luego no son militares sino políticos, donde cualquier intento de autonomía que no venga de la colectividad es un simulacro de *sujetividad*,<sup>48</sup> una libertad observada que no es verdadera liberación.

La fuente del derecho democrático sería un hecho más que un derecho, un acto de fuerza de quienes se emplazan contra el derecho, la desobediencia, que como otras figuras de la excepción están al mismo tiempo dentro y fuera del derecho como su referente negativo, como un “no derecho” en el que se juegan las formas de emancipación de las sociedades de este siglo que pronto llegará a su cuarta década.

<sup>46</sup> Selbin, *op. cit.*, p. 91.

<sup>47</sup> García del Campo, *op. cit.*, p. 103.

<sup>48</sup> Bolívar Echeverría, *Definición de cultura*, p. 233.

## VI. Conclusiones

El pensamiento socialista y la teoría democrática comparten la creencia en el modelo de soberanía política como espacio de autodeterminación. Cada una de estas perspectivas persigue a su modo un fin común: la superación de los conflictos mediante la conformación de una identidad entre estado y sociedad centrada en el campo de las relaciones económicas.

El desgaste y posterior fracaso de cada una de esas perspectivas, es el signo del desgaste del modelo de soberanía democrática como forma de representación de la comunidad y como modelo de autodeterminación política.

Ni la revolución ni la articulación democrática cumplen con las expectativas que crean, pero tampoco pueden impedir la despolitización de lo económico, la exclusión de otras formas de vida ni acortar la brecha entre los que toman las decisiones y los que obedecen. Por el contrario, fortalecieron el clientelismo y la corrupción.

Esto ha impulsado el surgimiento de formas del poder de carácter informal procesadas por fuera de los canales estatales, que han vuelto inocuos los procesos políticos de formación de la soberanía democrática

Frente al ascenso de una concepción neoliberal de la soberanía, la aparición de nuevos movimientos sociales con formas de acción y perspectivas propias alientan la idea de escisión como forma de emancipación.

La pérdida de la capacidad regulatoria de los Estados obliga a una redeterminación de la teoría para explicar los procesos políticos contemporáneos, no conforme un principio de validez formal o material, sino como algo causado por el vínculo de ese discurso con el uso de la fuerza.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer*, II. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

Bartra, Armando. *Tomarse la libertad*. México, Ítaca, 2011.

Belakrishnan, Rajagopal. “Los límites del derecho en la globalización contrahegemónica”. *El derecho y la globalización desde abajo*. Boaventura Santos y C. Rodríguez Garavito (coords.), Madrid, Anthropos, UAM, 2007, pp. 307-382

- Clastres, Pierre. *Investigaciones en antropología política*. Barcelona, Gedisa, 1981.
- Correas, Óscar. “El otro Kelsen”. *El otro Kelsen*, Óscar Correas (coord.), México, IIJ-UNAM, 1989. pp. 10-59.
- \_\_\_\_\_. *Introducción a la crítica del Derecho moderno (esbozo)*. México, Fontamara, 2006.
- Echeverría, Bolívar. *El materialismo de Marx, discurso crítico y revolución*. México, Ítaca, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Valor de uso y utopía*. México, Siglo veintiuno editores, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Definición de cultura*. México, FCE, Ítaca, 2013.
- Estévez Araujo, Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994.
- Foucault, Michel. *Defender la sociedad*. México, FCE, 2002.
- \_\_\_\_\_. “¿Es inútil sublevarse?”. *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, vol. III*, Barcelona, Paidós, 1999. pp. 203-207.
- García del Campo, Pedro J. “Democracia y comunismo”. *Comunismo jurídico*. Óscar Correas (coord.), México, Ediciones Coyoacán, CEIICH-UNAM, 2013.
- Houtzager, Peter. “El MST y el campo jurídico en Brasil”. *El Derecho y la globalización desde abajo*. Boaventura Santos (coord.), Madrid, Anthropos, Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- Laclau, Ernesto y Chantal Mouffe. *Hegemonía y estrategia socialista*. Buenos Aires, FCE, 2011.
- López Bárcenas, Francisco y Mayra Montserrat. *El mineral o la vida. Legislación y política minera en México*. México, Ítaca, 2013.
- Onfray, Michael. *Tratado de resistencia e insumisión*. Barcelona, Anagrama, 2010.
- Sousa Santos, Boaventura de. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Madrid, Trotta, ILSA, 2012.
- \_\_\_\_\_. “El Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolita subalternas”. *El derecho y la globalización desde abajo*. Boaventura de Sousa Santos, (coord.), Madrid, Anthropos, UAM, 2007.
- Selbin, Eric. *El poder del relato. Revolución rebelión resistencia*. Buenos Aires, Interzona, 2012.
- Sorel, Georges. *Reflexiones sobre la violencia*. Madrid, Alianza, 1976.
- Stučka, Pēteris I. *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*. 2<sup>a</sup> ed., Juan Ramón Capella, (prólogo y versión castellana), Barcelona, Península, 1974.
- Žižek, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Buenos Aires, Ediciones Sequitur, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Arriesgar lo imposible*. Madrid, Trotta, 2012.

## **Electrónicas**

- Ceseña Martorella, Ana Ester. “Ayotzinapa, emblema del ordenamiento social del siglo XXI”. *Rebelión*, Madrid, s/f. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=193060>, (consultado el 6 de abril de 2021).

Subcomandante Marcos. "Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial". *Rebelión*, Madrid, Comunicado del 6 de abril de 2010. [www.rebelion.org/docs/121951.pdf](http://www.rebelion.org/docs/121951.pdf), (consultado el 13 de junio de 2021).

Zibechi, Raúl. "El estado de excepción como paradigma del extractivismo". *Red Latinoamericana sin Fronteras*, [redlatinasinfronteras.wordpress.com/2016/08/23/el-estado-de-excepcion-como-paradigma-politico-del-extractivismo/](http://redlatinasinfronteras.wordpress.com/2016/08/23/el-estado-de-excepcion-como-paradigma-politico-del-extractivismo/), (consultado el 15 de junio de 2021).



# La naturaleza jurídica de las contribuciones. Un debate vigente.

## Primera parte

Juan José Céspedes Hernández\*

### **Resumen:**

El propósito de este trabajo consiste en retomar el análisis de lo que son las contribuciones. La mayor parte de la doctrina, nacional y extranjera, da por sentado lo que son. Sin embargo, existen problemas para conceptualizar las contribuciones; establecer su importancia económica; analizar si es un número cerrado o abierto a nuevos diseños; determinar los elementos que les confieren identidad; los tipos específicos existentes en nuestra legislación nacional; y las confusiones respecto de su verdadera naturaleza. Finalmente, se examinan los casos que se consideran relevantes cuando han surgido controversias sobre su auténtica identidad.

### **Abstract:**

*The purpose of this work is to return to the analysis of what contributions are. Most doctrine, domestic and foreign, takes for granted what they are. However, there are problems in conceptualizing contributions; establishing their economic importance; analyzing whether it is a closed number or open to new designs; determining the elements that give them identity; the specific types existing in our national legislation; and confusions regarding their true nature. Finally, the cases that are considered relevant when controversies have arisen about their authentic identity are examined.*

**Sumario:** Introducción / I. Hipótesis y metodología / II. Diferencias entre tributo y contribución / III. Importancia económica de las contribuciones federales / IV. Concepto y elementos distintivos de las contribuciones / Fuentes de consulta

\* Maestro en Juicios Orales por la Universidad Insurgentes, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho UAM-A.

## ***Introducción***

La naturaleza jurídica de las contribuciones en México es un tema que, hasta el momento, consideramos que no ha sido estudiado con el nivel de profundidad que amerita pues, desafortunadamente, los distintos legisladores, tanto federales como estatales, han empleado una técnica deficiente para crearlas. Tales insuficiencias han generado controversias y, en algunos casos, ocasionado su reclasificación, con la consecuente aplicación de los principios constitucionales rectores en esta materia, pero bajo una apreciación totalmente distinta, lo cual ha desembocado en resoluciones en las que se ha declarado su inconstitucionalidad.

Con la finalidad de analizar esta problemática, en este trabajo proponemos, primeramente, identificar las nociones de tributo y contribución desde un punto de vista histórico y semántico. A continuación, identificaremos su importancia económica conforme a las previsiones recaudatorias federales de los últimos cinco años en México. Sobre esta base, después, analizamos las dificultades de una definición de lo que son las contribuciones y cuáles son sus rasgos distintivos. En seguida, pasamos a estudiar sus principales bases constitucionales y si constituyen un número limitado, o bien, si es posible ampliar su número y configuración.

Una vez efectuado dicho análisis, procedemos a evidenciar las dificultades metodológicas que existen sobre la identificación de la verdadera naturaleza de las contribuciones y finalizar con el estudio de algunos casos relevantes y precedentes judiciales. También, en esta parte, buscamos mostrar que este tipo de problemáticas se han presentado con mayor frecuencia de lo que ordinariamente se percibe.

Es así que, a partir de una revisión sobre las características principales que presentan las contribuciones y los rasgos específicos de sus distintos tipos, así como los principios constitucionales que les son aplicables a cada una de ellas y de los casos que se han suscitado sobre su correcta clasificación, se busca establecer una propuesta metodológica para abordar este tipo de problemáticas, así como apuntar a la necesidad de establecer un sistema adecuado de derechos humanos o derechos fundamentales en materia tributaria.

## I. Hipótesis y metodología

Nuestra primera hipótesis de trabajo consiste en que el concepto de contribuciones, los tipos específicos y los aspectos técnicos que delimitan cada una de ellas, no ha sido abordado con suficiente precisión, lo cual ha dado como consecuencia que, en un primer momento, se emiten leyes con deficiencias técnicas y, posteriormente, cuando se examina la naturaleza de las contribuciones como parte de una controversia jurisdiccional, puede llegarse a la conclusión de que se hizo un incorrecto diseño y clasificación. Por ejemplo, que lo elaborado era un impuesto, pero al estudiarse se concluyó que, en realidad, era un derecho; o bien, que se estableció un derecho, pero se determinó que era una contribución de mejora.

Inmediatamente ligada a esa hipótesis, se plantea que, cuando se determina esa reclasificación de la contribución, ello puede ocasionar su declaración de inconstitucionalidad, porque los principios rectores de las contribuciones se aplican de manera diferente a cada especie.

Una segunda hipótesis es que, en nuestra Constitución y legislación federal, no se proporcionan los elementos técnicos específicos que permitan conceptualizar y diferenciar lo que son las contribuciones, en sentido general y en lo particular respecto de ciertos tipos. Debido a esta omisión se propicia el que se cometan yerros técnicos en su diseño legislativo.

La tercera y última hipótesis que se propone radica en que las contribuciones no es un número invariable, limitado o restringido, sino que es susceptible de ampliación. Por lo mismo, se plantea la posibilidad de crear nuevos tipos de contribuciones, distintas de las ya existentes.

A partir de tales hipótesis, procederemos a analizar cuáles con los problemas existentes respecto de la conceptualización de las contribuciones. Para tal fin, empleamos los métodos de investigación históricos (mediante una revisión de las fuentes doctrinales sobre su origen) y comparativo (fundamentalmente con la legislación española y el Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias).

A continuación, se analiza la relevancia económica de las contribuciones en la percepción de los ingresos del Estado mexicano mediante el método analítico cuantitativo, basado en una revisión de la proporción que representan para los ingresos totales, con base en los datos proyectados de recauda-

ción contenidos en las leyes de ingresos de la Federación por el periodo 2020 a 2025.

Posteriormente, con base en un método documental se analiza si las contribuciones son un número cerrado o abierto a nuevos diseños; cuáles son los elementos que les confieren identidad específica y los tipos de contribuciones en nuestra legislación federal y estatal.

Por último, mediante un método de análisis de casos, se estudian las confusiones y controversias que se han generado con respecto de su verdadera naturaleza y los fallos que se han emitido al respecto, así como los efectos de esas determinaciones.

## ***II. Diferencias entre tributo y contribución***

Históricamente la noción de tributo (del latín *tributum*) surgió como una pres- tación impuesta por razón de una relación preexistente de dominio, entre un superior y un inferior.<sup>1</sup> Normalmente las relaciones entabladas por conquista militar daban lugar a este tipo de tributos.<sup>2</sup>

Algunos consideran que el origen del verbo *tribuere* (repartir o distribuir), originalmente significaba repartir entre las tribus, que a su vez aludía a la divi- sión étnica original de las tres asociaciones de linajes o familias de la antigua Roma (*Tities* que vienen de Tito Lacio, *Ramnes* que descienden de *Rvómulo* y *Luceres* que descienden de Lucumon) y que eran considerados romanos desde la fundación de Roma.<sup>3</sup>

Es precisamente a partir del desarrollo del sistema tributario romano, basa- do en una supremacía militar, que se surgieron varios de los principios en esta

<sup>1</sup> Sobre este particular, debe tomarse en cuenta que “... en la antigüedad un tributo no era sino un pago, ya sea en dinero o en especie, que el vasallo le debía al señor a cambio de protección. Así los conquistadores imponían, de ordinario, un tributo a los pueblos conquistados. El *tributum* exigido desde los primeros tiempos por los romanos iba, a menudo, seguido por la concesión de cierto grado de autonomía, tal como ocurría entre los judíos en los tiempos de Cristo. En los últimos años del Imperio Romano, eran los ciudadanos romanos quienes pagaban tributos a las tribus bárbaras, primero para apaciguarlas y más tarde por haber sido conquistados por ellas. El tributo de la antigüedad sólo tenía por objeto lograr protección”. Richard L. Amaro Gómez, “Tributo”.

<sup>2</sup> Daniel Diep Diep, “La evaluación del tributo”, pp. 65-72; Horacio Uresti Robledo, *Los impuestos en México*, pp. 23-63; Raúl Rodríguez Lobato, *Derecho fiscal*, p. 6.

<sup>3</sup> Cfr., Diccionario etimológico castellano en línea “Tributo”; asimismo, Laboratorio Virtual, “Origen de los tributos”.

materia que siguen vigentes en la actualidad, tales como los de *proporcionalidad* (referido a la capacidad económica del contribuyente, pero en ese entonces medido en términos de capacidad agrícola); *igualdad* (bajo el entendido de que había diferentes estamentos sociales, jefes y grados militares, gobernantes, agricultores, ciudadanos romanos y gentiles); *legalidad* (los tributos solo se crean mediante ley,<sup>4</sup> pero en la época de la República se creaban por las asambleas populares, después, durante el principado, lo hizo el senado, y durante el imperio, se necesitaba la orden del emperador para establecer nuevos tributos o modificar los existentes); *indisponibilidad* (en el sentido de que no quedaba sujeto a la voluntad de los contratantes determinar si se cumplía o no con el pago de los tributos, modificarlos o trasladar a otros su pago); y de *utilidad pública* (lo recaudado se emplea para beneficio de la colectividad y se incorpora a la masa de los bienes públicos).<sup>5</sup>

Muchos consideran que el principio de proporcionalidad tributaria surgió con la ciencia económica y, en particular, con las aportaciones de Adam Smith. Sin embargo, Antonio Hita Albaracín señala que:

El principio de proporcionalidad está basado fundamentalmente en la capacidad económica que tuviese el sujeto pasivo, es decir, sus recursos económicos y sus fuentes de ingresos. Así se desprende de una constitución del emperador Antonio en la que se establece que ‘todas las cargas públicas deben ser soportadas en proporción a las fortunas’. Por eso afirma Ulpiano, las personas sin recursos no tenían la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado.

Según el autor, la aplicación de este principio se establecía considerando el nivel de producción de la capacidad agrícola que tuviese la región, aplicándose un porcentaje sobre la cantidad de producto producido u obtenido. Este porcentaje era distinto en cada zona o provincia, dependiendo de la calidad y del tipo de tierras, del nivel de producción y de la rentabilidad obtenida (...).<sup>6</sup>

<sup>4</sup> De ahí el aforismo *Nullum tributum sine lege*.

<sup>5</sup> *Vid.*, José M. Domínguez y Clemente Checa González, “Concepto de tributo: una perspectiva comparada Brasil-España”, pp. 575-578.

<sup>6</sup> Antonio Hita Albaracín, *Los impuestos en el derecho romano*, pp. 6-11. Dicho apuntamiento se sustenta, a su vez, en la investigación de Antonio Fernández de Buján y Fernández, “*Ius Fiscale: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano*”, pp. 198-199.

Es conveniente precisar, además, que Adam Smith no señaló en su obra un principio de proporcionalidad, como tal, sino que simplemente argumentó que los impuestos debían ser proporcionales al beneficio que recibe una persona al vivir en sociedad y, en ese contexto, que debían seguir, en general, cuatro cánones: 1) Los súbditos de cualquier estado deben contribuir al sostentimiento del gobierno en la medida de lo posible en proporción a sus respectivas capacidades; 2) El impuesto que cada individuo debe pagar debe ser cierto y no arbitrario; 3) Todos los impuestos deben ser recaudados en el momento y la forma que probablemente resulten más convenientes para el contribuyente y 4) Todos los impuestos deben estar diseñados para extraer de los bolsillos de los contribuyentes o para impedir que entre en ellos la menor suma posible más allá de lo que ingresan en el tesoro público del Estado.<sup>7</sup>

En este contexto y, considerando los elementos anteriores, es muy probable que Antonio Hita Albarracín y Antonio Fernández de Buján y Fernández reinterpretan con bastante cuidado el diseño de los tributos del derecho romano a partir de una idea de la proporcionalidad, porque no contamos con datos de esa época que permitan identificar una idea de la proporcionalidad en materia tributaria como la que, varios siglos después, forjó Adam Smith. También es de reconocerse que, el hecho de que no se mencionara la proporcionalidad como canon o principio, no demerita en modo alguno el hecho de que, muy probablemente, fue un aspecto tomado en cuenta al momento de establecer la carga impositiva.<sup>8</sup>

Retomando nuestro análisis, tenemos que, posteriormente, de manera ya más específica, en el ámbito político y financiero, el término tributo se emplea para aludir a las prestaciones pecuniarias o de contenido patrimonial que el Estado o un ente público autorizado por él exige a los sujetos que le están sometidos, en términos de ley.<sup>9</sup> Lo anterior, en razón de que el tributo es considerado una manifestación específica del ejercicio de una potestad de imperio o de soberanía, puesto que se basa en una relación de poder y de sujeción.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, pp. 746-749.

<sup>8</sup> Ambos autores así lo refieren respecto de Ulpiano en D. 50.4.4.2 y en D. 50. 15. 5; en Papiniano, en D. 39.4.8.1; Hermogeniano en D. 49.14.9; así como en el Título 42 del Libro 10 del Código Justiniano.

<sup>9</sup> *Vid.*, Rafael I. Martínez Morales, *Derecho administrativo. Segundo curso*, p. 83; Adolfo Arrijoa Vizcaíno, *Derecho fiscal*, pp. 139-141; José L. Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de derecho tributario*, pp. 181-184.

<sup>10</sup> *Vid.*, Juan Martín Queralt et. al., *Curso de derecho financiero y tributario*, pp. 330-331.

Posteriormente, surge el concepto de contribuciones (del latín *contributio*, -*ōnis*),<sup>11</sup> en virtud de que cambiaron las razones que le sirven de justificación al establecimiento de esas aportaciones económicas obligatorias porque, después de la Revolución francesa y la emisión de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano,<sup>12</sup> se instauró desde entonces la idea de que las contribuciones son establecidas por los propios ciudadanos mediante un sistema de representación parlamentaria; es decir, son los propios ciudadanos, representados por sus legisladores, los que libremente establecen la cuantía, forma y condiciones bajo las cuales se realizarán esas aportaciones, aunque, claro está, mediante el uso del sistema de democracia representativa.<sup>13</sup>

Por ende, a partir de la expedición de esa declaración, la justificación teórica del establecimiento de los tributos con base en una relación de superioridad militar y de imperio, se ve sustituida por las ideas de representación parlamentaria de los ciudadanos, soberanía estatal, solidaridad social y de libre determinación impositiva a través de los órganos legislativos.

De esta suerte, esta noción de contribución es retomada por la mayoría de las constituciones europeas y, posteriormente, llega a incorporarse a la Constitución mexicana. Inclusive, en la actualidad, basta la revisión del texto constitucional vigente para constatar que en ninguno de sus artículos se emplea el vocablo tributo, pero si en forma amplia y reiterada el de contribución.

Ahora bien, pese a que, como se ha señalado, entre las nociones de tributo y contribución existen antecedentes históricos y marcos teóricos conceptuales

<sup>11</sup> Los componentes léxicos de la palabra contribución son el prefijo con (de todo o junto), *tribuere* (aportar o entregar) y el sufijo ción (acción y efecto). Significa aportar una parte en común; incorporar o entregar algo conjuntamente o en compañía de otros y, finalmente, pagar algo conjuntamente o dentro de las tribus. Se trata, en suma, de una aportación solidaria, la cual, en este nivel conceptual, puede hacerse tanto a entes privados como públicos. *Vid.*, Diccionario etimológico castellano en línea, “Etimología de contribuir”.

<sup>12</sup> *Vid.*, Tal aserto se deriva del texto de los artículos 6°, 13 y 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los que claramente se señala que la ley es la expresión de la voluntad general; que todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus representantes; que para los gastos de la fuerza pública y la administración resulta indispensable una contribución común, la cual debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos; y que todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo. Antes de este texto, no con otro dato histórico sobre este concepto y sentido de las contribuciones.

<sup>13</sup> *Vid.*, Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, p. 131.

que las hacen distinguibles, hay una robusta corriente doctrinal contemporánea que equipara al tributo y la contribución, al punto de emplearlas como sinónimos. Por esa razón, se considera que la distinción entre estas dos nociiones no es clara y que, hasta la fecha, sigue siendo materia de constantes confusiones.<sup>14</sup>

En el derecho positivo mexicano se aprecia que, en el artículo 2º del Código Fiscal de la Federación, se emplea únicamente el término contribuciones, pero sin conceptualizarlas o proporcionar una noción.<sup>15</sup> En cambio, lo que si hace el legislador federal es señalar que la contribución es un género,<sup>16</sup> del cual se desprenden cuatro especies<sup>17</sup> que se clasifican en impuestos,<sup>18</sup> derechos,<sup>19</sup> contribuciones de mejoras<sup>20</sup> y aportaciones de seguridad social,<sup>21</sup> respecto de las cuales si se proporciona su respectivo concepto.

De esta suerte, es claro que, en la legislación fiscal federal, por una cuestión de unanimidad terminológica y de congruencia con el texto constitutivo

<sup>14</sup> *Vid.*, Lenin J. Andara Suárez y María Á. Guervós Maíllo, *Manual de derecho tributario I. Derecho sustantivo*, p. 68; Gabriela Ríos Granados, *Manual de derecho fiscal*, pp. 93-94; Armando Cortés Galván, *El concepto de tributo en México*, pp. 27-37. Cabe mencionar que, para este último autor, las finalidades fiscales o recaudatorias y las extrafiscales (de cualquier tipo) también deberían formar parte del concepto de contribuciones.

<sup>15</sup> El distinguido tratadista Sergio F. de la Garza considera que, en esta materia, la terminología es promiscua y se presta a confusiones, por lo cual en México no se encuentra la definición de que es un tributo en ninguna ley, ni se define qué es una contribución. Él estima que tributo y contribución son sinónimos. Sergio F. de la Garza, *Derecho financiero mexicano*, pp. 319-320.

<sup>16</sup> En este caso, aclaramos que usamos la palabra género en su acepción de categoría, clase, grupo o tipo al que pertenecen varias cosas.

<sup>17</sup> Decimos que son especies porque se trata de figuras impositivas que conservan algunos caracteres comunes entre sí, los cuales permiten agruparlas como contribuciones. Las características comunes de ellas las exponemos más adelante.

<sup>18</sup> En el ejercicio fiscal 2025 hay siete impuestos federales.

<sup>19</sup> Los derechos son de varios tipos y están regulados en la Ley Federal de Derechos, que es bastante extensa. Por una cuestión de agrupación, esta ley los divide en dos grandes apartados, uno referido a los derechos por prestación de servicios públicos y el otro refiere a los derechos por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público.

<sup>20</sup> Conforme al artículo 1º de la Ley de Ingresos de la Federación del Ejercicio Fiscal 2025, solamente se prevé una contribución de mejora, relacionada exclusivamente con obras públicas de infraestructura hidráulica.

<sup>21</sup> En México hay cinco tipos de aportaciones de seguridad social: a) Las aportaciones y abonos retenidos a trabajadores por los patrones para el Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT); b) Las cuotas para el Seguro Social a cargo de patrones y trabajadores (IMSS); c) Las cuotas del Sistema de Ahorro para el Retiro a cargo de los patrones (SAR); d) Las cuotas a cargo de los trabajadores para el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); y e) Las cuotas a cargo de los militares para el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

cional, sólo se utiliza el vocablo contribución. Por ende, fácilmente se colige que el legislador se aparta de la discusión sobre su probable sinonimia con respecto del tributo.

### ***III. Importancia económica de las contribuciones federales***

En la actualidad, para el Estado mexicano la principal fuente de obtención de recursos económicos se lleva a cabo mediante el cobro de contribuciones. Esta afirmación se puede verificar tomando como referencia los ingresos previstos en las leyes de ingresos federales de los últimos seis años:

Ley de Ingresos de la Federación	Ingresos totales estimados en millones de pesos	Ingresos por concepto de contribuciones en millones de pesos	Porcentaje del total de ingresos previstos
Ejercicio Fiscal 2020 <sup>22</sup>	\$6,107,732.4	\$3,391,542.2	64.3699%
Ejercicio Fiscal 2021 <sup>23</sup>	\$6,295,736.2	\$3,957,192.6	62.8551%
Ejercicio Fiscal 2022 <sup>24</sup>	\$7,088,250.3	\$4,403,599.2	62.1253%
Ejercicio Fiscal 2023 <sup>25</sup>	\$8,299,647.8	\$5,151,656.1	62.0707%
Ejercicio Fiscal 2024 <sup>26</sup>	\$9,066,045.8	\$5,536,412.9	61.0675%
Ejercicio Fiscal 2025 <sup>27</sup>	\$9,302,015.8	\$6,175,930.6	66.3934% <sup>28</sup>

Con base esta información, fácilmente se constata que, en los últimos años, más del sesenta por ciento de los recursos económicos que obtiene el Estado mexicano se obtienen mediante la recaudación de contribuciones.

<sup>22</sup> Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020, artículo 1º.

<sup>23</sup> Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2021, artículo 1º.

<sup>24</sup> Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022, artículo 1º.

<sup>25</sup> Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2023, artículo 1º.

<sup>26</sup> Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2024, artículo 1º.

<sup>27</sup> Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2025, artículo 1º.

<sup>28</sup> Es fácilmente destacable que el porcentaje total de ingresos por concepto de recaudación de contribuciones durante el periodo 2020-2024 disminuyó cada año en su proporción frente a los ingresos totales. Asimismo, en las leyes de ingresos de ese mismo lapso se observa el incremento de endeudamiento público, lo cual constituye uno de los factores que incidió en la variación porcentual total de la recaudación de contribuciones en los últimos cinco años. Esta tendencia cambió en el ejercicio fiscal 2025, pues los ingresos por la vía de contribuciones aumentaron significativamente.

De igual manera, de la información de cada una de las Leyes de Ingresos de los años 2020, 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025, se verifica que, dentro de los ingresos por concepto de contribuciones, la captación más elevada es la que se lleva a cabo por la vía de los impuestos.

En forma más específica, se constata que el Impuesto Sobre la Renta es el de mayor nivel recaudatorio para el Estado.

Estos aspectos permiten destacar que las contribuciones, en general, tienen una alta relevancia económica para los ingresos del Estado mexicano y, que, de manera más específica, los impuestos ocupan un lugar de suma importancia en esa captación de recursos.

Todo lo antes señalado permite sostener que, actualmente, las contribuciones constituyen el principal mecanismo de financiamiento para la prestación de los servicios públicos, los bienes que proporcionan las distintas instituciones del Estado, los programas y apoyos sociales y, en general, el adecuado funcionamiento de todas las áreas gubernamentales.

Desde la óptica internacional, México es uno de los treinta y cuatro países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y que ha sido identificado como uno de los menores ingresos tributarios con respecto de su Producto Interno Bruto (PIB). Durante el periodo 2015-2019, México registró un promedio de 16.3% de ingresos tributarios totales con respecto del PIB. Posteriormente, en el lapso 2019-2021, el promedio de los ingresos tributarios en el PIB de México aumentó a 17.1%, pero siguió ubicando a nuestro país en el último lugar dentro de la OCDE en este rubro.<sup>29</sup> Aunque este es un punto continuamente mencionado, la gran dificultad de incrementar la recaudación fiscal radica en hacerlo sin afectar el crecimiento económico y las inversiones, ni generar o impulsar procesos inflacionarios.

#### ***IV. Concepto y elementos distintivos de las contribuciones***

Una vez precisada su relevancia económica, por vía de consecuencia, se entiende que las contribuciones constituyen, en términos generales, prestacio-

<sup>29</sup> Senado de la República “México, el país con menor proporción de ingresos tributarios respecto del PIB en la OCDE, señala estudio del IBD”. El estudio se puede consultar en: Jaime A. del Río Monges, “Brecha entre México y la media de la OCDE con relación al promedio de la proporción de ingresos tributarios en el PIB, 2015-2019 y 2019-2021”.

nes que el Estado impone a los gobernados mediante una ley (*obligatio ex lege*), con la finalidad de contar con los recursos financieros suficientes para sufragar los gastos públicos.

Hasta el momento, las contribuciones constituyen el mecanismo más eficiente a través del cual se lleva a cabo la exacción;<sup>30</sup> es decir, son el instrumento que permite llevar a cabo una transferencia de la riqueza privada en favor del Estado para generar así la riqueza pública.<sup>31</sup>

Llama poderosamente la atención que, pese a su importancia, las contribuciones no se encuentran definidas en nuestra legislación.<sup>32</sup> Por esa razón, la mayoría de las conceptualizaciones que se han elaborado entorno a ellas son de carácter doctrinal. No obstante, es posible precisar que las contribuciones presentan las características siguientes:<sup>33</sup>

- <sup>30</sup> La exacción ha sido reconocida en la jurisprudencia mexicana desde la quinta época y se reconoce que puede incidir directamente en el contribuyente, en los terceros con los cuales tiene tratos (principalmente, mediante la percusión, la traslación, la incidencia y el impacto fiscal) y en los sujetos que la ley señala como responsables de cumplir con el pago de las contribuciones. La explicación más desarrollada de este fenómeno económico aparece en INCIDENCIA DE LOS IMPUESTOS. SU CONCEPTO Y VALORACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA, Tesis de jurisprudencia la./J. 76/2010, 163332, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Epoca, Primera Sala, Administrativa, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 94.
- <sup>31</sup> En sentido estricto, la exacción no se limita a las contribuciones, sino que también comprende todo tipo de prestaciones económicas que tiene derecho a cobrar el Estado en la vía económica coactiva, como los créditos fiscales que refiere el artículo 4º del Código Fiscal de la Federación.
- <sup>32</sup> El artículo 2º de la Ley General Tributaria española define a los tributos como los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniaras exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Además, reconoce que pueden ser instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución de ese país. Ley General Tributaria. Ley 58/2003, de 17 de diciembre/General Tributaria, publicada en el *Boletín Oficial Español* (BOE). De manera muy similar, el artículo 2º del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) define a los tributos como las prestaciones pecuniaras que el Estado, en ejercicio de su potestad tributaria y como consecuencia del hecho imponible previsto en la ley, al que esta vincula el deber de contribuir, con el objeto de satisfacer las necesidades públicas. CIAT, *Modelo de Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*, p. 35.
- <sup>33</sup> Para este apartado tomamos como base las valiosas aportaciones de Arrijoa Vizcaíno, *op. cit.*, pp. 387-440; Juan R. Bravo Arteaga, *Nociones de derecho tributario*, pp. 137-152; Collado Yurrita y Luchena Mozo, *op. cit.*, pp. 233-260; De la Garza, *op. cit.*, pp. 322-328; Luis F. Dorantes Chávez y Mónica E. Gómez Marín, *Derecho fiscal*, pp. 91-108; Heinrich W. Kruse, *Derecho tributario, parte general*, pp. 61-72; Ady Mazz, *Curso de derecho financiero y finanzas*, pp. 91-11; Pérez de Ayala y González, *op. cit.*, pp. 187-212; Martín Queralt *et. al.*, *op. cit.*, pp. 114-125; Sonia Venegas Álvarez, *Derecho fiscal*, pp. 95-148 y 303-331.

**A) Se establecen mediante ley:** En razón de que se trata de obligaciones económicas de dar a cargo de los contribuyentes, solo pueden crearse mediante una ley.

El principio de legalidad en materia tributaria significa que la creación de contribuciones solo puede ser mediante una ley válidamente creada por el legislador constitucionalmente competente (*nullum tributum sine lege*), ajustándose a los procedimientos instituidos que le son aplicables; es decir, debe ser una ley en sentido formal<sup>34</sup> y material.<sup>35</sup> Por lo tanto, ningún otro instrumento normativo, de naturaleza secundaria o derivada, puede tener esa virtud.

En el ámbito federal, la regla general es que la ley es emitida por el Congreso de la Unión siguiendo el procedimiento legislativo establecido para tal fin.<sup>36</sup> Empero, por excepción, el Ejecutivo Federal puede emitir este tipo de legislación cuando los hace en los casos de suspensión de derechos fundamentales para atender situaciones de emergencia,<sup>37</sup> o bien, cuando se trata de la modificación de cuotas o tarifas arancelarias.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Una ley en sentido formal es aquella que es emitida por un parlamento o asamblea legislativa constitucionalmente competente, cumpliendo cabalmente los procedimientos establecidos para ese fin. En el caso de México, las autoridades legislativas constitucionalmente competentes son el Congreso de la Unión (para las contribuciones federales) y los Congresos o Legislaturas Estatales (tratándose de las contribuciones estatales y municipales).

<sup>35</sup> En sentido material una ley es cuando la norma jurídica es general, abstracta y permanente. Además, en materia fiscal, la ley tiene la característica de ser obligatoria, porque no depende de la voluntad de los gobernados su actualización y cumplimiento, a la par de que tampoco es disponible, negociable, ni renunciable.

<sup>36</sup> Por ejemplo, los artículos 71, 72, 73, fracciones VII y XXIX, y 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>37</sup> Situación prevista en los artículos 29 y 49 de la Constitución General de la República y que en la doctrina jurídica nacional se suele denominar como decreto ley o legislación de emergencia. Un caso ilustrativo se encuentra en CONTRIBUCIONES DE GUERRA, Tesis aislada, 320070, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Segunda Sala, Tomo C, p. 98.

<sup>38</sup> Lo cual está previsto en los numerales 131, primer párrafo, de la Constitución Federal; 4, fracción I, de la Ley de Comercio Exterior; 2, fracción V, y 143 de la Ley Aduanera. En la doctrina nacional se le suele denominar decreto delegado. Se recomienda consultar COMERCIO EXTERIOR. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 131 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE CONFIERE AL EJECUTIVO FEDERAL FACULTADES EXTRAORDINARIAS EN LA MATERIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES, Tesis aislada 1a. CC/2007, 171522, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda sala, Constitucional y Administrativa, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 376; asimismo, COMERCIO EXTERIOR. DIFERENCIA ENTRE LAS FACULTADES FORMALMENTE LEGISLATIVAS CUYO EJERCICIO PUEDE AUTORIZAR EL CONGRESO DE LA UNIÓN AL TITULAR DEL EJECUTIVO FEDERAL EN TÉRMINOS DE LO PREVISTO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 131 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y

A su vez, las legislaturas o congresos de los Estados y de la Ciudad de México pueden legislar en materia tributaria en ejercicio de la facultad propia que tienen conferida en esta materia, aunque sin invadir los ámbitos tributarios exclusivos de la Federación,<sup>39</sup> así como respetando las prohibiciones<sup>40</sup> y las limitaciones específicas<sup>41</sup> que se encuentran establecidas en esta materia.

Una vez puntuados los alcances de la exigencia de que las contribuciones sean establecidas mediante una ley, es posible sostener que la propia Constitución, en cuanto norma fundamental, es la primera fuente de creación de contribuciones, en tanto que establece un deber primario de sujeción. El texto de su artículo 31, fracción IV, es considerado como el origen y fundamento general de todas las obligaciones fiscales, al disponer que los mexicanos se encuentran obligados a contribuir a los gastos públicos en la forma que se determine y sea adecuadamente detallado a través de las leyes secundarias. Certo es que se trata de una previsión muy general, pero dada su naturaleza de norma fundante del Estado mexicano y de creación de los principios que le sustentan, es suficiente para establecer la obligación general (carga general o deber de sujeción) de aportar todos los recursos que requiera el Estado para que éste pueda cumplir con sus funciones.

Sobre esta base es posible afirmar que la primera fuente de creación de contribuciones es la propia Constitución, porque en ella se prevé su existencia, pero deja a cargo del legislador secundario, federal o estatal, el ejercicio de la potestad tributaria en uso de la libertad de configuración normativa para determinar cuáles lo son, cuántos tipos y las condiciones específicas para su causación, cálculo y pago.<sup>42</sup>

LAS FACULTADES CONFERIDAS A UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA AL TENOR DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL PROPIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, Tesis aislada 2a. CXV/2001, 189172, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Constitucional y Administrativa, t. XIV, agosto de 2001, p. 211.

<sup>39</sup> El ámbito tributario de competencia exclusivamente federal está contenido en la fracción XXIX del artículo 73 de la Constitución Política.

<sup>40</sup> Las prohibiciones tributarias para los Estados están contenidas en el artículo 117, fracciones III, IV, V, VI, VII y IX.

<sup>41</sup> Las limitaciones se encuentran establecidas en los artículos 115, fracción IV, segundo párrafo, 118, fracción I, y 122 inciso A, fracción V, quinto párrafo, inciso C.

<sup>42</sup> La libertad de configuración normativa en materia tributaria aparece reconocida en PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS. EL LEGISLADOR NO SE ENCUENTRA VINCULADO POR LA INFLACIÓN NI POR UN DETERMINADO PORCENTAJE AL

Muy ligado al anterior principio, se encuentra el principio de reserva de ley, conforme al cual, la creación de las obligaciones contributivas sustantivas (de pago) solo pueden provenir de una ley en la cual se establezcan, con la mayor precisión posible, todos sus elementos (sujetos, objeto, base, cuota, cuota o tasa, etcétera). Sin embargo, este principio en materia tributaria no es absoluto, sino que se ha entendido que es relativo,<sup>43</sup> toda vez que las obligaciones administrativas, formales, de control o complementarias para asegurar el cumplimiento de las normas tributarias y la efectiva recaudación de las contribuciones, pueden ser establecidas mediante una ley o a través de las normas administrativas secundarias que se deriven de la propia ley que establece la obligación sustantiva.

**B) Son aprobadas por la ciudadanía por conducto de sus representantes legislativos:** Lo cual es propio de una democracia representativa como la que ha adoptado el Estado mexicano. Teóricamente, se considera que son algo aprobado por los propios ciudadanos y no les viene impuesto por una voluntad externa y ajena, en cumplimiento del principio democrático. En materia fiscal la intensidad del análisis constitucional no es estricta, porque se reconoce en favor del legislador secundario una amplia capacidad de intervención y de regulación que debe respetarse por el juzgador pues, de otra manera, podría llegarse al grado de que pudiera sustituirse en la competencia legislativa, violando así el principio democrático que opera en esta materia.<sup>44</sup>

INCREMENTAR EL MONTO DE UN DERECHO, Tesis de jurisprudencia 2a./J. 28/2024 (11a.), 2028486, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Constitucional y Administrativa, Tomo IV, Libro 35, marzo de 2024, p. 3607.

<sup>43</sup> *Vid.*, LEGALIDAD TRIBUTARIA. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ES DE CARÁCTER RELATIVO Y SÓLO ES APLICABLE TRATÁNDOSE DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN A LA CUANTÍA DE LA CONTRIBUCIÓN, Tesis aislada P. XLII/2006, 175059, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Constitucional y Administrativa, t. XXIII, mayo de 2006, p. 15.

<sup>44</sup> *Vid.*, ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 84/2006, 173957, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Constitucional, Tomo XXIV, noviembre de 2006, p. 29.

**C) Establecen con carácter obligatorio el cumplimiento de una prestación patrimonial o pecuniaria:** Predominantemente de pago de dinero, aunque, excepcionalmente, es posible que su pago sea en especie.<sup>45</sup>

En tal virtud, se trata de aportaciones económicas obligatorias, creadas mediante ley, susceptibles de exigirse en forma coactiva y, desde un punto de vista económico, constituyen un medio de transferencia de riqueza.

**D) A través de ellas se concreta el principio de solidaridad social:** Porque las obligaciones de pago a cargo de los ciudadanos, en su calidad de contribuyentes, constituyen un medio para generar todas las condiciones necesarias para la vida social y una adecuada redistribución de la riqueza.<sup>46</sup>

Es indudable que el establecimiento de un sistema de derechos fundamentales y, en general, de derechos sociales, implica elevados costos para su adecuada implementación y eficacia real. En este sentido, debe tenerse en cuenta que todas las declaraciones de derechos en el texto constitucional y las consecuentes funciones del Estado en esta materia, en cuanto promotor y garante de esos derechos, requieren de inversiones financieras considerables para que éstos tengan plena eficacia.<sup>47</sup> De no contarse con la asignación de recursos, esos derechos solo tendrían una dimensión conceptual, más no real, por lo que su existencia se restringiría a la meramente documental.

**E) Los recursos económicos que se obtienen mediante ellas están destinados para los gastos públicos en general:** Y, excepcionalmente, de manera especial, siempre y cuando sea mediante una ley; esto es, todas las

<sup>45</sup> El pago en especie o dación en pago no está regulado expresamente en el Código Fiscal de la Federación, pero con base en la aplicación supletoria del artículo 2095 Código Civil Federal es posible que se aplique esta figura. Son muestra clara de que procede esta figura, aunque de manera restringida, los artículos 7-A a 7-D de la Ley del Servicio de Administración Tributaria que permiten el pago de contribuciones mediante la entrega de obras plásticas que realicen sus autores, así como el Decreto que otorga facilidades para el pago de los impuestos sobre la renta y al valor agregado y condona parcialmente el primero de ellos, que causen las personas dedicadas a las artes plásticas, con obras de su producción, y que facilita el pago de los impuestos por la enajenación de obras artísticas y antigüedades propiedad de particulares, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de octubre de 1994.

<sup>46</sup> *Vid., OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD*, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 65/2009, 166907, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Constitucional y Administrativa, t. XXX, julio de 2009, p. 284.

<sup>47</sup> Es coincidente con este punto de vista Juan M. Ortega Maldonado, *Lecciones de derecho fiscal*, pp. 25 y 28-29.

contribuciones constituyen una forma de financiamiento del Estado para poder cumplir con las funciones a su cargo.

Los recursos obtenidos por esta vía pueden ser destinados al gasto público en general (que consiste en una administración global de la asignación de recursos en términos del presupuesto de egresos y las demás normas de disciplina financiera en materia de gasto público); o bien, pueden ser asignados a un tipo de gasto público específico, siempre y cuando haya una ley que así lo determine.<sup>48</sup>

**F) Tienen una finalidad redistributiva de la riqueza y su asignación a los gastos públicos busca obtener el uso eficiente de los recursos para generar beneficios colectivos (maximización del beneficio colectivo):**

La recaudación de los recursos económicos obtenidos mediante esta vía se justifica, desde el punto de vista social y económico, en tanto que vienes, pueden ser empleados para generar beneficios para la sociedad en su conjunto y proveerse de los factores que requiere. Por ende, la riqueza pública obtenida mediante las contribuciones, encuentra su racionalidad en tanto que los recursos económicos se asignan de la manera más adecuada posible para generar el bienestar de la sociedad.

**G) Existe la posibilidad de pedir la rendición de cuentas de su administración:** Tanto la recaudación, como el correlativo gasto público, son objeto de una cuenta pública que deben rendir las autoridades. La fiscalización de la totalidad de la actividad económica del Estado es objeto de una revisión que abarca, sin lugar a dudas, la recaudación de las contribuciones y, en su caso, de su adecuada y correcta aplicación.<sup>49</sup>

Por otra parte, la información relativa a la estadística sobre la recaudación puede ser objeto de transparencia y de solicitudes de acceso a la informa-

<sup>48</sup> *Vid., CONTRIBUCIONES. LAS DESTINADAS AL PAGO DE UN GASTO PÚBLICO ESPECIAL NO VIOLAN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL*, Tesis de jurisprudencia P.J. 106/99, 192853, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Constitucional y Administrativa, t. X, noviembre de 1999, p. 26; también, IMPUESTOS, GASTO PÚBLICO ESPECIAL A QUE SE DESTINEN LOS. NO HAY VIOLACIÓN AL ARTICULO 31 CONSTITUCIONAL, FRACCIÓN IV, Tesis de jurisprudencia, 232355, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Constitucional y Administrativa, Vol. 181-186, Primera Parte, p. 244.

<sup>49</sup> La cuenta pública abarca los ingresos y, por lo tanto, la recaudación de las contribuciones, acorde a lo previsto por los artículos 74, fracción VI, 79, fracción I, 116, fracción II, sexto párrafo, y 122, inciso A, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal.

ción pública por cualquier persona interesada, lo cual genera la denominada auditoría ciudadana.<sup>50</sup>

**H) Están a cargo de quienes se consideren contribuyentes y responsables de su pago:** A pesar de que el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal alude solo a los mexicanos (criterio de vinculación personal), su aplicación comprende también a los extranjeros que tienen actividades económicas o un patrimonio en territorio mexicano (criterios de vinculación objetivos), dado que se trata de una de las condiciones jurídicas que asumen al encontrarse personalmente en territorio nacional, al tener actividades económicas o un patrimonio en él (bienes o capital), acorde a lo previsto en el artículo 73, fracción XVI, de nuestra Carta Magna.

Como la calidad de contribuyente la determina directamente la ley, se ha admitido que pueden serlo las personas físicas (o naturales), las personas morales (o jurídicas) y los entes jurídicos (cuando no tienen reconocida la calidad de personas o sujetos de derecho, pero la legislación fiscal les trata como contribuyentes).

Asimismo, la obligación de cumplir con las prestaciones patrimoniales puede recaer directamente en aquellas personas que, en razón de sus vínculos patrimoniales o comerciales, así como en sus funciones de fedatarios públicos, la ley les impone el deber de tener que pagar las contribuciones y sus accesorios en caso de que los contribuyentes no lo hagan, o bien, lo hagan de manera incompleta. La responsabilidad fiscal se establece con la clara finalidad de asegurar la recaudación de las contribuciones.<sup>51</sup>

**I) Son establecidas con carácter obligatorio y, en caso de incumplimiento, son susceptibles de cobro coactivo:** En virtud de que son emitidas con base en una ley, constituyen un acto soberano que impone esa obligación patrimonial de contribuir. No están condicionadas a la aceptación o consentimiento de los contribuyentes y, por esa misma razón, no son negociables, ni transferibles por los particulares en sus contratos. Pero si lo

<sup>50</sup> Esto resulta del análisis del artículo 6º, inciso A, fracciones I, II y IV, de la Constitución, en relación con los numerales 70, fracción XLIII, y 83 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 72, fracción VII, inciso i), y 73, fracciones IV, inciso p), y V, incisos c) y d) de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>51</sup> El listado general de responsables fiscales aparece en el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación, sin perjuicio de que las demás leyes fiscales especiales establezcan una responsabilidad específica o amplíen ese listado.

llegaran a hacer, cualquier estipulación que hagan vendría a ser inoponible ante las autoridades fiscales.

Si los contribuyentes o los responsables fiscales no cumplen con el pago de las contribuciones, es posible que su cobro se lleve a cabo en forma coactiva sobre los bienes que conforman su patrimonio; es decir, es factible que se entable la coacción patrimonial para que el Estado verifique su percepción.<sup>52</sup>

**J) Se rigen predominantemente por un criterio territorial:** Se debe a que el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal prevé que las pagan los contribuyentes a la Federación, los estados, los municipios y la Ciudad de México en que residan.

La territorialidad (o ámbito espacial de validez de las normas tributarias) impide que se impongan contribuciones a sujetos que no han llevado a cabo actividades económicas o que no tengan un patrimonio (bienes o capital) dentro del territorio del sujeto activo de la relación tributaria.

De esta suerte, los municipios no podrían cobrar contribuciones a las personas residentes, o que tienen un patrimonio o actividades económicas, en otra circunscripción municipal.<sup>53</sup> En idéntico sentido, ocurre entre los estados de la República y la Ciudad de México;<sup>54</sup> así como entre la Federación y otros países del mundo.

Empero, es imprescindible apuntar que nada impide que el Estado mexicano utilice un criterio de vinculación subjetivo o personal, en cuyo caso las personas físicas y morales mexicanas, por el solo hecho de serlo, deberán pagar contribuciones, con independencia de su lugar de residencia, el de ubicación de su patrimonio o en el que lleven a cabo sus actividades económicas.

**K) Deben ser proporcionales y equitativas:**<sup>55</sup> La proporcionalidad radica en que los contribuyentes lleven a cabo su aportación en relación

<sup>52</sup> El cobro coactivo de las contribuciones está constitucionalmente previsto en los artículos 22, párrafo segundo, y 89, fracción I. En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, en el ámbito federal, el procedimiento administrativo de ejecución aparece desarrollado con amplio detalle en los artículos 145 a 196-B, del Código Fiscal de la Federación.

<sup>53</sup> Las circunscripciones territoriales de los municipios están previstas en el primer párrafo del artículo 115 constitucional.

<sup>54</sup> Las leyes fiscales de los estados y de la Ciudad de México solo pueden tener efectos dentro de su propio territorio, acorde a las previsiones contenidas en los artículos 121, fracción I, y 122, fracción XI, de nuestra Carta Fundamental.

<sup>55</sup> En esta ocasión, por razones de espacio, no abordaremos a detalle los principios de proporcionalidad y equidad tributaria.

directa con la manifestación de riqueza gravada. Se aclara este aspecto, porque no es lo mismo gravar el ingreso (porque en este supuesto, el que percibe más ingresos deberá pagar una contribución más elevada), que quien lleva a cabo actos de consumo o intercambio comercial (que ahí la referencia es la cuantía económica de la operación), o que recaigan sobre el patrimonio (que en este supuesto se toma como referencia el valor del bien o conjunto de bienes de los que es propietario, poseedor, enajenante o adquirente el contribuyente). Cabe precisar que, en forma reciente, se ha admitido que la proporcionalidad abarca o comprende el derecho al mínimo vital; esto es, que las obligaciones contributivas no deben afectar el derecho de contar con los todos recursos económicos suficientes para que la persona pueda tener o adquirir los satisfactores indispensables para una vida digna. En consecuencia, la capacidad económica tributaria comienza cuando las personas ya tienen cubiertas todas sus necesidades fundamentales (límite inferior o piso fiscal) y las contribuciones solo resultan aplicables sobre el excedente.<sup>56</sup>

La equidad radica en que los contribuyentes que actualicen los mismos supuestos normativos de la contribución paguen igual y tengan las mismas obligaciones fiscales; es decir, si los contribuyentes están en la misma situación prevista en una hipótesis normativa, deben tener los mismos derechos y obligaciones, lo cual abarca el pagar o contribuir con las mismas cantidades. Pero en caso de que no sea así, es posible que la legislación fiscal establezca válidamente tratamientos diferenciados para los contribuyentes.

Es claro que la proporcionalidad y la equidad se deben cumplir desde el diseño de la ley, pero esos principios fundamentales también se deben acatar en los actos de aplicación de las normas fiscales. Tal aserto se sustenta en que la falta de proporcionalidad o de equidad puede derivar directamente

<sup>56</sup> *Vid.*, DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU CUMPLIMIENTO POR EL LEGISLADOR AL DISEÑAR UN ORDENAMIENTO TRIBUTARIO, Tesis de jurisprudencia 2a./J. 80/2024 (11a.), 2029384, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Administrativa y Constitucional; DERECHO AL MÍNIMO VITAL. EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO, TIENE FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Tesis aislada P. VI/2013 (9a.), 159821, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Constitucional y Administrativa, T. I, Libro 1, diciembre de 2013, p. 135; DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SUS ALCANCES EN MATERIA TRIBUTARIA, Tesis aislada P. VIII/2013 (9a.), 159819, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Constitucional y Administrativa, T. I, Libro 1, diciembre de 2013, p. 138.

de la ley, o puede ser un vicio propio y específico de un acto de aplicación de esas normas.

**L) Los recursos son percibidos o recaudados por los entes públicos facultados para ello:** En términos generales, los contribuyentes aportan, simultáneamente, para los gastos públicos de la Federación, los estados, los municipios y la Ciudad de México. Empero, en cada uno de esos ámbitos mediante una ley específica se faculta a la autoridad encargada de llevar a cabo su recaudación y, en su caso, el cobro coactivo.

Esto es así debido a que, normalmente, la recaudación se lleva a cabo a través de una autoridad de la administración pública (autoridad fiscal central);<sup>57</sup> pero también puede efectuarse esa acción por conducto de una autoridad administrativa que no forme parte de ella e, incluso, puede tener personalidad jurídica y patrimonio propio (parafiscalidad), pero está facultada para actuar como autoridad fiscal respecto de cierto tipo de contribuciones (razón por la cual han merecido la denominación técnica autoridades fiscales autónomas).<sup>58</sup>

Los estados, los municipios y la Ciudad de México<sup>59</sup> tienen a su vez la facultad de establecer para sus propios ámbitos cuáles serán las autoridades competentes para llevar a cabo la recaudación de las contribuciones y, en

<sup>57</sup> En el ámbito federal tiene la calidad de autoridad fiscal central el Servicio de Administración Tributaria, en su calidad de órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. *Vid.*, artículos 1°, 2° y 7°, fracciones I, IV y XIII, de la Ley del Servicio de Administración Tributaria.

<sup>58</sup> Han sido reconocidos como organismos fiscales autónomos el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. *Vid.*, SEGURO SOCIAL, CUOTAS DEL. SON CONTRIBUCIONES Y SE RIGEN POR LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIAS, Tesis de jurisprudencia P.I. 18/95, 200323, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Constitucional y Administrativa, t. II, septiembre de 1995, p. 62; CONSTANCIA DE LA RELACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES DERECHOHABIENTES DEL SISTEMA DE RECAUDACIÓN FISCAL (TRM). TIENE PLENO VALOR PROBATORIO PARA ACREDITAR LA RELACIÓN LABORAL EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LOS CASOS DONDE EL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES INTERVIENE COMO ÓRGANO FISCAL AUTÓNOMO Y DETERMINA UN CRÉDITO FISCAL, Tesis de jurisprudencia 2a.J. 65/2022 (11a.), 2025840, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Segunda Sala, Administrativa, t. III, Libro 21, enero de 2023, p. 2461.

<sup>59</sup> En la Ciudad de México se emplea un sistema centralizado para la recaudación de contribuciones, según se desprende de los artículos 27, fracción III y V, de la Ley Orgánica de la Administración Pública de la Ciudad de México; 3, fracción I, 7, fracción II, inciso B, y 28, fracción XI, del Reglamento Interior del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública de la Ciudad de México.

su caso, llevar a cabo el cobro coactivo. Para tal fin, pueden seleccionar entre establecer una autoridad central, crear un organismo fiscal autónomo o una combinación de ambos.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

- Arrioja Vizcaíno, Adolfo. *Derecho fiscal*. 28<sup>a</sup> ed., México, Themis, 2008.
- Bravo Arteaga, Juan Rafael. *Nociones de derecho tributario*. 3<sup>a</sup> ed., Colombia, Legis, 2008.
- Collado Yurrita, Miguel Ángel (dir.) y Gracia María Luchena Mozo. (coord.). *Derecho financiero y tributario, parte general*. 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Atelier, 2011.
- Cortés Galván, Armando. *El concepto de tributo en México*. México, Novum, 2015.
- Dorantes Chávez, Luis Felipe y Mónica Ekaterin Gómez Marín. *Derecho fiscal*. México, Patria, 2012.
- Garza, Sergio Francisco de la. *Derecho financiero mexicano*. 28<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2008.
- Kruse, Heinrich Wilheim. *Derecho tributario. Parte general*. 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- Martínez Morales, Rafael I. *Derecho administrativo. Segundo curso*. México, Harla, 1991.
- Mazz, Ady. *Curso de derecho financiero y finanzas*. t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1984.
- Martín Queratl, Juan y Carmelo Lozano Serrano, José M. Tejerizo López, Gabriel Casado Ollero y Germán Orón Moratal. *Curso de derecho financiero y tributario*. 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- Ortega Maldonado, Juan Manuel. *Lecciones de derecho fiscal*. 3<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2015.
- Pérez de Ayala, José Luis y Eusebio González. *Curso de derecho tributario*. t. I, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1983.
- Ríos Granados, Gabriela (coord.). *Manual del derecho fiscal*. México, UNAM, 2020.
- Rodríguez Lobato, Raúl. *Derecho fiscal*. 2<sup>a</sup> ed., México, Harla, 1993.
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*. Carlos Rodríguez Braun (trad. y estudio preliminar), Madrid, Alianza, 1996.
- Uresti Robledo, Horacio. *Los impuestos en México*. México, Taxxxx, 2002.
- Venegas Álvarez, Sonia. *Derecho Fiscal*. México, Oxford, 2010.

## **Electrónicas**

- Amaro Gómez, Richard Leonardo. “Tributo”. *Ekonolink*. <https://www.econlink.com.ar/tributo#:~:text=https%3A//www.econlink.com.ar/tributo> (consultado el 2 de enero de 2025).
- Andara Suárez, Lenin José. *Manual de derecho tributario I. Derecho sustantivo*. 2<sup>a</sup> ed., España, Universidad de Salamanca, 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=850841> (consultado el 21 de septiembre de 2024).
- Asamblea Nacional Constituyente Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf) (consultado el 21 de septiembre de 2024).
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. *Modelo de Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*. Panamá, mayo, 2015. [https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015\\_Modelo\\_Codigo\\_Tributario\\_CIAT.pdf](https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015_Modelo_Codigo_Tributario_CIAT.pdf) (consultado el 21 de septiembre de 2024).
- Diccionario etimológico castellano en línea. “Etimología de contribuir”. <https://etimologias.dechile.net/?contribuir> (consultado el 2 de enero de 2025).
- \_\_\_\_\_. “Tributo”. <https://etimologias.dechile.net/?tributo> (consultado el 22 de septiembre de 2024).
- Diep Diep, Daniel. “La evaluación del tributo”. *La evaluación del tributo, en Universidad Abierta*, pp. 65-72. <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/D/Diep%20Daniel-Evolucion.htm> y <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/24132/21598> (consultado el 21 de septiembre de 2024).
- Domínguez, José Marcos y Clemente Checa González. “Concepto de tributo: una perspectiva comparada Brasil España”. *Revista derecho GV*, 9 (2), São Paulo, Jul-Dec, 2013, pp. 575-578. <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/21445/20203> (consultado el 21 de septiembre de 2024).
- Fernández de Buján y Fernández, Antonio. “Ius Fiscale: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano”. *Revista de derecho UNED*, Núm. 5, 2009. [https://www.researchgate.net/publication/342942984\\_Ius\\_fiscale\\_instrumentos\\_de\\_politica\\_financiera\\_y\\_principios\\_informadores\\_del\\_sistema\\_tributario\\_romano](https://www.researchgate.net/publication/342942984_Ius_fiscale_instrumentos_de_politica_financiera_y_principios_informadores_del_sistema_tributario_romano) (consultado el 2 de enero de 2025).
- Jellinek, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*. 2<sup>a</sup> ed., Adolfo Posada (trad. y estudio preliminar), estudio introductorio Miguel Carbonell, UNAM, México, 2003. <https://www.iecm.mx/www/sites/DDHH/publicaciones/22.pdf>
- Hita Albaracín, Antonio. *Los impuestos en el derecho romano*. Tesis de grado, Universidad de la Rioja, 9 de julio de 2015. <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/3453/HITA%20ALBARRACIN%2C%20ANTONIO.pdf?sequence=1> (consultado el 21 de septiembre de 2024).
- Laboratorio Virtual. “Origen de los tributos”. Facultad de Contaduría, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, <https://www.geocities.ws/paconta/tribu/oritribu.htm> (consultado el 22 de septiembre de 2024).

Río Monges, Jaime Arturo del. "Brecha entre México y la media de la OCDE con relación al promedio de la proporción de ingresos tributarios en el PIB, 2015-2019 y 2019-2021". *Instituto Belisario Domínguez*, Senado de la República México, 2 de mayo de 2024. [http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/6229/NE\\_223%20Brecha%20Mexico%20OCDE.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/6229/NE_223%20Brecha%20Mexico%20OCDE.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado el 2 de enero de 2025).

Senado de la República, Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República. "México, el país con menor proporción de ingresos tributarios respecto del PIB en la OCDE, señala estudio del IBD", 12 de mayo 2024. <https://comunicacionsocial.senado.gob.mx/informacion/comunicados/8975-mexico-el-pais-con-la-menor-proporcion-de-ingresos-tributarios-respecto-al-pib-en-la-ocde-senala-estudio-del-ibd#:~:text=En%20cuanto%20a%20la%20capacidad,%20regional%20en%20el%20PIB> (consultado el 2 de enero de 2025).

## Legislación

Código Fiscal de la Federación, publicado el 31 de diciembre de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 12 de noviembre de 2011.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma 17 de enero de 2025. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (consultado el 20 de enero de 2025).

Ley Aduanera, publicada el 15 de diciembre de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma 12 de noviembre de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAdua.pdf> (consultado el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Comercio Exterior, publicada el 27 de julio de 1993 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma 21 de diciembre de 2006. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/28.pdf> (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley Federal de Derechos, publicada el 31 de diciembre de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 19 de diciembre de 2024.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada el 4 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 20 de mayo de 2021.

Ley General Tributaria. Ley 58/2003, del 17 de diciembre/General Tributaria, publicada el 18 de diciembre de 2003 en el *Boletín Oficial Español (BOE)* número 302; última actualización el 25 de mayo de 2023. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2024/BOE-A-2024-5721-consolidado.pdf> y en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=030\\_Ley\\_General\\_Tributaria\\_y\\_sus\\_reglamentos.pdf](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=030_Ley_General_Tributaria_y_sus_reglamentos.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020, publicada el 25 de noviembre de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lif\\_2020/LIF\\_2020\\_orig\\_25nov19.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lif_2020/LIF_2020_orig_25nov19.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2021, publicada el 25 de noviembre de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://portalhcd.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF\\_2021\\_251120.pdf](https://portalhcd.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF_2021_251120.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022, publicada el 12 de noviembre de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lif\\_2022/LIF\\_2022\\_abro.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lif_2022/LIF_2022_abro.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2023, publicada el 14 de noviembre de 2022 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lif\\_2023/LIF\\_2023\\_abro.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lif_2023/LIF_2023_abro.pdf). (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2024, publicada el 13 de noviembre de 2023 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF\\_2024.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF_2024.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2024).

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2025, publicada el 19 de diciembre de 2024 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF\\_2025.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF_2025.pdf) (consultado el 2 de enero de 2025).

Ley del Servicio de Administración Tributaria, publicada el 15 de diciembre de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma 4 de diciembre de 2018. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/93\\_041218.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/93_041218.pdf) (consultada el 21 de septiembre de 2024).

# El control parlamentario de los tratados en los albores del constitucionalismo moderno

Aldo Rafael Medina García\*

Pamela Lilí Fernández Reyes\*\*

## **Resumen:**

En este artículo se expone la reticencia de algunos teóricos de la democracia moderna a someter la acción exterior del Estado al control democrático. Se analizan los primeros textos constitucionales modernos que incorporaron el control parlamentario de los tratados internacionales: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, las constituciones francesas posteriores a la revolución de 1789 y la Constitución de Cádiz de 1812, con la finalidad de identificar particularidades y modelos, que después han sido replicados en buena parte de las constituciones democráticas actuales.

## **Abstract:**

*This article exposes the reluctance of some theorists of modern democracy to subject the external action of the State to democratic control. The first modern constitutional texts that incorporated parliamentary control of international treaties are analyzed: The Constitution of the United States of America of 1787, the French constitutions after the revolution of 1789 and the Constitution of Cadiz of 1812, in order to identify particulars and models, which have later been replicated in much of the current democratic constitutions.*

**Sumario:** Introducción / I. El rechazo de los teóricos al control democrático de la acción exterior del Estado / II. Los primeros textos constitucionales que incluyeron el control parlamentario de los tratados internacionales / III. El control senatorial de los tratados en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 / IV. La Revolución francesa de 1789 y el control parlamentario de los tratados / VI. La Constitución de Cádiz de 1812 / VII. Reflexión final / Fuentes de consulta

\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor-Investigador de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (SNII).

\*\* Doctora en Derecho por el Departamento de Filosofía del Derecho, moral y política I, de la Universidad Complutense de Madrid, Profesora-Investigadora de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e investigadores (SNII).

## ***Introducción***

La acción exterior del Estado, entendida como el “conjunto de acciones que tiene un Estado más allá de sus fronteras con base en el interés nacional”,<sup>1</sup> es una actividad que históricamente se ha atribuido, primero a los monarcas y, con el advenimiento de los estados democráticos a los jefes de Estado, pero en ambos casos con la mayor libertad para su ejercicio y con apenas límites en el ejercicio de tan importante facultad.

La negociación y ratificación de tratados es una de las principales acciones que en el ámbito internacional realizan los poderes ejecutivos y también la primera que fue sometida a control democrático a través de las asambleas representativas. Por lo tanto, estimamos pertinente identificar y analizar los primeros textos constitucionales modernos con los que se inauguró el control parlamentario de los tratados internacionales, entre los que se destaca la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, las constituciones francesas posteriores a la revolución y la Constitución de Cádiz de 1812.

### ***I. El rechazo de los teóricos al control democrático de la acción exterior***

El control parlamentario es una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad; sin embargo, en el constitucionalismo moderno se han diseñado mecanismos específicos para controlar la actividad convencional internacional que, invariablemente recae en la figura del poder Ejecutivo o jefe de Estado. El estudio de estos ámbitos materiales como objeto de la función de control plantea una serie de dificultades que, en principio, no percibimos cuando se ejerce sobre otro ámbito, como puede ser el caso del ejercicio presupuestario del gobierno. Dichas dificultades tienen que ver con la concepción histórica del poder exterior como una actividad en la que el monarca, primero, y después el poder Ejecutivo, debían tener la mayor libertad para tratar con los gobiernos extranjeros.

Entre los teóricos de lo que después habría de ser el moderno Estado de derecho estaba sumamente arraigada la idea de que el monarca, como deposi-

<sup>1</sup> Rafael Velázquez Flores y Jorge Schiavon, “Opinión pública y política exterior: percepciones y preferencias de los mexicanos”, p. 75.

tario del poder soberano y personificación de su Estado, era el representante exterior y por consiguiente era el titular absoluto del *treaty-making power*. El monarca disfrutaba de los que se denominaba *ius representationis omnimodae*.<sup>2</sup>

Así, conviene recordar a Tocqueville en *La Democracia en América* (1835) cuando decía que, “la política exterior no exige el uso de casi ninguna de las cualidades que son propias de la democracia e impone, por el contrario, el despliegue de casi todas aquellas que le faltan (...) es en la dirección de los asuntos exteriores de la sociedad donde los gobiernos democráticos me parecen decididamente inferiores a los demás”.<sup>3</sup> Por tanto, como advierte Remiro Brotóns, “la política exterior ha manifestado, conceptual e históricamente, una contumaz resistencia a la penetración de la participación y el control democrático”.<sup>4</sup>

Por su parte Locke y Rousseau, consideraron la acción exterior como un ámbito exento a los controles parlamentarios y judiciales, entregado incondicionalmente a la prerrogativa del ejecutivo. Locke, identifica al lado de los poderes ejecutivo y legislativo un poder distinto que denomina *federative power*, que consiste en el poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas, y de realizar tratos con todas las personas y comunidades fuera del Estado; él estimaba que dicho poder no obstante es distinto del ejecutivo, ambos están siempre casi unidos, de tal suerte que:

Aunque la buena o mala administración de este poder federativo es de gran importancia para el Estado, es mucho menos susceptible de regirse por previas y vigentes leyes positivas que el poder ejecutivo; y por eso ha de dejarse a la prudencia y sabiduría de aquellos que lo tienen en sus manos la misión de administrarlo para el bien público.<sup>5</sup>

Por su parte Juan Jacobo Rousseau, en su obra: *Lettres écrites de la Montagne*, decía que:

<sup>2</sup> Luzius Wildhaber, *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, p. 9.

<sup>3</sup> Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, pp. 222-223.

<sup>4</sup> Antonio Remiro Brotóns, *La acción exterior del Estado*, pp. 13-14.

<sup>5</sup> John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, pp. 151-153.

[...] Por los principios establecidos en el contrato social se ve que, a pesar de la opinión común, las alianzas entre Estados, las declaraciones de guerra y los Tratados de paz no son actos de soberanía, sino de Gobierno; y este sentimiento es conforme al uso de las naciones que mejor han conocido los verdaderos principios del Derecho político. El ejercicio exterior del poder no conviene al pueblo; las grandes máximas de Estado no están a su alcance y debe abandonarlas confiado a sus jefes que, siempre más ilustrado que él en ese punto, no harán tratados desventajosos para la patria; el orden quiere que el pueblo deje a sus jefes todo el brillo exterior y que él reclame para sí lo que es más sólido. Lo que importa esencialmente a cada ciudadano es la observación de las leyes en el interior, la propiedad de los bienes, la seguridad de los particulares. Mientras todo marche bien en estos tres puntos, dejad que los Consejos negocien y traten con el extranjero.<sup>6</sup>

Montesquieu, en la misma línea de Locke y Rousseau, en su ya célebre *Del espíritu de las leyes*, reconoce que hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil, y un poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de las personas; es precisamente este último en el que Montesquieu reconoce la facultad del monarca para disponer de la guerra y de la paz, enviar y recibir embajadores, establecer la seguridad y prevenir las invasiones. Así, Montesquieu coincide con Locke en la idoneidad del monarca para conducir los asuntos exteriores del reino, pero también fue él quien, al desarrollar su teoría de la división de poderes, sentó los principios para la posterior participación del parlamento en la actividad exterior del Estado, específicamente en la aprobación de los tratados internacionales.<sup>7</sup>

En opinión de Benjamín Constan, resulta perjudicial que las asambleas participen en la ratificación de los tratados, salvo cuando se trate de intercambio de una parte del territorio. En su parecer, bastaría con el control político ordinario del Parlamento, como sucede en Inglaterra donde los tratados son examinados por el Parlamento, no para rechazarlos o aprobarlos, sino para di-

<sup>6</sup> Boris Mirkine-Guetzévitch, “Derecho constitucional internacional”, p. 141.

<sup>7</sup> Charles-Louis Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, p. 107.

lucidar si los ministros han cumplido con su deber en las negociaciones, con lo cual se refrena a los ministros antes de concluir un tratado.<sup>8</sup>

En fechas más recientes, el profesor Antonio de Luna haciendo una reinterpretación de la construcción del *federative power* de Locke, sostiene que:

(...) el poder exterior no es una parte del poder del Estado, sino ese mismo poder del Estado, uno e indivisible, actuando hacia el exterior, del mismo modo como los tres poderes tradicionales son ese mismo poder del Estado pero actuando hacia el interior, por lo que consideraba que pretender captar su esencia desde la perspectiva interna era condenarse de antemano a su incomprensión.<sup>9</sup>

Si bien es cierto, De Luna no negaba la necesidad de un control de la política exterior, pero reconocía que debía ser distinto al que se realizaba respecto de la actividad interna y, en cierto sentido, también, más limitado; debería entenderse como “una colaboración entre el poder exterior y los demás poderes internos del Estado... un poder de influir o impedir, pero no decidir o impulsar”.<sup>10</sup> Al mismo tiempo, justifica que el titular del poder exterior pueda abusar del mismo:

(...) más vale correr el riesgo de un abuso, que de todos modos es susceptible de ser sancionado políticamente *post factum*, que crear una indefensión del Estado...cuando se somete el poder exterior a trabas, requisitos y limitaciones constitucionales incompatibles con su naturaleza [...], no por maldad, sino por exigencia del propio interés nacional, tiende a liberarse de ellas utilizando fórmulas, habilidades y artilugios más o menos hipócritas e incluso violándolas francamente.<sup>11</sup>

Es por demás evidente que entre los teóricos de lo que después habría de ser el Estado de derecho y también entre algunos estudiosos contemporáneos, existe plena coincidencia en justificar la titularidad y el predominio del ejecutivo en el manejo de la actividad exterior del Estado. Al mismo tiempo,

<sup>8</sup> Benjamín Constant, *Escritos políticos*, p. 131.

<sup>9</sup> Antonio de Luna, “El poder exterior”, p. 219.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>11</sup> *Id.*

resistencia a la participación del Parlamento en tales asuntos, por tanto, no es de extrañar que la política exterior ha sido, y es en gran medida una tarea reservada al ejecutivo, primero depositada en manos del monarca y posteriormente en manos del Gobierno o, bien, el presidente. Resulta evidente, percibir la indiferencia de los teóricos respecto a la política exterior y por consiguiente restaron importancia a la estrecha unión que realmente existe entre la política exterior y el derecho interno, pues en todo caso ambos ámbitos buscan garantizar la libertad de los ciudadanos.

## ***II. Los primeros textos constitucionales que incluyeron el control parlamentario de los tratados internacionales***

En la doctrina se ha discutido sobre la discrecionalidad o limitación de los monarcas en la estipulación de los tratados; así, por ejemplo, Rodríguez Zapata advierte que los reyes de los diferentes reinos españoles nunca tuvieron un poder ilimitado de celebrar tratados o alianzas;<sup>12</sup> sin embargo, esta posición contrasta con aquella que sostiene la discrecionalidad absoluta del monarca en la celebración de tratados. Esta última posición doctrinal es la que sostiene Mirkine-Guetzévitch quien afirma que, hasta finales del siglo XVIII la conclusión de los tratados internacionales fue siempre prerrogativa absoluta de los monarcas, por eso no existen en tal época los problemas que han surgido

<sup>12</sup> Sobre los argumentos respecto a la existencia de límites al poder real en la celebración de tratados, el profesor Rodríguez Zapata dirá respecto a los Visigodos, que: “pese al proceso de absolutización de los monarcas, parece que se mantiene en cierta forma la afirmación de Tácito en su Germania, según las cuales los pueblos bárbaros adoptaban las decisiones más importantes en Asamblea General (...) el poder del Rey aparece además subordinado a preceptos morales y de justicia (...). En la Alta Edad Media se mantiene el principio de que el Príncipe consulte todos los asuntos importantes, entre los que se encontraban los tratados, con sus *optimates*, miembros de su séquito y magnates que le rodean. Así Alfonso VI en el Fuero de Nájera (1076) encuentra conveniente seguir el consejo de sus *optimates* para renovar y revisar las antiguas leyes (...). A partir del siglo XII se denominará al *concilium, curia, cort* o “corte” imponiéndose la tendencia de exigir al Rey que consulte a aquéllos todos los asuntos de importancia, entre los que se incluyen expresamente los concernientes a la posible división de los reinos. Durante la Baja Edad Media y el Estado Moderno, con la consolidación de los poderes de los monarcas, la situación viene a cambiar: el Rey se identifica con el reino y las relaciones, guerras y alianzas, son alianzas personales *inter reges*. Si bien se atribuye al Rey el *ius foederum et legationum* que ejercerá en nombre propio, los reinos recabarán el derecho de ser consultados, y lo serán cuando el Rey necesite, en alguna forma, su ayuda. Sin embargo, al *ius representationis omnimodae* del Rey parece oponérsele el límite de la división y enajenación de sus territorios que se prohíbe por Alfonso X el Sabio en las *Partidas*. *Vid.*, Jorge Rodríguez Zapata, *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, pp. 62-66.

con el progreso de las instituciones constitucionales. Como la voluntad del principio era absoluta, no había ni tratado anticonstitucional, ni regla constitucional susceptible de incurrir en contradicciones con el derecho internacional. La cuestión de la validez interna de un tratado no se planteaba, el principio podía siempre establecer la primacía del tratado.<sup>13</sup>

Si bien es cierto, en la historia podemos encontrar algunos tratados que los monarcas sometieron a órganos colegiados para su discusión y aprobación, coincidimos con el profesor Mirkine-Guetzévitch en cuanto sólo con el advenimiento del Estado constitucional moderno es posible hablar de la existencia de límites realmente efectivos al poder del monarca. En todo caso, hasta antes del siglo XVIII los monarcas absolutos no tenían obligación legal alguna de someter los tratados a la aprobación parlamentaria. Se trataba de un acto voluntario, no sujeto a reglas y procedimientos legales, que podía ser obviado en cualquier momento por el monarca.

### ***III. El control senatorial de los tratados en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787***

En una breve retrospectiva histórica recordemos que los Estados Unidos surgen al independizarse las trece colonias inglesas de la costa atlántica el 4 de julio de 1776; no obstante, algunos historiadores e incluso protagonistas como John Adams, coinciden en afirmar que la revolución y la Unión se formaron gradualmente desde los años 1770 a 1776 y por consiguiente mucho antes de que comenzasen las hostilidades. En todo caso lo que nos interesa resaltar de este proceso que va desde la *Declaration of Independence* de 1776 hasta la Constitución de 1787, es precisamente el papel que se le otorgó a la cámara de senadores en la aprobación de tratados internacionales y fiscalización de la política exterior desarrollada por el ejecutivo.

Son perfectamente visibles y muy significativas las ideas de Locke y Montesquieu plasmadas por los padres fundadores en la constitución de 1787; empero, no debemos olvidar que antes de dicha constitución, fueron las recién independizadas colonias las que se empeñaron en dotarse de una constitución que mejor les condujera a su felicidad y seguridad. Las nuevas constituciones

<sup>13</sup> Mirkine-Guetzévitch, *op. cit.*, p. 140; *vid.*, Wildhaber, *op. cit.*, p. 9.

tuvieron una importancia de primer rango, tanto para la historia constitucional general como para la de los Estados Unidos de Norteamérica. En el primer aspecto, representan el triunfo del concepto racional normativo de Constitución que ya se vislumbraba en la Declaración; se trata de constituciones escritas, sistemáticas y codificadas; ocho de ellas van precedidas de una tabla de derecho inherentes a la personalidad humana, y en función de los cuales se estructura la parte orgánica de la Constitución, que naturalmente se coloca bajo el principio de la división de poderes, que también por primera vez hace su entrada en la historia constitucional y se dirige a afirmar el principio de la soberanía de la ley.<sup>14</sup>

A la vez que las colonias anunciaban la ruptura o independencia de la metrópoli, se propuso el establecimiento de una Confederación permanente, con la finalidad de tener unidad política para la conducción de la guerra. Dicha idea quedó plasmada en el proyecto titulado *Articles of Confederation*, aprobado por el Congreso el 5 de noviembre de 1777 que obtiene la ratificación de la totalidad de los Estados hasta 1781. En estos se establece “una Confederación y unión perpetua entre Estados”, cuyo objeto es la “defensa común, la seguridad de sus libertades y su bienestar general recíproco”. Dentro del nuevo sistema, “cada Estado conservaba su soberanía, libertad e independencia y todo poder, jurisdicción y derecho que no haya delegado expresamente a los Estados Unidos reunidos en Congreso”.

Este congreso, en el que cada Estado tenía un voto, es el único órgano de la confederación y se asemejaba a una Confederación de embajadores, y le correspondía la dirección de la política exterior, la declaración y conducción de la guerra y la conclusión de paz, el establecimiento de un sistema postal, las relaciones con los indios y el sistema de pesos y medidas; además, con el asentimiento de dos tercios de los Estados (es decir, de nueve de ellos) podía fijar el contingente de las fuerzas militares y navales, hacer tratados, votar el presupuesto, acuñar moneda y emitir deuda. Pero carecía de poder directo de tributación y, por consiguiente, dependía económicamente de las aportaciones de los Estados y tampoco podía regular el comercio ni tenía autoridad efectiva para zanjar las disputas interestatales.

La confederación no estaba dotada de un órgano ejecutivo, sólo embrionario poseía una organización judicial. Se trataba, pues, de una entidad

<sup>14</sup> Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 333.

muy débil, en la que los auténticamente soberanos eran los Estados, aunque no faltan tendencias en la época que le asignan la soberanía externa.<sup>15</sup> Así, la Confederación aún con debilidad, supo conducir la guerra durante siete años y finalmente ganarla. Con la firma del Tratado de París en 1783 se puso fin a la guerra de independencia entre las trece colonias americanas confederadas y la Gran Bretaña. En la Convención de Virginia de 1786 se convoca a celebrar una Convención en Filadelfia al año siguiente con la intención de reformar los *Articles of Confederation*; no obstante, reunida la Convención, el 25 de mayo abandona el proyecto de modificaciones parciales y decide reorganizar de modo total la existencia política norteamericana. A consecuencia de ello elabora un proyecto de constitución que se firma el 17 de septiembre pero que entró en vigor hasta enero de 1789, una vez que se hubo ratificado por nueve estados según prescripción constitucional.

Sin lugar a duda, fue la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 la que, con su división de poderes, la soberanía de la ley, la distinción entre poder constituyente y constituido, influyó decididamente en Europa y, en opinión de García-Pelayo, “inspira sin perjuicio de su originalidad, la Declaración francesa de 1789 y, a través de ella el Derecho constitucional moderno”.<sup>16</sup> Desde luego que, las instituciones recogidas en el texto constitucional norteamericano fueron un gran impulso para dar una nueva organización política y jurídica a los convulsionados Estados absolutistas europeos. Asimismo, fue el referente pragmático e ideológico para los incipientes movimientos independentistas de las demás colonias europeas en el continente americano.

Ahora bien, en el tema que nos ocupa, debemos decir que en materia de política exterior la Constitución de 1787 no fue demasiado explícita, pero tiene el mérito de haber sido el primer texto constitucional que, en concordancia con el principio de división de poderes recogido en sus primeros artículos, estableció controles interorgánicos para la celebración y aprobación de tratados internacionales. Así pues, el ámbito de la política exterior es una de las facultades que el presidente y el congreso comparten, especialmente en la celebración de tratados donde es el senado la cámara del congreso que concurre.

El artículo II, sección 2<sup>a</sup> de la Constitución de los Estados Unidos de América, faculta al presidente, “con el consejo y el consentimiento del Senado,

<sup>15</sup> H. C. Hockett, *apud* García-Pelayo, *op. cit.*, p. 334.

<sup>16</sup> García-Pelayo, *op. cit.*, p. 333.

para concluir tratados, siempre que los aprueben dos terceras partes de los senadores presentes". La Constitución de 1787 previó la colaboración de los poderes ejecutivo y legislativo en la conducción de la política exterior, siendo el texto antes trascrito la única referencia explícita a la confección de acuerdos internacionales en ese documento fundamental.

Es evidente, como afirma el profesor Guetzévitch, que para entender este precepto debemos situarnos en la atmósfera política en cuyo seno luchaban los federalistas a favor de la aceptación de la constitución; asimismo, la desconfianza profunda hacia el poder legislativo, que está en la base misma del derecho constitucional americano y que tiene sus raíces en las circunstancias históricas que presidieron el nacimiento de la Constitución de los Estados Unidos de América. De tal suerte que, la desconfianza hacia el legislador indujo a los autores de la Constitución de 1787, a dar al presidente el derecho de concluir por sí sólo los tratados internacionales, pero la redacción definitiva añadió una condición: el consentimiento del senado, compuesto de pocos miembros, era más un colegio gubernamental que una Alta Cámara.<sup>17</sup>

Los padres fundadores, Madison, Hamilton y Jay, en los artículos periodísticos que posteriormente se compilarián en la conocida obra denominada *El federalista*, y que constituyen hoy por hoy comentarios de gran valor y autoridad sobre la Constitución de los Estados Unidos de América, abordaron el tema de los tratados y la política exterior.

En *El federalista* encontramos dos artículos que desde nuestra opinión son claves para entender el sistema constitucional norteamericano de concertación y conclusión de tratados internacionales. Uno de ellos escrito por Jhon Jay, publicado inicialmente el 7 de marzo de 1788 en El Correo de Nueva York; y otro redactado por Hamilton y publicado en ese mismo diario el día 14 de marzo de 1788. En su artículo, Jhon Jay explica las razones por las que en la Constitución se otorgaba al presidente la facultad de celebrar tratados y por otra parte se facultaba al Senado para dar su consejo y consentimiento. Así pues, dice que:

(...) el poder de concertar tratados es muy importante, especialmente por su relación con la guerra, la paz y el comercio; y sólo puede delegarse en forma tal con tales precauciones, que proporcionen toda

<sup>17</sup> Mirkine-Guetzévitch, *op. cit.*, pp. 169-170.

clase de seguridades de que será ejercido por los hombres más capacitados al efecto y de la manera más conducente al bien público. La convención parece haber tenido en cuenta ambos puntos, haciendo que el Presidente sea elegido por un cuerpo selecto de electores, diputados por el pueblo con este propósito expreso, y encomendado el nombramiento de senadores a las legislaturas de los Estados.<sup>18</sup>

Como podemos observar Jay identifica en el presidente y el senado, los dos órganos idóneos para manejar el importante asunto de concertar tratados internacionales, ya que considera que para dichos cargos las asambleas, en el caso de la elección de presidente, y las legislaturas de los Estados que nombrarán a los senadores, dirigirán su atención hacia aquellos hombres que más se hayan distinguido por su capacidad y su virtud y en quienes el pueblo encuentre motivos justificados para depositar su confianza. Él también defiende la participación exclusiva de la cámara de senadores, para lo cual argumenta la amplitud y la poca permanencia de los integrantes de la cámara de representantes para que puedan participar en tales asuntos, que requieren además de talento, también una información exacta y a menudo mucho tiempo para combinarlas y llevarlas a la práctica; en consecuencia, el presidente cuyo encargo es de cuatro años, y los senadores que lo ejercen por seis, son los órganos del Estado que duran en su encargo un mayor tiempo y, por ende tendrían mayor oportunidad de familiarizarse, ampliar sus conocimientos políticos y en fin, tendrían mayor experiencia acumulada para beneficio del país.

Empero, reconoce la prudencia del sistema adoptado en la constitución, al prever la participación del senado, también advierte el sigilo y la diligencia con que se debe actuar en la negociación de los tratados, por tanto, considera que la Convención hizo bien “en distribuir el poder de concluir tratados en tal forma que aunque el presidente ha de contar, al concluirlos, con el consejo y la aprobación del Senado, podrá, sin embargo, conducir las negociaciones del modo que la prudencia le sugiere”.<sup>19</sup>

Por su parte Hamilton, en el artículo publicado el 14 de marzo de 1788, y en el que se dedica a exponer las características del ejecutivo que se propone en la Constitución, dedica una parte importante a comentar la facultad que ésta reconoce al presidente para celebrar tratados. En su análisis y argumen-

<sup>18</sup> Jay Publio, “El federalista LIV”, p. 272.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 274.

tación hace sucesivas referencias a la monarquía británica, en especial a las desmedidas facultades exteriores y de celebración de tratados que poseía el rey. Así pues, diría:

El rey de Gran Bretaña es representante exclusivo y absoluto de la nación en todas las negociaciones con el extranjero. De propia autoridad puede concertar tratados de paz, comercio, alianza y de cualquier otra clase. Se ha insinuado que sus facultades sobre el particular no son definitivas y que las convenciones que celebra con potencias extranjeras se hallan sujetas a la revisión del Parlamento cuya ratificación les es necesaria. Pero soy de parecer que de esta doctrina no se tenía noticia hasta que se nos espotó en las circunstancias por las que atravesamos. Todo jurista de ese reino, así como todas las personas que conocen su Constitución, saben que es un hecho cierto el de que la Corona goza de la prerrogativa de hacer tratados en toda su plenitud e ilimitadamente, y que los pactos que celebra la autoridad real son completamente válidos y perfectos desde el punto de vista legal, sin necesidad de ninguna otra sanción. Es verdad que en ocasiones se ve al Parlamento dedicado a modificar las leyes vigentes con el fin de ajustarlas a lo estipulado en un nuevo tratado, y es posible que esta circunstancia haya hecho nacer la fantasía de que era necesaria su cooperación para dar efecto obligatorio al tratado. Pero la intervención del Parlamento proviene de una causa diferente: de la necesidad de acomodar un sistema de derecho fiscal y mercantil extraordinariamente artificial y complicado a los cambios introducidos por obra del tratado, y de adaptar nuevas disposiciones legales y precauciones al nuevo estado de cosas, con el objeto de impedir el desarreglo de toda la máquina. Desde este punto de vista, en consecuencia, no hay comparación entre el poder que se proyecta para el Presidente y el poder de que disfruta efectivamente el soberano británico. Éste puede realizar por sí solo lo que el otro únicamente podrá efectuar con el consentimiento de una rama de la legislatura.<sup>20</sup>

De tal suerte, Hamilton considera que el hecho de que los tratados sean negociados por el presidente con el consejo y consentimiento del senado es

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 294 -295.

garantía de que el poder del presidente no será desmesurado como lo es el del rey de Inglaterra. Empero, la práctica norteamericana ha distado mucho de lo establecido en la constitución por los padres fundadores, debemos decir que la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 constituye el primer antecedente del control parlamentario de los tratados internacionales y también ha sido el modelo que han seguido los modernos estados constitucionales.

#### ***IV. La Revolución francesa de 1789 y el control parlamentario de los tratados***

En opinión de Mirkine Guetzevitch “los teóricos de la democracia futura”, como denomina a Locke, Monstesquieu y Rousseau, no comprendieron el problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista político. Sin embargo, fue la Revolución francesa la que planteó ambos problemas; el problema jurídico lo resolvió al considerar que un tratado obliga al Estado, por consiguiente, obliga a los ciudadanos; por tanto, un tratado obligatorio para los ciudadanos deroga las leyes. La revolución resuelve también el problema político, los tratados internacionales y toda la política internacional, por obligar a los ciudadanos, no son ya simple asunto de los gobernantes sino de los gobernados. La Revolución francesa llega a comprender de modo claro y preciso que la diplomacia, los tratados, en una palabra, toda la política exterior es un asunto íntimo de cada ciudadano; que un tratado no es menos importante que una ley, y por esto exigió la revolución que los asuntos internacionales fuesen también dirigidos y controlados por el pueblo, es decir, por la Asamblea. Llegamos así con el derecho constitucional de la Revolución francesa, a la fórmula moderna del control parlamentario de la política exterior.<sup>21</sup>

La idea de la soberanía nacional, uno de los postulados de la Revolución francesa, se extendió también al ámbito de la política exterior y a diferencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en Francia la intervención de la Asamblea Nacional en la aprobación de los tratados internacionales tenía como motivación la importancia de los asuntos y la repercusión que estos tenían en los ciudadanos, de tal suerte, primero, bajo el principio

<sup>21</sup> Mirkine Guetzévitch, *op. cit.*, pp. 143-144.

de la soberanía nacional, y de la soberanía popular, después; los tratados debían quedar sujetos a control parlamentario. En la Asamblea Constituyente de 1790 se acordó que el rey no debería ser competente para concluir todos los tratados; de suerte tal, algunos delegados se pronunciaron por permitirle concluir todos los tratados de paz; otro sector de los constituyentes propuso una participación legislativa en algunas categorías de tratados, o incluso en la negociación. Finalmente se impuso la fórmula propuesta por Mirabeau quien planteó la idoneidad del ejecutivo para negociar los tratados, y la del legislativo para aprobarlos.<sup>22</sup>

De tal forma, la primera constitución revolucionaria del 3 de septiembre de 1791, incluyó en su título III, capítulo IV, sección III, artículo 3º, la siguiente disposición: “Pertenece al Rey negociar y firmar con todas las potencias extranjeras todos los tratados de paz, de alianza y de comercio y cuantas Convenciones juzgue necesarias al bien del Estado, salvo la ratificación del Cuerpo legislativo”. En este texto constitucional, todavía monárquico, el rey es concebido como un delegado de la nación, sujeto a la soberanía de la ley y, por consiguiente, queda convertido en órgano del Estado.

Durante los siguientes años convulsionados en Francia, las constituciones del año I (1793), III (1795) y VIII (1799),<sup>23</sup> siguieron en esencia lo previsto en

<sup>22</sup> Wildhaber, *op. cit.*, p. 11.

<sup>23</sup> Las subsiguientes constituciones francesas han reiterado el principio de control parlamentario de los tratados internacionales. La Constitución Girondina, en su título XIII, señala:

8. “No podrá emprenderse ninguna negociación, ni acordarse suspensión alguna de hostilidad sino en virtud de Decreto del Cuerpo legislativo, el cual estatuirá acerca de estos objetos después de oír al Consejo ejecutivo”.

9. “Las Convenciones y tratados de paz, de alianza y de comercio serán negociadas en nombre de la República francesa por agentes nacionales nombrados por el Consejo ejecutivo y encargados de sus instrucciones; pero se suspenderá su ejecución y no podrá tener lugar mientras no sea ratificada por el Cuerpo legislativo”.

10. “Sólo se exceptúan de los artículos precedentes las capitulaciones y treguas consentidas por los Generales”.

La Constitución de 1793 aunque jamás tuvo vigencia, constituye un documento importante en la historia constitucional, pues expresa el más acabado ejemplo de constitución democrática. En lo referente a los tratados, dicha constitución estableció en su artículo 55 que: “se designa bajo el nombre particular de Decretos los actos del Cuerpo legislativo referentes a... la ratificación de tratados”.

En la Constitución del año III, se estableció: 329. “Sólo el Directorio puede mantener las relaciones políticas exteriores, dirigir las negociaciones, distribuir las fuerzas de mar y tierra como lo juzgue conveniente, y regular su dirección en caso de guerra”.

330. “Está autorizado para hacer las estipulaciones preliminares, tales como armisticios y neutralizaciones; puede también celebrar Convenciones secretas”.

la Constitución de 1791. Sin embargo, en la Constitución de 1802 Napoleón Bonaparte logró convertirse en el único depositario del *treaty-making power* y, más tarde, las Constituciones de 1814, 1830, 1852 y 1870 determinaron la competencia exclusiva del jefe de Estado para hacer tratados.<sup>24</sup> Empero a partir de la Constitución de 1875, todas las posteriores —1946 y 1958— introdujeron el control democrático de la actividad convencional y exterior del Estado, de suerte tal que el parlamento tiene la facultad de aprobar ciertas categorías de tratados, mientras el ejecutivo puede concluir algunos acuerdos internacionales sin someterlos a la aprobación parlamentaria.

## V. La Constitución de Cádiz de 1812

Las Cortes de Cádiz,<sup>25</sup> reunidas cuando la mayor parte de España estaba bajo la ocupación francesa, promulgaron la primera Constitución española propiamente dicha el 19 de marzo de 1812. Aunque de vigencia breve y azarosa —recordemos que fue derogada por Fernando VII a su regreso a España en 1814, y volvió a estar vigente entre 1820, 1823, y en 1836 como paso previo a la Constitución de 1873—, la Constitución de Cádiz retomó e incorporó los principios del liberalismo democrático que ya habían hecho suyos las cons-

331. “El Directorio ejecutivo negocia, firma o hace firmar con las potencias extranjeras todos los tratados de paz, de alianza, tregua, neutralidad, comercio y cuantas Convenciones juzgue necesarias al bien del Estado. Estos tratados y Convenciones se negocian en nombre de la República francesa por agentes diplomáticos nombrados por el Directorio ejecutivo y encargados de sus instrucciones”.

333. “Los tratados no son válidos más que después de haber sido examinados y ratificados por el Cuerpo legislativo; sin embargo, las condiciones secretas pueden recibir provisionalmente su ejecución, desde el instante mismo que hayan sido estipuladas por el Directorio”.

En la Constitución del año VIII; se dispuso: 49. “El Gobierno mantiene las relaciones políticas exteriores, dirige las negociaciones, hace las estipulaciones preliminares, firma o hace firmar y concluye todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio y demás Convenciones”.

50. “Las declaraciones de guerra y los tratados de paz, de alianza y de comercio son propuestos, discutidos, decretados y promulgados como leyes. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos, tanto en el Tribunado como en el Cuerpo legislativo, se hacen en sesión secreta cuando el Gobierno lo pide”.

51. “Los artículos secretos de un tratado no pueden destruir los artículos patentes del mismo”.

<sup>24</sup> Wildhaber, *op. cit.*, p. 12.

<sup>25</sup> Para un estudio detallado sobre la regulación del control parlamentario de los tratados internacionales y la política exterior en la Constitución de Cádiz, y las posteriores hasta antes de Constitución de 1978, *vid.*, Faustino Fernández Miranda, *El control parlamentario de la política exterior en el derecho español*.

tituciones de Francia y los Estados Unidos de América y, sin duda alguna, constituyó un referente de imprescindible observancia para la redacción de las constituciones de los estados americanos que lograron su independencia durante las primeras décadas del siglo XIX.

En lo que respecta al control parlamentario de los tratados, debemos decir que la Constitución de Cádiz otorgó al rey la facultad de “dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las potencias, y nombrar los embajadores, ministros y cónsules” (art. 171, 10º); además, los constituyentes de Cádiz otorgaron la facultad de “declarar la guerra, y hacer ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes” (art. 171, 3º). Empero, el rey estaba impedido para “(...) enajenar, ceder, renunciar o en cualquier manera traspasar a otro la autoridad real ni alguna de sus prerrogativas” (art. 172, 3º), tampoco podía “(...) enajenar, ceder o permutar provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español” (art. 172, 4º). Asimismo, le estaba vedado “(...) hacer alianza ofensiva o tratado especial de comercio con ninguna potencia extranjera sin consentimiento de las Cortes” (art. 171, 5º), y tampoco podía “(...) obligarse por ningún tratado a dar subsidios a ninguna potencia extranjera sin el consentimiento de las Cortes” (art. 172, 6º).

Las Cortes debían, pues, aprobar, antes de su ratificación por el rey, aquellos tratados de alianza ofensiva, que establecieran subsidios y los especiales de comercio (art. 131, 7º). Por ende, entendemos que no se requería su aprobación para los tratados que versaren sobre otras materias, aunque tratándose de las declaraciones de guerra y los tratados de paz, su conclusión debía ser notificada a las Cortes. En 1836 las Cortes autorizaron al rey para que no obstante la prohibición constitucional para enajenar, ceder o permutar alguna parte del territorio español, éste pudiera:

(...) concluir tratados de paz y amistad con los nuevos Estados de la América Española, sobre la base de reconocimiento de su independencia, y la renuncia de todo derecho territorial o soberanía por parte de la antigua metrópoli, siempre que en lo demás juzgue el Gobierno que no se compromete ni el honor ni los intereses nacionales. Las Cortes, sin embargo, resolverán lo que crean más conveniente y acertado.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Diario de Sesiones de las Cortes de 27 de noviembre de 1836, Núm. 40, p. 411, *apud*, Fernández-Miranda, *op. cit.*, p. 47.

Los constituyentes de Cádiz, seguramente debido a la inestabilidad política prevaleciente en el territorio español y los movimientos de independencia de sus provincias de ultramar, establecieron un control parlamentario, limitado a cierta clase de tratados (alianza ofensiva, subsidios a potencias extranjeras y comercio), mientras que al rey le atribuyeron un papel decisivo en la declaración de guerra y en la conclusión de tratados de paz.

## ***VI. Reflexión final***

Los asuntos exteriores del Estado históricamente han sido considerados de competencia exclusiva de los poderes ejecutivos; empero, con el advenimiento del Estado constitucional se inaugura una nueva época en la que, incluso las relaciones exteriores, deben someterse al control democrático a través de la participación de las asambleas representativas o parlamentos.

La Constitución de los Estados Unidos de América fue la primera que estableció la participación del senado, una de las cámaras del congreso, para dar su consejo y consentimiento sobre los tratados internacionales celebrados por el presidente, con lo cual los padres fundadores buscaban evitar repetir el desmesurado poder que en esta materia tenía el rey de Inglaterra.

En las constituciones analizadas es posible advertir que ha sido una constante el control parlamentario de los tratados, salvo algunas épocas convulsas en Francia. El modelo originario de control ha sido replicado en la mayoría de las constituciones modernas; pero es posible advertir singularidades en los diferentes sistemas constitucionales, algunas establecen el control parlamentario de todos los tratados (como en los EE. UU.), y otros textos constitucionales prevén el control parlamentario de algunos tratados (como el modelo francés y de Cádiz), en razón de la trascendencia de la materia.

El modelo de la Constitución de los Estados Unidos de América, que somete todos los tratados a control parlamentario, que ha sido instaurado incluso en nuestra Constitución mexicana, tiene ventajas porque evita que quede al arbitrio del Ejecutivo la calificación del tratado y determinar si se trata de uno de los que exige aprobación parlamentaria. De suerte tal que, resulta más práctico y acorde al principio democrático, dejar en manos del parlamento el control político de todos los tratados, intensificando así el control sobre aque-

llos tratados de alta importancia o en su caso aprobarlos sin mayor problema al desahogar el trámite parlamentario.

La Constitución mexicana atribuye al Senado importantes facultades de control sobre las facultades del presidente para dirigir la política exterior del Estado mexicano y para celebrar tratados y convenciones diplomáticas. Así, en los artículos 89, fracción I, y 76, fracción I, prevé que el Senado que revise la política exterior en base a los informes anuales que le rinda el presidente y el secretario de relaciones exteriores; además, le corresponde aprobar la celebración de tratados y convenciones diplomáticas, así como autorizar su terminación, denuncia, suspensión, modificación, enmienda retiro de reservas y formulación de declaraciones interpretativas.

El texto de la Constitución mexicana se incardina en la forma tradicional de control parlamentario a que se ha sujetado la actividad convencional internacional de los poderes ejecutivos, por lo que resulta impostergable revisar su efectividad a fin de plantear alternativas para fortalecerlo.

## **Fuentes de consulta**

### **Bibliográficas**

- Constant, Benjamín. *Escritos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Fernández-Miranda, Faustino. *El control parlamentario de la política exterior en el Derecho Español*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza, 1984.
- Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*. Carlos Mellizo (trad.), Madrid, Alianza, 2004.
- Luna, Antonio de. “El poder exterior”. *Las relaciones internacionales en la era de la guerra fría*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- Méndez Silva, Ricardo. “La ley de 1992 sobre la celebración de tratados”. *Modernización del derecho mexicano. Reformas constitucionales y legales 1992*, UNAM-IIJ, México, 1993.
- Montesquieu, Charles-Louis. *Del espíritu de las leyes*. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trad.), Alianza, Madrid, 2000.
- Publio, Jay. “El federalista LIV”. *El federalista*, Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, Gustavo R. Velasco ( prólogo y trad.), 2<sup>a</sup> ed. en español, México, FCE, 2001.

- Remiro Brotóns, Antonio. *La acción exterior del Estado*. Tecnos, Madrid, 1984.
- Rodríguez Zapata, Jorge. *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976.
- Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Vol. I., Madrid, Aguilar Maior, 1989.
- Wildhaber, Luzius. *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*. Helbing & Lichtenhahn, Basel and Stuttgart, 1971.

## Hemerográficas

- Mirkine-Guetzévitch, Boris. “Derecho Constitucional Internacional”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936.
- Velázquez Flores, Rafael y Jorge Schiavon. “Opinión pública y política exterior: percepciones y preferencias de los mexicanos”. *Revista Mexicana de Opinión Pública*, Núm. 4, México, 2013, pp. 73-91.



# El cumplimiento de los Derechos Sociales: retos, judicialización y el rol del Estado

Mario Santiago Juárez\*

## **Resumen:**

Este estudio analiza los desafíos que se enfrentan al tratar de ejercer los derechos sociales, destacando que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los primeros carecen de mecanismos legales efectivos que garanticen su exigibilidad. Se examina la posibilidad de judicializar los derechos sociales, así como las críticas que esta opción genera, entre ellas, la del riesgo de interferencia en competencias propias del ámbito político y la limitada preparación del poder judicial en materias económicas. Así mismo se revisan diferentes modelos de intervención judicial aplicados en distintos países, concluyendo que los tribunales pueden desempeñar un papel complementario en la protección de los derechos sociales, sin sustituir al poder legislativo ni al ejecutivo en la formulación de políticas públicas.

## **Abstract:**

*This study examines the challenges in fulfilling social rights, highlighting how, unlike civil and political rights, they lack effective legal mechanisms to be enforceable. It analyzes the option of judicializing these rights and the criticisms of this approach, such as the risk of encroaching on political competencies or the lack of judicial training in economic issues. In addition, models of judicial intervention are explored in several countries, concluding that courts can play a complementary role in the protection of social rights without replacing the legislative or executive branch in the formulation of public policies.*

**Sumario:** Introducción / I. El problema de la exigibilidad y la exigencia judicial como solución / II. Las decisiones de los jueces en materia económica en Estados sociales de Derecho / III. Limitaciones en el potencial transformador de las sentencias en materia DESC / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

\* Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## ***Introducción***

Los derechos sociales, a diferencia de los civiles y políticos, enfrentan importantes desafíos para su exigibilidad y cumplimiento. Mientras que los derechos civiles y políticos cuentan con mecanismos jurídicos más definidos para su protección, los sociales —como la educación, la salud y la vivienda— requieren la implementación de políticas públicas y recursos estatales, lo que, en la práctica, dificulta su implementación efectiva. Esta situación ha llevado a diversos actores a recurrir a la vía judicial con el objetivo de garantizar, el cumplimiento de estas prerrogativas, dando lugar a la llamada “judicialización de los derechos sociales”.

Sin embargo, este proceso no está exento de críticas y debates. Uno de los principales cuestionamientos es la posible intromisión del poder judicial en decisiones que tradicionalmente corresponden a los poderes legislativo y ejecutivo, lo que podría afectar la separación de poderes. Además, surge la duda sobre si los jueces poseen el conocimiento técnico necesario para resolver asuntos relacionados con la asignación de recursos y la implementación de políticas económicas.

Este estudio examina las dificultades en la garantía de los derechos sociales, así como las ventajas y limitaciones de la judicialización como mecanismo para su cumplimiento. A través del análisis de experiencias en distintos países, se busca determinar hasta qué punto los tribunales pueden desempeñar un papel complementario en la protección de estos derechos sin sustituir a los órganos encargados de la formulación de políticas públicas.

### ***I. El problema de la exigibilidad y la exigencia judicial como solución***

El cumplimiento de los derechos civiles y políticos suele ser más sencillo que el de los derechos económicos y sociales por cuestiones estructurales, de escasez de recursos y de carácter ideológico. Existen múltiples razones que dificultan el ejercicio de los derechos sociales en la mayoría de los países. Históricamente se le ha dado más peso a los derechos civiles y políticos, especialmente en contextos de lucha por la democracia. En muchas sociedades, estos derechos se ven como fundamentales para el ejercicio de la libertad individual y la democracia. Algunas ideologías políticas ven los derechos eco-

nómicos y sociales como secundarios o incluso como responsabilidad de los individuos y no del Estado, lo que dificulta que se destinen recursos públicos suficientes para su cumplimiento.

En los Estados capitalistas los sistemas políticos y económicos priorizan, muchas veces por razones de ideario político, las libertades individuales frente a los derechos sociales, lo que puede traducirse en una falta de infraestructura y servicios públicos adecuados para garantizar el acceso a derechos como la salud, la educación o la vivienda.<sup>1</sup> También es verdad que para cumplir con los derechos en general y con los derechos económicos, sociales y culturales en particular se requiere de recursos estatales importantes que no siempre son fáciles de gestionar.<sup>2</sup> Además de la dificultad que entraña el cumplimiento efectivo de estos derechos, en la mayoría de los países existe una ausencia de mecanismos eficaces para obligar al Estado a garantizarlos. Los derechos civiles y políticos suelen tener mecanismos más claros de implementación y vigilancia (por ejemplo, tribunales o instituciones de protección de los derechos humanos). Los derechos sociales, en cambio, requieren de políticas públicas complejas y coordinación entre múltiples instituciones para su implementación, lo que puede ser difícil de lograr en contextos de desigualdad o crisis económica. Por esta razón, en un número reducido de países —como advierten Courtney Jung y Evan Rosevear— se ha optado por judicializar determinados casos con el propósito de que los tribunales definan el alcance de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales.<sup>3</sup>

En este contexto, organizaciones de la sociedad civil en diversos países han recurrido a los sistemas judiciales nacionales, interponiendo acciones legales orientadas a que los jueces ordenen a las instituciones públicas el cumplimiento efectivo de dichos derechos; como explica el profesor Daniel M. Brinks de la Universidad de Texas, “los activistas progresistas de todo el mundo han aprovechado la vía judicial para buscar garantizar los derechos sociales y económicos como una nueva y poderosa herramienta en la política

<sup>1</sup> Geoffrey Hosking, “Neo-liberalism, Keynesianism and the current crisis”.

<sup>2</sup> Para cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales (DESCs), así como con otros derechos en general, se necesitan recursos estatales significativos. Sin embargo, además de los recursos económicos, los estados deben contar con capacidad administrativa y organizativa para garantizar el acceso de la población a servicios básicos y fundamentales, como la salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social.

<sup>3</sup> Courtney Jung *et al.*, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, pp. 373 y ss.

<sup>4</sup> Daniel M. Brinks y Varun Gauri, “The Law’s Majestic? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights”, p. 376.

de provisión social”.<sup>4</sup> En el mismo sentido, existe un creciente interés académico por la judicialización de los derechos sociales. Es el caso del profesor Cass Sunstein de la Universidad de Harvard, quien ha sido uno de los principales defensores del concepto de “derechos sociales mínimos” en el marco de la Constitución de EE. UU.<sup>5</sup>

Es así que, de acuerdo con ciertos activistas y con una parte de los académicos, los jueces serían los encargados de obligar al legislador y al gobierno a garantizar los derechos sociales;<sup>6</sup> es decir, ante la falta de cumplimiento “ordinario” de estos derechos se pretende involucrar a los jueces, buscando que estos emitan resoluciones que obliguen al gobierno a garantizar los derechos humanos.<sup>7</sup> Esto se conoce como la “judicialización de los derechos sociales”.<sup>8</sup> El propósito al “judicializar” casos relacionados con derechos sociales es reforzar la protección y que se haga efectivo su cumplimiento, al menos en los casos específicos que llegan a los tribunales. Sin embargo, se plantea la siguiente pregunta ¿la judicialización de los casos es la solución a la falta de ejercicio efectivo y universal de los derechos sociales? Para algunos la respuesta es negativa. Las objeciones podríamos sintetizarlas de la siguiente forma:

a) El hecho de que los jueces decidan sobre cuestiones económicas pone en riesgo la separación de poderes. Una crítica común a este enfoque es que podría poner en riesgo la división de poderes, ya que se estaría otorgando al poder judicial la facultad de decidir sobre políticas públicas, una función tradicionalmente reservada al poder Ejecutivo. Según algunos autores, en el campo de las políticas públicas relacionadas con los asuntos sociales, Katherine Young, los principios confieren al legislador y al poder ejecutivo una serie de facultades discretionales que permiten a la autoridad prestar servicios. Esto se traduce en un amplio margen de maniobra en el ejercicio de sus competencias. El proceso de elaboración de políticas económicas y sociales requiere una evaluación constante y un ajuste según la disponibilidad de recursos, la realidad económica y las prioridades que la sociedad y

<sup>5</sup> Aunque Sunstein es cauteloso en cuanto a la intervención judicial expansiva en estos temas, Sunstein ha argumentado que los jueces tienen un papel legítimo en asegurar ciertos derechos sociales mínimos, como la seguridad social o el acceso a la educación.

<sup>6</sup> Kent Greenawalt, “Policy, Rights, and Judicial Decision”.

<sup>7</sup> Charles H. Koch Jr., “Judicial Review of Administrative Discretion”, pp. 479-480.

<sup>8</sup> Kent Greenawalt, *supra* nota 217, p. 1046.

el gobierno determinen. Estas decisiones, como se menciona, necesitan un análisis exhaustivo de información y un alto grado de flexibilidad, ya que están sujetas a condiciones cambiantes.

Esta libertad se ha entendido como necesaria para que los poderes democráticos gobiernen y respondan de manera eficiente a las demandas sociales.<sup>9</sup> Se argumenta que las decisiones en materia social están sujetas al control democrático: lo que se haga o deje de hacer tendrá efectos en las urnas. Tradicionalmente, el poder judicial ha tenido muy poco que aportar al “juego” democrático.<sup>10</sup> Además, la tensión entre la aplicación judicial de los derechos fundamentales y el sistema democrático ha sido ampliamente estudiada; se ha argumentado que los jueces tienen un déficit democrático para anular las decisiones de la mayoría tomadas por representantes electos.<sup>11</sup> Esta afirmación se hace aún más fuerte cuando nos referimos a cuestiones de derechos sociales, ya que los tribunales “estarían compitiendo” con otras instituciones decisorias sobre quién debería tener la última palabra sobre tales derechos.<sup>12</sup> Se asume que el poder judicial debe abstenerse de invadir el poder de los cuerpos democráticos para tomar decisiones sobre temas de política social.

b) La objeción que advierte de las limitaciones técnicas de los jueces en la asignación de recursos y diseño de políticas públicas. Se afirma que los juzgadores no poseen las cualidades epistémicas para decidir sobre temas complejos, como los presupuestales, que serían más propios del poder legislativo o, en todo caso, del poder ejecutivo.<sup>13</sup> Si el juez constitucional reacciona ante la vulneración de los derechos sociales por parte de otros poderes públicos, “cruzarían el límite de la distinción funcional, actuando sin legitimación democrática en áreas que exceden su competencia técnica, que se cruza con aspectos de política económica y que, en definitiva, no les corresponde constitucionalmente”<sup>14</sup> No obstante, la idea de que hay casos en los que los tribuna-

<sup>9</sup> *Vid.*, Marius Pieterse, “Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights”.

<sup>10</sup> Ronald Dworkin, “Hard Cases”, p. 1061.

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Katharine G. Young, “Freedom, Want, and Economic and Social Rights: Frame and Law”, p. 205. Es especialmente importante la obra de Alexander Bickel, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 1169.

<sup>14</sup> Juli Ponce Solé, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, p. 39; también *vid.*, Anastasia Poulou, “Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe’s Lost Generation?”, p. 1169.

les sí pueden intervenir está bien sustentada en la noción de proteger derechos humanos.<sup>15</sup> La premisa subraya que, si bien ciertas políticas económicas o fiscales podrían no ser materia de control judicial, existen situaciones donde las decisiones estatales inciden directamente en el goce de derechos humanos, y en esos casos sí resulta legítima la intervención de los jueces. En los ejemplos siguientes se ofrece una distinción que refuerza este punto:

Ejemplo (a): El desarrollo económico de la industria automotriz a través de incentivos fiscales se muestra como un caso típicamente exento del control judicial. En estos escenarios, la falta de competencia técnica de los jueces en áreas de política económica y fiscal podría limitar su capacidad de intervenir, dado que se trata de decisiones estratégicas más vinculadas a la gestión económica general que a la protección directa de derechos sociales específicos.

Ejemplo (b): cuando el Estado subroga un servicio de salud y esto resulta en un deterioro de la calidad del servicio, los jueces pueden reconocer la responsabilidad estatal por las violaciones de derechos humanos que surgen en casos concretos. Sin embargo, su intervención suele estar limitada a proteger los derechos del demandante afectado en particular, en lugar de abordar la constitucionalidad o legalidad general de la política de subrogación en sí misma (en este caso, el servicio de diálisis).

Esta restricción responde a la función de los jueces dentro del sistema judicial: se espera que ellos resuelvan conflictos individuales y proporcionen remedios a las personas cuyos derechos han sido vulnerados, sin entrar en debates amplios sobre políticas públicas, lo cual es un ámbito propio del legislador o del Ejecutivo. Este enfoque en el caso concreto permite que los jueces proporcionen respuestas efectivas y específicas para los afectados, pero limita el impacto de su decisión en términos de cuestionar o modificar las políticas generales. De esta forma estamos ante cuando menos dos niveles de intervención judicial: 1. Cuestiones técnicas o económicas: Se plantea que la intervención judicial es limitada o inapropiada, ya que el juez constitucional carecería de competencia técnica y legitimidad para tomar decisiones de este

<sup>15</sup> La nota al pie 4 de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) es famosa por su sugerencia de un “escrutinio estricto” en ciertas situaciones, lo cual ha tenido un impacto profundo en el desarrollo de los derechos constitucionales en Estados Unidos. En esta nota, el juez Harlan F. Stone sugiere que, aunque en general los tribunales pueden deferir a las decisiones de las legislaturas en materia económica y regulatoria, hay ciertas excepciones en las que los derechos pueden requerir una revisión judicial más rigurosa.

tipo, 2. Cuestiones de derechos fundamentales: Se permite una mayor intervención judicial cuando las políticas públicas afectan derechos humanos en general y derechos sociales en particular, pero esta intervención tiende a ser más específica y concreta, limitada a casos donde la afectación de derechos esté claramente demostrada. En definitiva, aunque es cierto que los jueces no deben invadir ámbitos de política económica, su intervención podría tornarse necesaria cuando las políticas públicas impactan de manera directa el ejercicio de los derechos humanos. Es una distinción razonable y se ajusta a los principios de interpretación y límites de la función judicial.

## ***II. Las decisiones de los jueces en materia económica en Estados sociales de Derecho***

Como hemos explicado anteriormente, la idea de que los jueces no deben intervenir en asuntos económicos ha llevado a que los órganos jurisdiccionales eviten pronunciarse sobre temas de esa índole. En las ocasiones en las que se plantea la constitucionalidad de las normas, los órganos jurisdiccionales presumen la constitucionalidad de estas sustentándose en el principio de libertad del legislador.<sup>16</sup> En el contexto contemporáneo, la preocupación por la falta de especialización y por las implicaciones políticas de las decisiones judiciales ha llevado a algunos jueces a adoptar un enfoque de autolimitación. La “doctrina del poder político” (*Political Question Doctrine*)<sup>17</sup> también juega un papel aquí, al sugerir que hay ciertas cuestiones que son inherentemente políticas y, por lo tanto, no deberían ser decididas por los jueces. Esta doctrina ha sido invocada en ocasiones para evitar decisiones que pudieran tener

<sup>16</sup> *United States v. Carolene Products Co.* (1938). En este caso, la Corte afirmó la constitucionalidad de una ley federal que prohibía la comercialización de ciertos productos lácteos. La famosa “nota al pie cuatro” de esta decisión se convirtió en una guía para la jurisprudencia posterior, estableciendo que las leyes en materia económica y social debían ser sometidas a una revisión menos estricta por parte de los tribunales. A menos que se afectaran derechos fundamentales o minorías protegidas, la regulación económica debía ser evaluada bajo el “test de racionalidad”, dando un amplio margen de maniobra al legislador.

<sup>17</sup> La *Political Question Doctrine*, estableció en el caso *Baker v. Carr* (1962), en el que la Corte Suprema determinó criterios para identificar cuestiones políticas, como si una decisión política ya fue tomada por el Congreso o el Ejecutivo, o si hay una falta de criterios jurídicos claros para decidir el caso. La Corte concluyó que no revisaría casos si las cuestiones se refieren directamente a asuntos de competencia exclusiva de otros poderes.

profundas repercusiones económicas. Sin embargo, existen órganos jurisdiccionales nacionales que han matizado la regla de no intervenir en asuntos económicos.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Alemán (TCA) señaló que la Asamblea Constituyente de 1949 declaró que la justicia social es un objetivo de la política, implementando el principio constitucional del Estado de bienestar social y delegando así la concreción de la dotación social justa con medios materiales al legislador (artículo 20.1 de la Ley Fundamental).<sup>18</sup> La regla en Alemania sería entonces la siguiente: La Ley Fundamental es neutral con respecto a la política económica.<sup>19</sup> No obstante, el legislador está obligado a regular en la materia social,<sup>20</sup> procurando un equilibrio de las contradicciones sociales.<sup>21</sup> En casos concretos ha sostenido que, aunque existe libertad del gobierno en la decisión sobre políticas públicas, existe una obligación de atender ciertos derechos sociales. En 1958, por ejemplo, el TCA, en un caso destacado relacionado con un reclamo sobre el salario insuficiente de un funcionario público, dictaminó que la garantía de un apoyo adecuado debía ser vista como un principio particularmente indispensable, a cuyo cumplimiento el legislador está obligado:

El Tribunal Constitucional Alemán no está facultado para determinar libre e individualmente el salario del funcionario, fuera de las normas legales generales (Art. 33, párrafo 5 de la Constitución). Sobre la base de una demanda individual, un tribunal no puede suplantar al legislador y determinar el reglamento general que considere necesario por su propio impulso (Art. 20, párrafo 3 de la Constitución). Sin embargo, el Tribunal Constitucional Alemán puede decidir si la ley vigente cumple o no con los requisitos mínimos contemplados en el artículo 33, párrafo 5 de la Constitución.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> *Vid.*, BVerfG, 1 BvR 220/51, dic. 19 de 1951. Sobre esto *vid.*, Christoph Enders, “Social and Economic Rights in the German Basic Law? An Analysis with Respect to Jurisprudence of the Federal Constitutional Court”.

<sup>19</sup> La neutralidad económica de la Carta alemana ha sido defendida desde el principio por el Tribunal Constitucional alemán, al tiempo que tolera las opciones legislativas más liberales o socializadoras que no entran en conflicto con la definición central de “economía social de mercado”. Arturo Fernandois V., *Derecho Constitucional Económico I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, p. 77, nota 125.

<sup>20</sup> *Vid.*, BVerfGE 50, 57 [108].

<sup>21</sup> *Vid.*, BVerfGE 22, 180 [204].

<sup>22</sup> BVerfG, 1 BvL 13/56, oct. 16 de febrero de 1957.

Ese alto tribunal establece que, al no estar facultado para hacerse pasar por legislador, “debe limitarse a determinar que el legislador federal, habiendo omitido la modificación de los salarios, violó el derecho contemplado en el art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental”.<sup>23</sup> En otras palabras, el TCA no puede reemplazar al legislador, pero sí establecer un límite a su libertad. La decisiones del TCA en materia de economía social se han ido consolidando durante décadas, por ejemplo, en 1977 ordenó la concesión de ayudas estatales a las personas o colectivos que, por sus condiciones de vida o dificultades, no puedan desarrollarse social o personalmente.<sup>24</sup> En el mismo sentido, ha señalado que el principio tradicional mencionado anteriormente (libertad de legislador en materia económica) debe valorarse como la institución de la función pública en una democracia liberal, en el marco de un Estado de derecho y de un Estado social.<sup>25</sup> Posteriormente, TCA intervino para garantizar la proporcionalidad y la adecuación de las políticas económicas y sociales. Un caso importante fue el de *Hartz IV* del 2010, donde el Tribunal Constitucional ordenó al gobierno revisar el cálculo de las prestaciones sociales para garantizar una existencia digna.<sup>26</sup> En su sentencia, el Tribunal estableció que la prestación mínima establecida por *Hartz IV* debía ser suficiente para asegurar un mínimo existencial que garantizara una vida digna, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley Fundamental.<sup>27</sup> Señaló también que el monto de las ayudas debía calcularse de manera transparente y con criterios objetivos, asegurando así que fueran suficientes para cubrir las necesidades básicas de las personas. La sentencia reafirmó que Alemania es un Estado social y que el gobierno tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos básicos de sus ciudadanos.<sup>28</sup> Esto implica que cualquier política social y económica debe orientarse a preservar la dignidad humana y proporcionar condiciones de vida básicas a todos los ciudadanos. Como consecuencia el alto Tribunal antepone los principios del Estado social y la propia dignidad humana a la libertad de

<sup>23</sup> *Vid.*, BVerfG, 1 BvR 441/53, 20 de febrero de 1957.

<sup>24</sup> *Vid.*, BVerfG, 1 BvL 2/74, 22 de junio de 1977.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional Alemán, caso *Hartz IV*, BVerfG, 1 BvL 1/09 (9/02/2010).

<sup>27</sup> Artículo 1º. Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

<sup>28</sup> Luis I. Gordillo Pérez, “Constitución económica, ordoliberalismo y unión europea. De un derecho económico nacional a uno europeo”, pp. 249-263.

legislador para configurar unas prestaciones sociales que no garanticen unos mínimos vitales.<sup>29</sup>

La Corte Suprema de la India también ha adoptado una postura activa en la expansión de los derechos socioeconómicos y ha sido pionera en el desarrollo del concepto de “derecho a la vida” en el artículo 21 de la Constitución, interpretándolo de manera amplia para incluir derechos como la vivienda, la salud y el medio ambiente. En el caso de *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985), dicho alto tribunal tuvo la oportunidad de interpretar el artículo 21 de la Constitución India. Este caso involucraba a miles de habitantes sin hogar en Bombay (actual Mumbai) que vivían en aceras y terrenos públicos. La municipalidad intentó desalojarlos, alegando que estos asentamientos obstruían las calles y áreas públicas. Olga Tellis, junto con otros activistas, presentó una demanda argumentando que los desalojos violaban los derechos constitucionales de los afectados.<sup>30</sup>

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha dictado sentencias relevantes en la protección de derechos socioeconómicos, como el acceso a la vivienda y la salud. Por ejemplo, en el caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*,<sup>31</sup> la Corte ordenó al Estado mejorar su política de vivienda para cumplir con el derecho constitucional a una vivienda adecuada. Asimismo, en el caso *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*.<sup>32</sup> La organización Treatment Action Campaign (TAC), una ONG que lucha por los derechos de las personas afectadas por el VIH/SIDA, demandó al Ministerio de Salud del país por no cumplir con su obligación de proporcionar estos medicamentos, argumentando que la negativa violaba el derecho a la vida y a la salud de las mujeres y sus hijos, garantizados en la Constitución

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 263-269.

<sup>30</sup> *Olga Tellis & Ors v. Bombay Muncipal Corporation & ORS* (1986 AIR 180, 1985 SCR Supl. (2)51) La Corte Suprema decidió que el derecho a la vida, contemplado en el artículo 21, no se limitaba a la mera existencia física, sino que también comprendía el derecho a un sustento digno y a condiciones que permitan una vida de calidad. Según esta interpretación, desalojar a personas sin alternativas de vivienda violaba su derecho a la vida porque privarlas de su sustento los condenaría a una vida indigna, al borde de la subsistencia. La Corte subrayó que el derecho al sustento era parte integral de la dignidad humana y de la protección constitucional.

<sup>31</sup> *Government of the Republic of South Africa and Ors v. Irene Grootboom and Ors* 2001 (1) SA 46 (CC) (Grootboom). El Tribunal determinó que la política nacional de vivienda no respetaba el derecho de acceso de la demandante puesto que no contemplaba la ayuda temporal para los más necesitados.

<sup>32</sup> *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, CCT9-02.

de Sudáfrica. La Corte obligó al gobierno a proporcionar medicamentos anti-retrovirales a mujeres embarazadas, asegurando el derecho a la salud.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia STC 37/1994 que resuelve un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano que consideraba que sus derechos constitucionales fueron vulnerados debido a la denegación de una prestación de seguridad social por parte de la Administración. El recurso se centraba en la interpretación de la normativa sobre la seguridad social y su relación con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española de 1978. El fallo explica que el artículo 41 de la Constitución española impone a las autoridades públicas la obligación de establecer o mantener un sistema de protección que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura de un sistema de seguridad social.<sup>33</sup> En otras palabras, el precepto antes mencionado establece un régimen público en forma de garantía institucional “cuya preservación se considera indispensable para asegurar los principios constitucionales que establece... un núcleo o reducto no disponible para el legislador”.<sup>34</sup>

## II.1. El caso de México

La Constitución mexicana no incluye explícitamente una cláusula que establezca el Estado social de Derecho; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido la protección de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) en diferentes decisiones, subrayando la obligación del Estado mexicano de garantizar derechos sociales como la educación<sup>35</sup> o el derecho a la salud<sup>36</sup> estableciendo un marco interpretativo más cercano a los principios del Estado social. No obstante, hasta el momento, la jurisprudencia ha carecido de un desarrollo que impulse el adelanto de estos derechos. Por ejemplo, no ha emitido sentencias que obliguen al Estado a implementar estrategias para dotar a las personas de viviendas dignas, aunque sí ha reconocido en abstracto la obligación estatal de garantizar ese derecho. En la sentencia del Amparo directo en revisión 3516/2013, citando al Comité DESC de Naciones Unidas señaló que: “Los Estados deben adoptar una es-

<sup>33</sup> Sentencia 37/1994, Núm. 65, p. 17.

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> Amparo en revisión 750/2015, Primera sala, 20 de abril de 2016.

<sup>36</sup> *Vid.*, por ejemplo: Amparo en revisión 50/2015, Primera Sala 21 de mayo de 2015.

trategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia (Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales), así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho”.<sup>37</sup> De hecho, en la sentencia Amparo directo en revisión 3516/2013, en el que se analiza la justiciabilidad de varios derechos sociales (a la salud, a la vivienda, al trabajo, al agua y a la alimentación) de una personas en situación de calle, la Suprema Corte, más que decantarse por un Estado social de derecho, parece apostar por un modelo liberal:

Se suele pensar erróneamente que los derechos económicos, sociales y culturales exigen que los Estados proporcionen los servicios y prestaciones necesarios para lograr su pleno ejercicio; no obstante, contrario a dichas creencias, los Estados únicamente están obligados a promover las condiciones necesarias para que las personas puedan acceder a los medios que les permitan ejercerlos de forma plena. se espera que las personas puedan satisfacer sus propias necesidades a través de su esfuerzo y trabajo. Por lo que la única función de los Estados debe ser aquella tendiente a fomentar las condiciones necesarias que permitan obtener mejores condiciones de vida para las personas.<sup>38</sup>

La consecuencia de esta postura es que, en la práctica, los derechos sociales en México siguen considerándose, derechos programáticos, es decir, aspiraciones que dependen de la voluntad política del gobierno en turno y no de una obligación jurídica clara y exigible. Sin una evolución hacia una jurisprudencia más comprometida con los principios del Estado social de Derecho, el acceso real y equitativo a estas prerrogativas seguirá dependiendo de factores económicos y políticos, perpetuando la desigualdad y la exclusión de amplios sectores de la población.

Para avanzar en esta dirección, sería necesario que la SCJN adoptara criterios que, sin comprometer la separación de poderes, establezcan límites claros a la discrecionalidad estatal, definiendo estándares mínimos de protección y

<sup>37</sup> Amparo directo en revisión 3516/2013, Primera Sala, p. 31.

<sup>38</sup> Amparo en revisión 1061/2015, Segunda Sala, p. 33.

garantizando que las políticas públicas se orienten a la materialización efectiva de los derechos sociales, y no solo a su reconocimiento en abstracto.

Esto significa que el legislador mexicano cuenta con un amplio margen de acción para definir, adaptar y establecer políticas y normas en torno a estos derechos, sin un control constitucional que establezca parámetros mínimos de cumplimiento o que declare inconstitucionales leyes que resulten insuficientes para satisfacer estos derechos de manera adecuada.<sup>39</sup>

Como hemos tenido oportunidad de explicar en este artículo, los tribunales constitucionales de otros países han fijado parámetros de cumplimiento mínimo o estándares de progresividad que orientan al legislador, exigiendo una responsabilidad activa y efectiva en la implementación de los derechos sociales. Esto es, que el Estado debe adoptar medidas concretas que garanticen el acceso real y equitativo a derechos como la salud, la educación y el bienestar económico.

### ***III. Limitaciones en el potencial transformador de las sentencias en materia DESC***

Además de los argumentos teóricos sobre la falta de confianza en las capacidades técnicas de los tribunales, también se aduce una falta de efectos transformadores de este tipo de resoluciones. Aquí nos referimos a los tipos de sentencias de beneficios, que obligan al legislador o la administración pública a garantizar los derechos sociales. En el ámbito de estos derechos las decisiones judiciales de los tribunales sudafricanos se consideran paradigmáticas.<sup>40</sup> Este activismo judicial provocó mucho entusiasmo entre defensores de los derechos sociales; sin embargo, pasado el tiempo fue evidente que el impacto de los esfuerzos de los tribunales ha sido bastante modesto.<sup>41</sup> Una cuestión

<sup>39</sup> TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN, Tesis de jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.), 2016133, Segunda Sala, Décima Época, T. I, L. 51, febrero de 2018, p. 510.

<sup>40</sup> La discusión provocada por las apreciaciones de Tushnet son prueba de ello. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*; *vid.*, por ejemplo, Francesca Bignami y Carla Spivack, “Social and Economic Rights as Fundamental Rights”.

<sup>41</sup> *Vid.*, Rosalind Dixon, “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”.

es contar con decisiones judiciales que interpreten de forma progresiva los derechos sociales y otra muy distinta que esto implique una transformación real en la forma en la que se garantizan estos derechos. Por ello, es importante distinguir entre los distintos tipos de sentencias relacionadas con los derechos sociales. Siguiendo la clasificación de Mark Tushnet, profesor de la Universidad de Harvard, se han establecido varias categorías de análisis en función de los tipos de reconocimiento del derecho, el tipo de recurso y seguimiento que establece el tribunal, y finalmente sus efectos.<sup>42</sup> Esta clasificación se puede ver en la siguiente tabla:

Derechos	Débil
	Moderado
	Fuerte
Órdenes Judiciales	Débil
	Moderado
	Fuerte
Rastreo	Débil
	Moderado
	Fuerte
Impacto	Débil
	Moderado
	Fuerte

Fuente: basado en la propuesta de Rodríguez, 2017.<sup>43</sup>

Es cierto que son pocos los casos en los que los tribunales se aventuran a dictar sentencias de “derechos fuertes”, es decir, que exista un reconocimiento claro de la exigibilidad judicial del derecho en cuestión, así como de recursos o “tribunales fuertes”: órdenes que establecen obligaciones de prestación de servicios que impliquen gastos o modificaciones presupuestarias. El sistema colombiano de protección de los derechos humanos es quizás el que ha ido más lejos en este sentido. El orden constitucional colombiano ha otorgado una gran fuerza al juicio de tutela constitucional, un juicio de control de cons-

<sup>42</sup> Tushnet, *supra* nota 241.

<sup>43</sup> Cesar Rodríguez, “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”.

titucionalidad fuerte diseñado para proteger a los ciudadanos de violaciones a derechos humanos.

Sin embargo, la desventaja del activismo del poder judicial colombiano es la falta de efectos generales o estructurales de sus decisiones. David Landau, en un muy citado artículo,<sup>44</sup> advierte que los efectos de las sentencias no han sido estructurales y que han beneficiado principalmente a la clase media y alta colombiana. Landau explica que esto se debe a que las sentencias que obligan al Estado a prestar servicios tienen consecuencias solo para las partes en conflicto.<sup>45</sup> Algunas sentencias han declarado inconstitucionales las normas que limitan derechos sociales previamente reconocidos. Landau afirma que la aplicación individualizada de los derechos sociales tiende a beneficiar de manera desproporcionada a los grupos de clase media y alta y por eso su efecto sobre la eficacia burocrática es, en el mejor de los casos, ambiguo.<sup>46</sup>

Las sentencias han ocasionado resultados positivos para los grupos de mayores ingresos, que pueden utilizar el sistema judicial para reclamar el ejercicio de sus derechos.<sup>47</sup> Este fenómeno opera en el área de la salud, ya que el cumplimiento de sentencias que establecen asignaciones presupuestarias afecta de manera desproporcionada a las clases medias y altas, quienes impugnan con mayor frecuencia las omisiones del Estado en materia de protección de derechos sociales.<sup>48</sup> Este mismo fenómeno ocurre en Brasil, donde, según Octavio Motta Ferraz,<sup>49</sup> el litigio en el campo social beneficia a una pequeña minoría que puede utilizar el sistema judicial a su favor. Además, es común encontrar dificultades para hacer cumplir efectivamente las sentencias en torno a los derechos sociales. Hay que advertir que el sistema de protección de derechos vía jurisdiccional opera de manera muy parecida en la mayoría de los países de la región, por lo que podemos esperar resultados similares.<sup>50</sup> Con base en lo expresado anteriormente, es fundamental que los tribunales nacionales garanticen los derechos sociales, tal como lo recomienda el Co-

<sup>44</sup> David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, p. 201.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>48</sup> Malcolm Langford *et al.*, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, p. 103.

<sup>49</sup> Octavio L. Motta Ferraz, “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, p. 1662.

<sup>50</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El amparo Iberoamericano”.

mité DESC. Sin embargo, también es trascendental que los tribunales se pronuncien sobre las cuestiones de la política económica más general. Es cierto que juzgar estos casos puede, en determinadas ocasiones, estar fuera de la competencia del tribunal; sin embargo, siempre se podrán buscar soluciones más generales y, con base en la Constitución, los órganos jurisdiccionales se podrán pronunciar por la protección de los postulados del Estado de bienestar.

#### ***IV. Conclusiones***

El cumplimiento de los derechos sociales, enfrenta importantes desafíos estructurales y normativos que dificultan su exigibilidad en comparación con los derechos civiles y políticos. La judicialización de estos derechos, como una estrategia para garantizar su cumplimiento, presenta críticas válidas incluyendo la preocupación por la separación de poderes y la capacidad técnica del poder judicial para decidir sobre cuestiones económicas complejas.

La experiencia en países como Colombia y Brasil muestra que, aunque los tribunales pueden establecer estándares mínimos y exigir al Estado la garantía de derechos básicos, la efectividad de estas sentencias puede ser limitada si no se acompañan de acciones tendentes a la universalización de los DESC. Asimismo, es fundamental reconocer que las resoluciones judiciales pueden tener un impacto desigual, beneficiando principalmente a sectores de la población con mayores recursos y acceso al sistema judicial. Por lo tanto, se hace necesario que los tribunales no solo se enfoquen en la protección de derechos de forma individual, sino que también adopten una perspectiva estructural que permita abordar las causas subyacentes de la desigualdad y la falta de acceso a derechos sociales.

A pesar de estas limitaciones, el papel de los tribunales en la protección de los derechos sociales no debe ser descartado. Es posible encontrar un punto de equilibrio donde los jueces puedan intervenir para garantizar el respeto a derechos humanos sin asumir competencias propias del poder legislativo. Esto implica adoptar una visión más estructural en las resoluciones judiciales, estableciendo obligaciones claras para el Estado en la implementación de políticas públicas y garantizando mecanismos de seguimiento y rendición de cuentas.

<sup>51</sup> *Vid.*, Günter Frankenberg, “Why Care? The Trouble with Social Rights”.

En definitiva, el cumplimiento efectivo de los derechos sociales requiere una intervención que combine la intervención judicial con políticas públicas inclusivas y sostenibles, asegurando que el acceso a derechos fundamentales, como la salud, la educación y la vivienda, no dependa de la capacidad de litigio de los individuos, sino de un compromiso real del Estado con la equidad y la justicia social.

## **Fuentes de consulta**

### **Bibliográficas**

- Bickel, Alexander M. *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. México, FCE, 2020.
- Dworkin, Ronald. "Hard Cases". *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1975, pp. 1057-1109.
- Fernandois V., Arturo. *Derecho constitucional económico I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. Ediciones UC, 2001.
- Langford, Malcolm, Cesar Rodríguez Garavito y Julieta Rossi (eds.). *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá, Dejusticia, 2017.
- Ponce Solé, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*. España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.
- Rodríguez Garavito, Cesar. "Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales". *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Malcolm Langford, Cesar Rodríguez Garavito y Julieta Rossi (eds.), Bogotá, Dejusticia, 2017, pp. 98-137.
- Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, 2008.

### **Hemerográficas**

- Bignami, Francesca y Carla Spivack. "Social and Economic Rights as Fundamental Rights". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, 2014, pp. 561-587.
- Brinks, Daniel M. and Varun Gauri. "The Law's Majestic? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights". *Perspectives on Politics*, No. 2, Vol. 12, junio de 2014, pp. 375-393.
- Dixon, Rosalind. "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited". *International Journal of Constitutional Law*, No. 3, Vol. 5, julio de 2007, pp. 391-418.

- Enders, Christoph. "Social and Economic Rights in the German Basic Law? An Analysis with Respect to Jurisprudence of the Federal Constitutional Court". *Constitutional Review*, No. 2, Vol. 6, December 2020, pp. 190-209.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "El amparo Iberoamericano". *Estudios Constitucionales*, No. 2, Año 4, Chile, Universidad de Talca, 2006, pp. 39-65.
- Frankenberg, Günter. "Why Care? The Trouble with Social Rights". *Cardozo Law Review*, Nos. 4-5, Vol. 17, 1996, pp. 1365-1390.
- Gordillo Pérez, Luis Ignacio. "Constitución económica, ordoliberalismo y unión europea. De un derecho económico nacional a uno europeo". *Revista de Derecho*, No. 23, 2018, pp. 249-283.
- Greenawalt, Kent. "Policy, Rights, and Judicial Decision". 11 Ga. L. Rev. 991, Columbia Law School, 1977.
- Jung, Courtney, Ran Hirschl y Evan Rosevear. "Economic and Social Rights in National Constitutions". *Oxford Journals*, No. 4, Vol. 62, Oxford University Press, 2014, pp. 1043-1093.
- Hosking, Geoffrey. "Neo-liberalism, Keynesianism and the current crisis" *Socialism, Capitalism and Alternatives*, Peter J. S. Duncan, Elisabeth Schimpfössl, UCL Press. 2019.
- Koch Jr., Charles H. "Judicial Review of Administrative Discretion". 54 Geo. Wash. L. Rev. 469, 1985, pp. 479-480.
- Landau, David. "The Reality of Social Rights Enforcement". *Harvard International Law Journal*, No. 1, Vol. 53, 2012, pp. 189-247.
- Motta Ferraz, Octavio Luiz. "Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil". *Texas Law Review*, Vol. 89, 2011, pp. 643-1668.
- Pieterse, Marius. "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights". *South African Journal on Human Rights*, No. 3, Vol. 20, 2004, pp. 383-417.
- Poulou, Anastasia. "Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe's Lost Generation?". *German Law Journal*, No. 6, Vol. 15, 2014, pp. 1145- 1176.
- Young, Katharine G. "Freedom, Want, and Economic and Social Rights: Frame and Law". *Maryland Journal of International Law*, No. 1, Vol. 24, 2009, pp. 182-208.

## ***Jurisprudenciales***

TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFIRMAN. Tesis de jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.), 2016133, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Décima Época, Constitucional, Administrativa, T. I, L. 51, febrero de 2018, p. 510.

## ***Legislación***

Amparo directo 50/2015. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Primera Sala, 03 de mayo de 2017.

Amparo en revisión 750/2015. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Primera Sala, 20 de abril de 2016.

Amparo en revisión 1061/2015. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segunda Sala.

## ***Legislación internacional***

*Baker v. Carr*. Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica. 1962.

BVerfG, 1 BvR 220/51. Tribunal Constitucional de Alemania. dic. 19 de 1951.

BVerfGE 50, 57 [108]. Tribunal Constitucional de Alemania.

BVerfGE 22, 180 [204]. Tribunal Constitucional de Alemania.

BVerfG, 1 BvL 13/56, oct. Tribunal Constitucional de Alemania. 16 de febrero de 1957.

BVerfG, 1 BvR 441/53. Tribunal Constitucional de Alemania. 20 de febrero de 1957.

BVerfG, 1 BvL 2/74, Tribunal Constitucional de Alemania. 22 de junio de 1977.

*Government of the Republic of South Africa and Ors vs. Irene Grootboom and Ors*. 2001 (1) SA 46 (CC) (Grootboom). Tribunal Constitucional de Sudáfrica.

Hartz IV, BVerfG, 1 BvL 1/09 (9/02/2010). Tribunal Constitucional de Alemania.

*Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, CCT9-02. Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 5 de julio de 2002.

*Olga Tellis & ors v. Bombay Municipal Corporation & Ors. Etc on.* 10 de julio de 1985. 1986 AIR 180, 1985 SCR Supl. (2)51. Corte Suprema de la India

Sentencia 37/1994. De 10 de febrero, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 65 de 17 de marzo de 1994, España, p. 17.

*United States v. Carolene Products Co.* Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica. 1938.



# La labor científica del médico Leopoldo Salazar Viniegra en México y el Reglamento Federal de Toxicomanías de 1940

Gerardo González Ascencio\*

## **Resumen:**

En el presente artículo se da cuenta de la labor científica del doctor Leopoldo Salazar, quién se dedicó a estudiar las asociaciones psiquiátricas y delictivas de los consumidores de marihuana; en su labor se desarrolló una medicina social que lo llevó a proponer una mirada sobre el adicto y terminar con el prohibicionismo punitivo. Sus opiniones fueron tomadas en cuenta por las autoridades de la salud pública y el Presidente Lázaro Cárdenas, en 1940, promulgó el Reglamento Federal de Toxicomanías. La soberanía del gobierno mexicano se enfrentó con la oposición de los Estados Unidos, quien decretó un boicot de medicamentos y substancias tóxicas vitales para la práctica médica, finalmente, en el contexto de la segunda guerra mundial, cuatro meses después el Reglamento fue suspendido.

## **Abstract:**

*This article gives an account of the scientific work of Dr. Leopoldo Salazar, who dedicated himself to studying the psychiatric and criminal associations of marijuana users; his work developed a social medicine that led him to propose a look at the addict and end punitive prohibitionism. His opinions were considered by the public health authorities and President Lázaro Cárdenas, who in 1940 decreed the Federal Regulation of Drug Addiction. The sovereignty of the Mexican government faced the opposition of the United States, which decreed a boycott of medicines and toxic substances vital to medical practice, finally, in the context of the Second World War, four months later the Regulation was suspended.*

**Sumario:** Introducción / I. Leopoldo Salazar Viniegra. Primeros años y trayectoria científica / II. Sus investigaciones científicas y la gestación del artículo “El mito de la marihuana” / III. La relación de la marihuana con los trastornos mentales y la delincuencia / IV. El Reglamento Federal de Toxicomanías y el control del Estado sobre las substancias adictivas / V. Epílogo / Fuentes de consulta

\* Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

## **Introducción**

Como profesor de Criminología frecuentemente les sugiero a mis alumnos de la Licenciatura en Derecho, averiguar sobre una historia que me parece poco conocida, pero muy interesante y actual: “La intervención estatal en el mercado de la droga en nuestro país durante algunos meses del año de 1940”. Lo que he podido indagar sobre la misma y la mayor parte de la información empleada para la elaboración del presente artículo, corresponden a algunas notas periodísticas de la época, a unos cuantos artículos de divulgación y a los escasos trabajos de investigación dentro de los que sobresalen el casi inédito de Mariana Flores Guevara y los publicados por el destacado doctor en Sociología Luis Astorga.<sup>1</sup>

Como ocurre en todos los procesos históricos, en esta historia se encuentran íntimamente ligados grupos sociales y actores políticos locales y extranjeros, pero ha de examinarse de manera especial una figura central que destaca por sus contribuciones notables y a la cual se le debe el impulso principal que culminó exitosamente con la estatización del mercado de las drogas hace ochenta y cuatro años: Leopoldo Salazar Viniegra.

Al Doctor Viniegra se le puede considerar como un pionero de la regulación de las toxicomanías a nivel mundial y el principal inspirador del cambio del paradigma prohibicionista acerca de las drogas, desde sus tempranos estudios con los consumidores de marihuana en la segunda década del siglo pasado en México.

Contó con la simpatía de algunos colegas del gremio y, aunque no siempre se trató de un apoyo terso. Tuvo el respaldo del presidente Lázaro Cárdenas del Río, quién consideró necesario un viraje en la normatividad sobre las toxicomanías y sus usuarios, dado que la antigua legislación, que databa de 1931,<sup>2</sup> era portadora de una visión en la que se criminalizaba a los adictos y beneficiaba a los traficantes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Mariana Flores Guevara, *La alternativa mexicana al marco internacional de prohibición de drogas durante el cardenismo*.

Luis Astorga, es autor entre otros múltiples libros y artículos, de: “¿Qué querían que hiciera?”, (2015); *Seguridad, traficantes y militares* (2007); *Drogas sin fronteras* (2003); *El siglo de las drogas* (2016) y *Mitología del “narcotraficante” en México* (1995).

<sup>2</sup> De acuerdo con Silverio M. Jiménez: “La promulgación del Reglamento Federal de Toxicomanía en 1931 y la presión estadounidense hacia las autoridades nacionales en 1930, por Harry Anslinger, quien era el primer comisionado del Buró Federal de Narcóticos del Departamento del Tesoro, lograron consolidar la arquitectura judicial y legal del régimen de prohibición de drogas”. Silverio

Durante los escasos cinco meses en los que estuvo vigente el nuevo Reglamento Federal de Toxicomanías, se crearon dispensarios a cargo del Departamento de Salud Pública y dicho organismo se encargó de suministrar dosis controladas y a bajo precio para las personas dependientes como parte de un programa para acabar con el mercado negro, más que la rehabilitación o la desintoxicación.

Como lo ha señalado Benjamín T. Smith, profesor de la Universidad de Warwick y uno de los más acuciosos investigadores norteamericanos sobre el tema de la droga en México, el diplomático mexicano que asistía a la Convención del opio en representación de su gobierno, misma que se celebraba en Ginebra, Suiza, en junio de 1939 a convocatoria de la Sociedad de las Naciones, Manuel Tello, declaraba ante una audiencia de decenas de participantes y frente a:

Los principales especialistas en narcóticos del mundo entero, quienes lo miraban entre confundidos y molestos (...), que) tras 15 años de tratar con consumidores de marihuana, los médicos mexicanos [entre los que el Dr. Salazar destacaba por sus investigaciones] no habían encontrado un solo caso de alguien que se volviera loco al fumarla [más adelante comentó que] la prohibición no estaba ayudando a los consumidores, sino que sólo había creado un mercado negro, aumentando el precio de las drogas y enriquecido a los traficantes.<sup>4</sup>

M. Jiménez Labora Velasco, “El control estatal de las drogas en la década de 1930. De Pascual Ortiz Rubio a Lázaro Cárdenas”.

Para subrayar su carácter prohibicionista, hay que recordar que el artículo 1º pone al Departamento de Salubridad Pública a cargo de los toxicómanos, cataloga a estas personas como enfermos, mientras que en el artículo 4º se le da la facultad a los médicos de intervenir en labores de investigación policial al establecer que “Toda persona que ejerza la medicina estará obligada a dar aviso a las autoridades sanitarias señaladas en el artículo sexto de los casos confirmados o sospechosos de toxicomanía, dentro de las 24 horas siguientes al diagnóstico cierto probable de la enfermedad”. *Vid.*, Departamento de Salubridad Pública, publicado el 27 de octubre de 1931.

<sup>3</sup> Señaló el presidente: “Que la persecución de los viciosos que se hace conforme al Reglamento de 1931 es contraria al concepto de Justicia que actualmente priva, toda vez que debe conceptualizarse al vicioso, más como un enfermo a quien hay que atender y curar, que como un verdadero delincuente que debe sufrir una pena”, señalaba también: “Que el único resultado obtenido con la aplicación del referido reglamento de 1931, ha sido la del encarecimiento excesivo de las drogas y hacer que por esa circunstancia obtengan grandes provechos los traficantes”.

Los “considerandos” completos presentados en el Reglamento Federal de Toxicomanías, publicado el 17 de febrero de 1940.

<sup>4</sup> Puede consultarse su fundamental y documentado estudio, resultado de más de diez años de

Como lo ha permitido advertir el paso del tiempo, el cambio de paradigma brindó la posibilidad de mostrar comportamientos del mundo de la droga originados por la proscripción y documentar algunas de las reacciones del mundillo del consumo y de los principales capos de la droga de aquellos años; pero de manera singular, al introducir cambios significativos en la visión estatal y exhibir los aspectos negativos característicos de una política penal punitiva, también se revelaron ciertas distorsiones preocupantes originadas por los casi 20 años de prohibición.<sup>5</sup>

Algunos de los efectos negativos que la clandestinidad origina y que frecuentemente pasan desapercibidos, son el estigma que produce la etiqueta delincuencial aplicada a las personas consumidoras de substancias ilícitas; la participación obligada en los mercados ilegales para acceder a la droga; la ausencia de un mercado regulado en cuanto a la calidad y el precio de las substancias; así como la falta de una cultura del consumidor, acostumbrado a recurrir a los mercados ilegales a merced de vendedores, traficantes y contrabandistas —en contraste con la posibilidad de acudir con un profesional de la salud— para acceder a sustancias prohibidas, fueron exhibidos por los cambios que en estos enfoques originó la vigencia del nuevo Reglamento.

El Reglamento y su “puesta en marcha” durante los escasos meses en los que estuvo funcionando, transformó para siempre la visión criminalizante sobre las drogas y el adicto y mostró las dinámicas perversas de los intereses burocráticos, económicos y políticos. Además, evidenció las distorsiones

investigación, Benjamín T. Smith, *La droga. La verdadera historia del narcotráfico en México*, pp. 107 y ss.

<sup>5</sup> De acuerdo con José Domingo Schievenini Stefanon, desde 1920 se promulgó la primera ley secundaria basada en la fracción 16 del artículo 73 constitucional —que desde la Constitución de 1917 había dejado establecida la facultad para que el Congreso de la Unión y el Consejo de Salubridad implementaran una “Campaña contra el alcoholismo y contra la venta de sustancias que degeneran la raza”—, según él mismo lo señala, se trató de las: Disposiciones sobre el comercio de productos que pueden ser utilizados para fomentar vicios que degeneren la raza y sobre el cultivo de plantas que pueden ser empleadas con el mismo fin, publicado el 2 de febrero de 1920 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Schievenini Stefanon comenta que: “Con esta disposición se estableció la prohibición nacional de la marihuana en México, a manos de una institución sanitaria facultada para emitir sanciones económicas y administrativas, sin la necesidad aún de la intervención de la autoridad judicial. Destaca que, en este decreto de 1920, la cocaína, opio, morfina, y heroína seguían siendo considerados medicamentos y su importación era permitida, incluso por particulares, siempre y cuando se obtuviera el correspondiente permiso del Departamento de Salubridad”. José D. Schievenini Stefanon, “La prohibición nacional del cannabis en México: revisión histórica de la relación entre leyes y ciencia”, pp. 20–44.

provocadas por el paradigma prohibicionista, al constatar la reacción de las mafias y la falsa quimera que consiste en afirmar que la ilegalidad controla el consumo y reduce la demanda al dificultar el acceso a las substancias prohibidas.

Dentro de todas las enseñanzas y aprendizajes hay una asignatura que sobresale sobre las anteriores, lo endeble que resulta sostener una política prohibicionista basada en presupuestos científicos con tan poco sustento. Leopoldo Salazar así lo entendió, era un hombre de ciencia y hace más de ochenta años se atrevió a publicar sus resultados, llevarlos a la práctica cuando dirigió el hospital de la Castañeda, posicionar el tema en la agenda de salud pública nacional e internacional y convencer al presidente de la república de las ventajas de cambiar el arquetipo de la prohibición y adoptar un ejercicio social de la medicina.

Sin embargo, no todo es razón y ciencia, también importan los intereses políticos de los gobiernos y sus agentes extranjeros y la coyuntura internacional marcada por una conflagración bélica de dimensiones gigantes. Estos aspectos serán decisivos para comprender las razones por las cuales, en el mismo año de 1940, el presidente de la república decidió suspender la vigencia del Reglamento Federal de Toxicomanías.<sup>6</sup>

## *I. Leopoldo Salazar Viniegra. Primeros años y trayectoria científica*

Leopoldo Salazar Viniegra nació en la pequeña comunidad minera de Pánuco de Coronado, Durango, el invierno de 1897.<sup>7</sup> Creció en una familia próspera y siendo joven cursó los estudios intermedios en la Escuela Nacional Preparatoria de la Ciudad de México, al concluirlos, ingresó a la Escuela Nacional de Medicina y “en 1923, durante el cuarto año de su carrera, lo “distinguieron”

<sup>6</sup> En el decreto que suspende la vigencia se explica cómo razón fundamental el boicot de los laboratorios europeos en el suministro de “drogas enervantes para el tratamiento de toxicómanos” a emplearse por el Departamento de Salud Pública a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>7</sup> No existe coincidencia sobre la fecha y sobre el lugar de su nacimiento, algunas fuentes fijan el año de su nacimiento en 1897, entre otras el artículo de Martina Spataro Tron denominado “Cuando México tuvo la política de drogas más progresiva del planeta”. Algunas otras señalan que nació el 17 de diciembre del año de 1898, como Mariana Flores Guevara en su tesis sustentada en el Colegio de México y ya citada previamente, Flores Guevara, *op. cit.*, p. 71.

con una beca para que ‘terminara’ sus estudios médicos en Madrid, España”. En esa ciudad, obtuvo el pregrado en la licenciatura y, más adelante, alcanzó el de Doctor por la Facultad de Medicina de San Carlos (actualmente la Universidad Complutense). “Desde esa época se ‘interesó’ por la psiquiatría y la neurología, al participar como discípulo del Doctor Gonzalo Rodríguez Lafora, especialista en estas dos ramas de la medicina”. Antes de regresar a México, en 1925, continuó su formación “durante el [difícil] período de entre-guerras [puesto que] partió a Francia, donde se especializó en psiquiatría en la Facultad de Medicina de París”.<sup>8</sup>

Ya en nuestro país, se integró como médico en el Manicomio General de La Castañeda, el centro psiquiátrico más importante de México —desde su inauguración en 1910, hasta que empezó a declinar en la segunda mitad del siglo pasado—<sup>9</sup> en donde trabajó por más de veinte años y el que dirigió entre 1945 y 1948.

Para finales de los años 30, el prestigio profesional del Doctor Salazar Viniegra era ya considerable; en los círculos intelectuales su opinión era muy valorada, por lo que frecuentemente intervino en casos célebres que atrajeron el interés de la ciencia y de la opinión pública.<sup>10</sup>

También ejerció su profesión como médico privado y fue pionero en los estudios de epilepsia.<sup>11</sup> En el Manicomio General de La Castañeda trabajó intensamente en los pabellones de Neurosífilis, Tranquilos, y en el de Alienados, donde destacó por sus aportaciones innovadoras y por su contacto con los enajenados mentales.<sup>12</sup> En enero de 1938, el Jefe del Departamento de

<sup>8</sup> Todos los entrecorbillados en: Nidia Olvera y Magali Ocaña Salazar, “El psiquiatra que luchó contra los cuerdos para despenalizar las drogas”.

<sup>9</sup> Recomiendo a los interesados de la locura en México en la primera mitad del siglo XX, la consulta de los libros de Cristina Rivera Garza, *La Castañeda. Narrativas dolientes desde el Manicomio General de México, 1910-1930*, y el de Andrés Ríos Molina, *La locura durante la Revolución mexicana. Los primeros años del Manicomio General la Castañeda 1910-1920*.

<sup>10</sup> De acuerdo con Mariana Flores, le tocó participar como facultativo en los famosos casos del “niño prodigo” y en el del “chacal de Tacuba”. Flores Guevara, *op. cit.*, p. 74.

<sup>11</sup> De acuerdo con Mariana Flores, “A mediados de los 30, Salazar Viniegra, Raúl Fournier e Ismael Cosío Villegas fundan una clínica en la calle de Zacatecas e invitan a otros médicos amigos. Cosío Villegas queda a cargo de respiratorios, Salazar Viniegra de enfermedades nerviosas y mentales, Armando Bustos del laboratorio, Fournier de gastroenterología y Carlos Coqui de radiología. En este establecimiento se desarrolla la primera clínica de epilepsia en México, a cargo de Salazar”. *Ibid.*, p. 73.

<sup>12</sup> Datos obtenidos del Archivo Familiar Salazar Quevedo y de su expediente como médico del Manicomio General, resguardado en el Archivo Histórico de la Secretaría de Salud. El archivo

Salud Pública, José Siurob, renunció a su cargo para asumir una nueva responsabilidad como Jefe del Departamento del Distrito Federal, lo reemplazó el Doctor Leónides Andreu Almazán,<sup>13</sup> quien invitó a Leopoldo Salazar para estar al frente de la Dirección de Toxicomanías y de su Hospital de Toxicómanos, anexo al Manicomio de La Castañeda.<sup>14</sup>

A sus arduas jornadas en la práctica clínica, se le sumó su trabajo como profesor, ya que —desde 1927— se desempeñó como docente en la Facultad de Medicina, donde impartió cursos sobre clínica médica y neuropsiquiatría.<sup>15</sup> Sus colegas lo calificaron como un “expositor claro y brillante”. En sus cátedras “huía de las rutinas e introdujo numerosos ensayos e innovaciones. No creía en las calificaciones y dejaba que sus alumnos se las pusieran solos. Fue maestro de inteligentes, los necios se alejaban de él porque creían que era un hombre poco serio, pero sus salidas ingeniosas no eran sino un pequeño fragmento de las doradas cumbres de su genio”<sup>16</sup>.

Fue nombrado “por sus conocimientos sobre toxicomanías y alcoholismo” uno de los representantes de México en la Convención del Opio que se celebró en Ginebra en 1939. Como veremos más adelante, en este evento la delega-

fue consultado en octubre del 2018. Sin embargo, una búsqueda un poco más exhaustiva me permite sugerir las siguientes páginas con documentos biográficos interesantes: Foto observatorio del patrimonio fotográfico mexicano, en: Fotobobservatorio, “Archivo Dr. Salazar”, en este sitio aparecen principalmente fotografías personales y laborales del Dr. Viniegra; en la excelente y bien documentada “Newsletter”, de nombre “Sonoro”, en la dirección electrónica: Sonoro, “Toxicomanía: El experimento mexicano. La insólita legalización de las drogas en 1940”, además de pequeños esbozos biográficos contiene los enlaces para acceder a siete “podcast” serios y documentados de aproximadamente media hora de duración cada uno.

<sup>13</sup> He de señalar que este facultativo fue de gran apoyo para el Doctor Salazar Viniegra, hasta que, en la sucesión presidencial de 1940, su hermano Juan Andreu Almazán, candidato a la presidencia de la república por el Partido Revolucionario de Unificación Nacional (PRUN) y considerado de derecha, así como sus simpatizantes, fueron violentamente reprimidos el mismo día de las elecciones (7 de julio) en las casillas y en las filas de electores. El responsable, un Cacique cercanísimo a los generales posrevolucionarios, Gonzalo N. Santos, comandó gavillas de pistoleros armados con ametralladoras, originando más de 150 muertos en la Ciudad de México, bastión Almazanista (por cierto, este y otros de sus crímenes quedaron impunes y, de hecho, fue premiado con la gubernatura del estado de San Luis Potosí de 1943 a 1949). El Almazanismo quedó proscrito y sus simpatizantes, entre ellos el apoyo de Leopoldo Salazar, perdieron sus puestos en la administración pública y fueron políticamente perseguidos. La historia, sumamente interesante, puede consultarse en múltiples fuentes, de las cuales recomiendo las extensas. Gonzalo N. Santos y Gastón Santos, *Memorias*.

<sup>14</sup> Flores Guevara, *op. cit.*, p. 81.

<sup>15</sup> Gaceta Médica de México, “Datos biográficos del doctor Leopoldo Salazar Viniegra”, p. 474.

<sup>16</sup> Raúl Fournier, “Salazar Viniegra, la muerte y la libertad. Homenaje en memoria del Doctor Leopoldo Salazar Viniegra”; Olvera Hernández y Ocaña Salazar, *op. cit.*, también en: Smith, *op. cit.*, p. 112.

ción mexicana se mostró en desacuerdo con la posición que Estados Unidos lideraba, ampliamente partidaria de la criminalización de los toxicómanos e inclinada a estigmatizar sobre los efectos de la marihuana basándose en juicios morales y en argumentos de poco carácter científico.<sup>17</sup>

El Doctor Viniegra, además de dirigir el Hospital de Toxicomanías y Alcoholismo, perteneció a la Sociedad de Neurología y Psiquiatría, al Consejo de Psiquiatría e Higiene Mental y a la Academia Nacional de Medicina.

## ***II. Sus investigaciones científicas y la gestación del artículo “El mito de la marihuana”***

Las principales aportaciones del Doctor Salazar Viniegra se produjeron en el campo de la ciencia médica; especialmente en la psiquiatría, con sus trabajos sobre los enfermos mentales, el alcohol y diversas plantas y sustancias psicoactivas. Su amigo y colega el Doctor Arturo Rosenblueth, lo calificó como: “psiquiatra brillante”, que en esta disciplina “derramó la poesía que le embargaba”. Opinó también que se trataba de una de “las fuerzas cinéticas [que contribuyeron] a la transición de la medicina mexicana”<sup>18</sup>.

Para los propósitos de este artículo, destaco lo que sin duda constituye su aportación más relevante: sus trabajos sobre la cannabis, planta que trató de desestigmatizar. Esa es también la opinión de Benjamín T. Smith, quien comenta que:

Sus investigaciones eran mucho más que un teatro canábico. En ese entonces, su trabajo sobre la marihuana debió ser el estudio más amplio y profundo sobre los efectos de esta droga a nivel mundial, ya que se basaba en una década entera de trabajo con toxicómanos e incluía pruebas ciegas, entrevistas extensas y estudios longitudinales que intentaban distinguir otros tipos de enfermedades mentales (en especial la esquizofrenia) de los efectos de la marihuana.<sup>19</sup>

En su texto “El mito de la marihuana”, señaló sus posibles aplicaciones para tratar enfermedades “de carácter nervioso, asma y algunas formas de

<sup>17</sup> Desgraciadamente, antes de que el Doctor Salazar participara, esta convención fue interrumpida por el inicio de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>18</sup> Olvera Hernández y Ocaña Salazar, *op. cit.*

<sup>19</sup> Smith, *op. cit.*, p. 113.

reumatismo”. Para cuestionar los prejuicios sobre la marihuana, Leopoldo Salazar se basó en detallados registros y múltiples experimentaciones, con los cuales concluyó que ni la criminalidad, ni la locura, ni las alucinaciones o los delirios, estaban directamente relacionados con el consumo de esta planta y que además de su “olor molesto” la cannabis a nadie perjudicaba.<sup>20</sup>

Fue en *Criminalia*, la revista mensual que por muchos años dirigió el afamado penalista José Ángel Ceniceros,<sup>21</sup> correspondiente al número 4, del primero de diciembre de 1938, donde apareció por primera vez publicado el largo artículo de la investigación científica elaborada por el Doctor Salazar Viniegra, denominado “El mito de la marihuana”. (Trabajo de turno a la Academia Nacional de Medicina).<sup>22</sup>

En él, el Doctor Viniegra da cuenta de 14 años de práctica continuada en el manicomio de Mixcoac. Como resultado de su larga experiencia clínica y de la larga observación con poblaciones con las que experimentó sobre el uso de la marihuana, el Doctor Viniegra presentó los resultados del estudio “de uno de esos grandes problemas populares llevado al gabinete y al laboratorio, donde, sometido a pruebas rigurosas, depurándole de todo lo que la fantasía ha venido urdiendo en su rededor con mengua de la verdad científica y con perjuicio de los intereses sociales, ha podido derivarse un concepto más firme y más exacto en lo que al uso de la marihuana y sus consecuencias se refiere”.<sup>23</sup>

En la primera parte de “El mito de la marihuana”, el Doctor Viniegra se dedica a desmontar, uno a uno, lo que él considera leyendas sobre el consumo de la cannabis, para esbozar desde el principio su hipótesis, misma que después de someterla a los rigores del método científico, le da pie para anunciar lo que será su conclusión, que “no pocas veces me sorprendió en mi práctica manicomial, que, dada la difusión en el uso de la marihuana, especialmente entre las clases pobres que son la clientela habitual de este sanitario [sic], nunca hubiera podido encontrar un solo caso en el que con toda seguridad se

<sup>20</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”.

<sup>21</sup> José Ángel Ceniceros Andonegui (Durango, 1900, CDMX, 1979) fue un destacado abogado penalista, político y diplomático, fue también Secretario de Educación Pública en la administración del presidente Adolfo Ruiz Cortines (de 1952 a 1958).

<sup>22</sup> *Vid., Supra*, Núm. 20.

<sup>23</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 206. En todos los casos en los que se cita dicha obra, se respetan los signos de puntuación originales.

pudiera atribuir la psicosis al uso de la marihuana, contra lo que suelen proclamar crónicas triviales y, sobre todo, en contraste con los numerosísimos casos de psicosis originadas por el alcoholismo”.<sup>24</sup>

De igual manera, anuncia el Doctor Salazar que no hay casos documentados entre sus colegas “alienistas”, o entre los médicos en general “avezados en trastornos psiquiátricos” de pacientes afectados de sus facultades mentales de origen “marihuánico” [sic] y, para darle mayor firmeza a las razones por las cuales decidió emprender de manera “formal, el estudio de las toxicomanías”, sostuvo que: “igualmente, en todos aquellos pacientes a quienes familiares o médicos no especialistas consideraban afectados mentalmente por el uso de la marihuana, una observación cuidadosa logró, en todos los casos, identificar algún padecimiento bien caracterizado (...) que no permitía sostener la primera hipótesis”.<sup>25</sup> Razones que lo llevaron a tomar en cuenta diferentes variables en su investigación, tales como aquellas que tienen que ver con “las condiciones de la planta o de los sujetos que la fuman, en otros países (orientales y africanos), [y considerar si dichos reportes] ofrecían diferencias sensibles a las de nuestro medio, que justificaran los efectos que, observadores extranjeros, les atribuyen”<sup>26</sup> y que lo pudieran conducir a formular correcciones o a confirmar sus descubrimientos sobre el uso de la marihuana entre sus pacientes.

En un segundo apartado, el Doctor Viniegra da cuenta de los principales estudios médicos sobre el uso frecuente de la cannabis y su sustento científico y argumentativo, para encontrar que la mayor parte de ellos se basan en mitos que pretende desmontar.

Empieza por citar el estudio presentado por los médicos militares Adolfo M. Nieto y Eliseo Ramírez en el sexto congreso médico nacional reunido en Toluca, en abril de 1920, y denominado *Notas acerca del uso de la marihuana en el ejército*. Después de describir la planta, sin diferenciarla en sus partes (tallo, raíces, hojas, flor e infrutescencia), ignorando sus variedades, los climas en los que se cultiva, sus estados de desarrollo o la conservación de la misma, Nieto y Ramírez describen una serie de fenómenos psíquicos en los “psicópatas que fuman”, sin ninguna solidez clínica —según el Doctor Salazar— y enumeran una serie de alteraciones a consecuencia de su

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>25</sup> *Loc. cit.*

<sup>26</sup> *Loc. cit.*

uso, dentro de las cuales enlistan las siguientes: trastornos del raciocinio, la conciencia y la memoria; trastornos de la voluntad y la actividad; de la sensibilidad; aumento de la fuerza muscular; conclusiones, todas ellas basadas en los “enormes errores en la apreciación de [los] pacientes invocados para demostrar la existencia de psicosis por marihuana”<sup>27</sup> y en la ausencia de una formación o especialización fundada en el conocimiento de las enfermedades mentales.

En ésta misma sección de “El mito de la marihuana”, le dedica un espacio más amplio al trabajo presentado por el Doctor Oneto Barenque<sup>28</sup> en el Tercer congreso de la Asociación Médica Panamericana celebrado en la Ciudad de México en julio de 1931, denominado “La marihuana ante la psiquiatría y el Código Penal”.<sup>29</sup> De él, comenta que es menos sistematizado para describir las alteraciones que le ocurren al consumidor, los síntomas de la fase aguda y relata una cantidad de experiencias verificadas en el mundo médico pero, luego de analizarlas, el Doctor Salazar comenta que:

Detengamos la glosa, puesto que ya tenemos la clave de todas estas ingenuas fantasías; el psiquiatra desdoblado acaba de mencionar a Tomas [sic] de Quincey, el viejo mentiroso, poeta del siglo XIX, tomador desenfrenado de láudano, cuyas desorbitadas loas al opio han sido causantes en gran parte, de las mentiras ulteriores a las que poetas, literatos y periodistas se entregan, dando la pauta de los dramáticos relatos a los que, por razones psicológicas que más adelante puntualizaremos, se entregan con deleite hasta los más vulgares toxicómanos. El malhadado, psiquiatra de la experiencia conocía el relato de Quincey y se creyó obligado a parodiarlo aplicándolo a la marihuana.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 210.

<sup>28</sup> Se trata de Gregorio Oneto Barenque, médico mexicano que realizó estudios sobre las consecuencias del consumo de marihuana. Sus conclusiones señalaban que la marihuana provocaba locura, trastornos mentales permanentes y lesiones neurovegetativas. Sus posiciones legales respecto a la marihuana contemplaban la prohibición.

<sup>29</sup> Dicho trabajo apareció publicado en el mismo número de la revista *Criminalia*, de diciembre de 1938. “La marihuana ante la psiquiatría y el Código Penal”. El trabajo original se presentó ante el Tercer Congreso de la Asociación Médica Panamericana verificado en la ciudad de México del 26 al 31 de julio de 1931, bajo los auspicios del Departamento de Salubridad de México.

<sup>30</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 211. En el párrafo se alude a Thomas de Quincey (Mánchester, 1785; Edimburgo 1859), escritor y periodista británico que en 1821 —es decir

Para cerrar su análisis sobre el artículo de su colega médico, el Doctor Salazar Viniegra, señala que las conclusiones son desafortunadas y carentes de rigor científico; según Oneto Barenque:

- I. La marihuana es un enervante del espíritu que enloquece, degenera la raza y mata.
- II. Como todas las ponzoñas que envenenan el espíritu, necesita de tratamiento especial.
- III. El tratamiento de la marihuana, como el de todos los toxicómanos y alcohólicos, debe hacerse en frenocomios<sup>31</sup> especiales.
- IV. El tráfico, suministro y uso de la marihuana, constituye un delito contra la salud.
- V. Los delitos contra la salud deben equiparse al homicidio calificado o delito proditorio.<sup>32</sup>

Sin embargo, estas conclusiones se basan en los errores que radicaban en el desconocimiento que tenía el Doctor Oneto Barenque tanto de la substancia en cuestión, como de las enfermedades mentales. Así, de manera precipitada y sin sustento en investigaciones consistentes, dedujo qué: “como término del uso de la marihuana, [observó] la enajenación mental, atribuyéndole la forma de monomanía con alucinaciones”.<sup>33</sup> En el mismo año en el que publicó su trabajo en el Tercer Congreso, había declarado que “cuando los soldados fumaban marihuana, daban rienda suelta a los complejos ancestrales de su raza guerrera y mataban a sangre fría, sin remordimiento alguno”.<sup>34</sup>

De acuerdo con Leopoldo Salazar, a pesar de la simpatía por el rigor punitivo, el estudio le parece más afortunado que el de los colegas Nieto y Ramírez y reconoce la labor del Doctor Oneto, ya que, de todos los médicos del manicomio de 10 años a la fecha, él pudo, siendo estudiante y alumno del

más de 100 años antes de que lo traiga a colación Oneto Barenque— escribió un libro muy famoso de memorias, autobiográfico, con encendidos relatos sobre su relación con el opio y el láudano (un compuesto con base en alcohol, diferentes substancias y opio). De su autobiografía, compuesta por tres entregas, el libro más famoso y al que alude el Doctor Salazar es *Confesiones de un inglés comedor de opio* (*Confessions of an English Opium*, traducido a veces como *Confesiones de un opiómano inglés*).

<sup>31</sup> Fue una denominación coloquial utilizada para los hospitales dedicados a locos y maníáticos, personas que se dice, experimentan “frenesi”.

<sup>32</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 212.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>34</sup> Smith, *op. cit.*, p. 110.

Dr. Meza Gutiérrez, estudiar varios casos estableciendo un cuadro diferencial entre la alucinosis alcohólica y la marihuánica.<sup>35</sup>

En una sección de su artículo denominada “Lo que produce y lo que no produce la marihuana” el Doctor Salazar describe la base de su labor clínica para demostrar la ausencia de relación entre el consumo de la marihuana y la psicosis causada por su ingesta entre los marihuanos recluidos por coerción policiaca en el hospital de Toxicómanos y, para verificar sus hipótesis, comenta que realizó los siguientes experimentos:

1. Hacer fumar marihuana a gentes que nunca lo hubiesen hecho, sin saber que la estaban fumando (por medio de cigarros especiales que contienen la mitad de tabaco y la mitad de marihuana).
2. A personas no habituadas, hacerlas fumar marihuana con su consentimiento.
3. Hacer fumar marihuana, sin saberlo, por medio de los cigarros especiales, a sujetos con diversos padecimientos mentales.
4. A personas no habituadas hacerlas fumar sin saberlo, después de la ingestión de alcohol.
5. A las mismas, después de la ingestión de alcohol, hacerlas fumar con su conocimiento.
6. A marihuanos habituados hacerles fumar en mi presencia para observar los efectos.

Además de las anteriores, se han realizado pruebas complementarias administrando la marihuana, no ya fumada, sino tomada, en forma de vino de marihuana o de extracto blando, en cápsulas. Para ambos se utilizaron los extractos remitidos por la Casa Merk, de Alemania.

Y, por último, pruebas sobre perros, sometiéndoles a la aspiración del humo de marihuana en cajas *ad hoc*, e inyectándoles el extracto fluido por vía muscular intravenosa.<sup>36</sup>

En su rigurosidad descriptiva el Doctor Salazar da cuenta de la marihuana que usó como base para su experimentación; de su reconocida actividad; de

<sup>35</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 211.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 215.

haber utilizado inflorescencias femeninas “con el color, consistencia y olor que indican su fuerte contenido en resina” y vuelve a señalar la ignorancia habitual, extendida a facultativos de la medicina en cuyos reportes para mostrar la supuesta asociación de la marihuana con la psicosis causada por dicha substancia, se ignora en qué parte de la planta se encuentra la concentración más alta de su contenido enervante, como lo evidenció críticamente con los experimentos analizados.

Precisamente este error lo lleva a comentar, no sin cierto dejo de ironía, el artículo de su influyente colega denominado: “La marihuana ante la psiquiatría y el Código Penal”; sobre el mismo apunta qué: “El señor Doctor Oneto, con amable ingenuidad, me confesó que para todas sus pruebas, había usado hojas de marihuana, desprovistas, como dije, casi absolutamente de resina y, por tanto, de actividad, creyéndolas él suficientemente eficaces”.<sup>37</sup>

Posteriormente el Doctor Salazar aborda la parte esencial de su labor como investigador —sus trabajos clínicos con la substancia—, misma que lo condujo a la formulación de sus hipótesis centrales. En ella describe de manera detallada los experimentos, analizando sus resultados y observaciones, grupo por grupo de los sometidos a sus pruebas, anotando las experiencias y reacciones y también demostrando, como conclusión central, la inexistencia de una asociación de marihuana con la psicosis o las psicopatías originadas en su consumo.

He de invitar a los interesados a la lectura pormenorizada de los mismos,<sup>38</sup> remitiéndolos a la lectura de “El mito de la marihuana”, dado que extenderme en ellos rebasa, con mucho, los propósitos del presente artículo, cuyo objetivo primordial consiste en demostrar la relación científica de los esfuerzos del Doctor Salazar Viniegra y su asociación exitosa con la formulación de una política pública consistente en formular una propuesta de intervención estatal para tratar la toxicomanía.

De manera que hechas las aclaraciones anteriores, he de presentar algunos comentarios breves del último estudio que analiza el Doctor Salazar y que, junto con los anteriores, formaron parte de las consideraciones que tomó para presentar su propuesta científica relacionada con las toxicomanías. En esta misma sección dedicada a presentar los trabajos de pretensión científica que, a

<sup>37</sup> *Loc. cit.*

<sup>38</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, pp. 214-226.

juicio del Doctor Viniegra, se basan en mitos, aparece una reseña crítica de los trabajos de Jules Bouquet, seguramente conocidos por Salazar Viniegra antes de que el siguiente año aparecieran también publicados en la revista *Criminalia*<sup>39</sup> bajo el nombre de “Nuevas contribuciones al estudio de la Cannabis”.

Bouquet no era un personaje cualquiera en el mundo de la literatura científica sobre los efectos que en la salud tenía el empleo de la marihuana, pues además de ser inspector de las farmacias de Túnez y experto en la subcomisión de la marihuana y la Liga de las Naciones, se consideraba amigo cercano de Harry Anslinger<sup>40</sup> comisionado de los Estados Unidos del Federal Bureau of Narcotics (FBN).<sup>41</sup>

Ahora se sabe que sus conclusiones, consideradas relevantes en su momento, estuvieron impregnadas de ideología racista y clasista y en ellas se descubren, de forma latente, las ideas y la moralidad del momento y la ausencia de solidez científica. En las mismas, dicho personaje señalaba, por ejemplo, qué:

La base del carácter musulmán es la indolencia; (...) los musulmanes aman la ociosidad y soñar despiertos, y a la mayoría de ellos el trabajo es lo más desagradable de todas las necesidades. El cannabis, que mejora la imaginación, es el mejor narcótico adaptado a su mentalidad. El adicto a hachís puede soñar con una vida que anhela: bajo sus efectos sueñan con dinero, que son dueños de un repleto harén, de jardines de deleitable frescor, de una tabla ricamente proporcionada de viandas exquisitas y copiosas. Entonces sus anhelos

<sup>39</sup> El artículo “Nuevas contribuciones al estudio de la Cannabis”, pp. 469-478, es posterior a la aparición del artículo de Salazar Viniegra, cuya publicación, es del año de 1938. En él, el Doctor Salazar lo comenta críticamente, aunque en la revista apareció hasta el siguiente año, la explicación es sencilla: originalmente el artículo está escrito en francés y tiene fecha de 1937, este, seguramente, es el que tomó el Doctor Salazar para formular sus opiniones críticas.

<sup>40</sup> Considerado por los estudiosos de la historia de la prohibición, como “el primer Zar antidrogas”, ocupó el cargo de Comisionado del FBN (*vid., supra* Núm. 2) de 1930 a 1962.

<sup>41</sup> Dice Carlos A. Pérez Ricard, profesor de la Universidad de Oxford, que “El Federal Bureau of Narcotics (FBN), creado en 1930 y situado en el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos (*Treasury Department*), fue un cuerpo policial dedicado al control antidrogas. Se trata de la organización sucesora de la *Narcotics Division* (1921-1927) y del *Prohibition Bureau's Narcotics Division* (1927-1930). Así, aunque no fue la primera organización federal en los Estados Unidos dedicada al tema de drogas, sí fue —por su extensión, centralización de mandos y temporalidad— la más importante hasta su disolución en 1968. Ese año fue creado el *Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs* (BNDD), organización que, después de otro proceso de reestructuración en 1973, dio paso a la actual *Drug Enforcement Administration* (DEA)”. Carlos A. Pérez Ricart, “El papel del Federal Bureau of Narcotics en el diseño de la política de drogas en México (1940-1968)”.

están satisfechos, su felicidad es completa. Cuando termina el periodo de intoxicación y se enfrentan de nuevo con la cruda realidad de la vida cotidiana su deseo es volver a encontrar una esquina donde puedan dormir hasta una nueva toma de cannabis que los devuelvan al país de las ilusiones.<sup>42</sup>

Las conclusiones a las que arribó el estudio de Bouquet —decadencia ulterior del fumador, pérdida de aptitudes sexuales, trastornos mentales por irritabilidad patológica—, quien tampoco era médico ni “persona avezada en fenómenos psicopatológicos” son falsas, a juicio de Salazar Viniegra, “como todas las que se han hecho y seguramente copiándose todas de relatos fantásticos”.<sup>43</sup>

### ***III. La relación de la marihuana con los trastornos mentales y la delincuencia***

En una sección que el Doctor Salazar Viniegra titula “Sobre los pretendidos efectos de la marihuana en los trastornos mentales y la delincuencia”, y que señala como uno de los capítulos más importantes de su trabajo por la “gran cantidad de absurdos y falsedades” que se sostienen sobre la materia, y por las “graves consecuencias que tiene para la aplicación del Código Penal”, relata seis casos “recogidos con particular cuidado” de internos del manicomio de La Castañeda, donde él trabajó, en los que supuestamente el diagnóstico afirmaba que dichos padecimientos psiquiátricos y conductuales estaban asociados al consumo de la marihuana,<sup>44</sup> críticamente afirmó, de manera contundente que:

Quedan, por tanto, en pie, las afirmaciones de que cuando se estrecha la observación y ésta es suficientemente escrupulosa, no se pue-

<sup>42</sup> En 1937 el Doctor Jules Bouquet elaboró un estudio en el norte de Túnez sobre la costumbre musulmana de consumir cannabis, fue realizado con la ayuda de la Liga de las Naciones. Además de un racismo visible, el Dr. Bouquet “asoció el uso de cannabis en las clases más pobres de las comunidades urbanas; también entre artesanos, pequeños comerciantes, obreros, etcétera. Los grupos delictivos son devotos ardientes del hachís. Su consumo los lleva a abandonar el trabajo, aumenta la propensión al robo y baja la libido”. Isidro Marín Gutiérrez y Mónica Hinojosa Becerra, “Leyes y juicios sobre la marihuana en los años 30”, p. 100.

<sup>43</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 212.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 227.

de admitir, por lo menos en nuestro medio, la existencia de psicosis por marihuana; que tampoco se ha comprobado trastornos mentales como se pretende, de forma alucinatoria o delirante en fumadores habituales o circunstanciales, ya fumando previo consentimiento o bien ignorándolo; que en los casos invocados por diversos autores, la observación no ha sido directa; a veces, además de ajena, remota y casi siempre totalmente defectuosa.<sup>45</sup>

Respecto a la asociación con el crimen presuntamente cometido bajo la influencia de la euforia de la marihuana, la examina como “truculenta”; para ello, da cuenta de un estudio atribuido a un investigador norteamericano (Yawger) que publicó en el *American Journal of the Medical Sciences*, en marzo de 1938, un artículo donde se advierte lo que ha ocurrido con la invasión de la marihuana en el país del Norte.<sup>46</sup> De acuerdo con Viniegra, Yawger formula algunas observaciones pertinentes en estudios sobre poblaciones de consumidores de la Cannabis de la Penitenciaría del Este,<sup>47</sup> en donde “interrogó a muchos delincuentes que habían sido fumadores de marihuana, sin poder comprobar en uno solo que ésta hubiera influido para el delito”.<sup>48</sup> De manera que, de acuerdo con Yawger, podría concluirse que, “estos casos (...), han sido muy incompletamente relatados y no sabemos, por tanto, qué otros factores pueden haber entrado para su realización”.<sup>49</sup>

Al finalizar su trabajo sobre “El mito de la mariguana”, el Doctor Salazar señala que “en ninguna parte como los Estados Unidos ha llegado a atribuirse a la marihuana tanta influencia en los delitos. El Boletín de la Oficina de Narcóticos de ese país, correspondiente a 1936, dice que “el fiscal de Nuevo México estima que aproximadamente el 50% de los crímenes y violencia en ese Estado, son atribuibles a los marihuanos”.<sup>50</sup>

Al concluir la presentación de sus resultados, Salazar Viniegra informaba al respecto de la hipotética asociación qué: “como en el caso de la locura, en el

<sup>45</sup> *Loc. cit.*

<sup>46</sup> Se refiere al trabajo de N. S. Yawger, “Marijuana, Our New Addiction, American Journal of the Medical Science”, pp. 351-357.

<sup>47</sup> Se refiere a la famosa Penitenciaría de Pensilvania, construida entre 1823 y 1836 en Filadelfia, USA.

<sup>48</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 231.

<sup>49</sup> *Loc. cit.*

<sup>50</sup> *Loc. cit.*

de la criminalidad, se habla de asesinatos espantosos cometidos por marihuanos; y no se analiza ni se disciernen los factores reales que hayan ocurrido; cuando se hace, ya lo mostré anteriormente, se descubre que otros fueron los móviles”.<sup>51</sup> Por esa razón, según Salazar Viniegra, lo único que se pudo demostrar en la investigación señalada fue qué:

De los fenómenos constantes que produce la marihuana en mayor o menor grado, pero siempre, ya sea que se fume o se ingiera y ya sea también que se sepa o no se sepa, son: los vasomotores traducidos de taquicardia, palpitaciones, palidez de la cara, enrojecimiento de conjuntivas, parestesias en los miembros consistentes en sensación de gordura. (...) Estos fenómenos, repito, si son reales y constantes en mayor o menor grado y duración; de ellos se deriva el estado angustioso que casi siempre sobrecoge al fumador o tomador de marihuana, sobre todo cuando se trata de sujetos no habituados que se inician (...). Reafirmemos entonces que la marihuana, despertando una reacción orgánica de orden emocional, propicia también peculiares estados psicológicos.<sup>52</sup>

Finalmente, resulta relevante su afirmación de que sería muy delicado sostener la susodicha relación entre la cannabis y la criminalidad con las evidencias analizadas a partir de lo que él llama “la fábula” sobre sus efectos en la conducta del consumidor, dado que “en ningún caso determina inconciencia, ni tampoco impulsos criminales, ni olvido de los casos, ni alucinaciones terroríficas, ni la locura tampoco”,<sup>53</sup> razón por la cual se atreve a sostener una conclusión lógica: la necesidad de modificar las leyes penales, sobre todo el Código Penal y el Reglamento Federal de Toxicomanías, ambos de 1931; modificar el enfoque sobre la toxicomanía en el que se sostienen las leyes punitivas e inscribir una nueva mirada, cercana a la medicina social, en los códigos sanitarios; abandonar la fácil tentación de criminalizar al adicto y asumir el problema de las adicciones con un enfoque de salud pública. Atento a su perspectiva, termina su estudio pionero con una reflexión que debe hacernos pensar a quienes participamos de la cultura jurídico-penal; sobre todo a los

<sup>51</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “El mito de la marihuana”, p. 233.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 233-234.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 237.

abogados, fiscalías, órganos jurisdiccionales y, en general a los operadores de la ley y penalistas partidarios de “la ley y el orden”:

Frente a nuestro real y formidable problema de alcoholismo, la cuestión de la marihuana no merece la importancia de problema social ni humano; el estudio científico de ella presentará, en cambio, siempre interés para quién, libre de prejuicios, la someta a sus disciplinas. La instrucción, la cultura, la orientación de nuestro pueblo, permitirá que el calumniado y hermoso arbusto no sea en lo futuro más que lo que debe ser: una rica fuente de abastecimiento de fibras textiles.<sup>54</sup>

El Doctor Leopoldo Salazar Viniegra, llegó a pensar que las drogas debían ser entendidas como “producto de interés científico y de acuerdo con ello manejarla[as]; ya [fueran] para su aprovechamiento o siquiera para esclarecer lo que el mito y la leyenda han urdido en torno suyo”. Asimismo, argumentó que, frente al consumo de algunas sustancias, se había: “levantado una corriente de censura y oposición alarmista y clamorosa de los que, con espíritu mesiánico, tratan de redimir a quienes ni lo piden ni lo necesitan, tratando de reglamentar lo que no les compete, fundamentalmente por eso: porque no lo entienden”<sup>55</sup>.

Poco tiempo después de publicado su artículo y debido a su trabajo con toxicómanos, sus investigaciones sirvieron como base para la elaboración del Reglamento Federal de Toxicomanías que se promulgó durante el gobierno de Lázaro Cárdenas. Más que una legalización, como pudiera entenderse en los tiempos que corren, se trató de una visionaria y avanzada política pública consistente en una intervención estatal para regular la distribución y suministro y para descriminalizar al usuario habitual de narcóticos. Pensado para garantizará la atención médica a los llamados toxicómanos a fin de que las autoridades sanitarias y los médicos autorizados se encargaran de la prescripción y distribución de las substancias,<sup>56</sup> y con ello, restarles poder a los traficantes.

Lamentablemente, nunca se llegaron a conocer los impactos perdurables que esta reglamentación debió haber originado, ya que, a los pocos meses de ser implementado, fue suspendido por presiones del gobierno norteamericano.

<sup>54</sup> *Loc. cit.*

<sup>55</sup> Leopoldo Salazar Viniegra, “Opio y delincuencia”, *Excélsior*, 17 de noviembre de 1944, *apud* Olvera y Ocaña Salazar, *op. cit.*

<sup>56</sup> Reglamento Federal de Toxicomanías, pp. 5-6.

Las investigaciones científicas de Salazar sobre la marihuana y las toxicomanías, sus críticas a las políticas nacionales y a los sistemas punitivos contra las drogas —impulsados por la Liga de Naciones, hoy la ONU, y por los Estados Unidos—, valieron múltiples conflictos y dificultades con instituciones poderosas. Como se verá más adelante, su inquietud científica provocó que fuera investigado y se le abriera una carpeta en el Buró Federal de Narcóticos Norteamericano. Obviamente su ímpetu innovador no fue del agrado del Zar antidrogas Harry Anslinger, pero como señalan Nidia Olvera y Magali Ocaña, “algo del genio del Doctor intrigaba al agente porque mantuvieron una constante comunicación. A pesar de esto, Anslinger buscó desprestigiar los estudios de Salazar Viniegra, argumentando que sus experimentos violaban las legislaciones internacionales” suscritas por el Gobierno mexicano.<sup>57</sup>

#### ***IV. El Reglamento Federal de Toxicomanías y el control del Estado sobre las substancias adictivas***

El reglamento, como lo hemos ya establecido, partía en sus considerandos de una crítica a la política prohibicionista establecida en nuestro país desde 1931. En sus 11 artículos, definía lo que debía entenderse por toxicómano —todo individuo que sin fin terapéutico use alguna de las drogas establecidas en el Código Sanitario—, autorizaba discrecionalmente a los médicos con título registrado para la prescripción de narcóticos bajo ciertas condiciones de control sobre las dosis; autorizaba a los farmacéuticos al despacho de los enervantes cuando estos fueran prescritos por los médicos que hubieren cumplido con los requisitos. El Reglamento también daba nacimiento a los dispensarios y hospitales dependientes del Departamento de Salubridad y obligaba a los toxicómanos a someterse a tratamiento, recurriendo para ello a los propios dispensarios o bien, acudiendo con médicos particulares. También estableció las funciones de los dispensarios, entre las que destacan: llevar un registro de los pacientes toxicómanos a los que se les autorice tratamiento; despachar las substancias narcóticas prescritas y administrar al paciente toxicómano la

<sup>57</sup> Olvera Hernández y Ocaña Salazar, *op. cit.* De acuerdo con las autoras, la carpeta se encuentra en: National Archives and Record Administration (EUA), Record Group 170, Drug Enforcement Administration, Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs, 1916-1979, México, 0660. Por su parte, Benjamin T. Smith cita la carpeta en: NARA, RG170, caja 22, carpeta del doctor Salazar Viniegra, de Creighton al comisionado de aduanas, 23/4/1940, en: Smith, *op. cit.*, p. 443.

droga determinada por el médico, señalando en todo momento la gratuidad de la atención médica ya que el importe de las substancias debía ser cubierto por el toxicómano.<sup>58</sup>

El 9 de marzo de 1940, se inauguró el primer dispensario para toxicómanos, mismo que se hizo depender de la Oficina de Toxicomanías e Higiene Mental del Departamento de Salubridad Pública. De acuerdo con Mariana Flores, a la inauguración acudieron personalidades del mundo de la política y de la medicina de primer nivel. La ceremonia estuvo presidida por el Doctor José Siurob Ramírez, Jefe del Departamento de Salubridad Pública y, como ya señalamos, también Jefe del Departamento del Distrito Federal de enero de 1938 a enero del siguiente año; en los actos protocolarios de apertura del dispensario también participaron el Doctor Heberto Alcázar y Luis G. Franco sucesor y predecesor del Doctor Leopoldo Salazar Viniegra.<sup>59</sup>

El dispensario para toxicómanos se instaló en la calle Sevilla número 33, en la Colonia Juárez,<sup>60</sup> estuvo conformado por al menos cinco Doctores y su director fue el médico Heberto Alcázar.<sup>61</sup> Los facultativos “suministraban dos pequeñas dosis diarias de morfina de alta calidad a los toxicómanos, y cada dosis costaba apenas 80 centavos. Para recibirlas, los adictos debían registrarse y acceder a recibir orientación médica”.<sup>62</sup> Esta política tuvo tanto éxito que tres meses después de inaugurado “había planes para abrir otros dos dispensarios en colonias mucho más populares de la Ciudad de México, Tepito y la Doctores, así como en la segunda ciudad más grande del país: Guadalajara”.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Reglamento Federal de Toxicomanías.

<sup>59</sup> Flores Guevara, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

<sup>60</sup> Se trataba de un espacio austero que contaba apenas con lo indispensable, según la nota de Froylán Enciso (*sic*), “estaba lejos de ser lujoso. Era una pequeña pieza, donde atendía y disponía el doctor Martínez, un médico experimentado, sensible y diligente”. Se trataba, pues de un dispensario instalado en una zona de fácil acceso y pudiéramos decir que popular, puesto que, de acuerdo con el autor, acudían a él “mecánicos, carpinteros, albañiles, alfareros, vagabundos y hasta uno que otro raterillo”. Froylán Enciso, “Cuando las drogas se legalizaron en México”. En la versión en inglés que aparece en los archivos electrónicos de El Colegio de México, Froylán Enciso, “When Drugs Were Legal in Mexico”.

<sup>61</sup> Los doctores fueron Clotilde Orocí Bacien, Juan Martínez Reynaga, Norberto Treviño Zapata, José Quevedo y su Director Heberto Alcázar. Flores Guevara, *op. cit.*, p. 147.

<sup>62</sup> Smith, *op. cit.*, p. 119.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 121. Además de esos planes, hay noticias de que operó otro dispensario más habilitado y menos austero en la calle de Versalles al que acudían gentes de otra extracción social, según Froylán Enciso, “llegaban muchos abogados y médicos, según las malas lenguas”. *Vid.*, nota de Froylán Enciso, “Cuando las drogas se legalizaron en México”, s/p.

De acuerdo con la crónica del diario *Excélsior* del 20 de marzo de 1940, al menos en los primeros días de funcionamiento recibía alrededor de doscientos pacientes diariamente, sin embargo, de conformidad con la misma fuente periodística, en menos de dos semanas el promedio ascendió a quinientos toxicómanos.<sup>64</sup>

En el recuento hemerográfico de aquellos años, se da cuenta de que los usuarios y toxicómanos reclamaban al principio más dosis para inyectarse,<sup>65</sup> pero poco a poco fueron acomodándose a las políticas de suministro del dispensario, la razón, de acuerdo con los médicos de este, se explica por la pureza de la morfina que se suministraba, en comparación de las sustancias adulteradas que los traficantes circulan entre los adictos con el propósito de que los mismos requieran dosis con mayor frecuencia.

Las crónicas mencionan que en este sistema de dispensarios los adictos sólo reciben morfina inyectada, sin poder trasladarse con las dosis, la intención, por supuesto, tuvo como propósito eliminar el riesgo de que los adictos sacaran ventaja de la droga suministrada y la pudieran vender a otros consumidores. Lo anterior se destaca porque precisamente fue lo que argumentó Harry Anslinger —la fuga del narcótico suministrado por los Estados Unidos— para presionar a nuestra nación con la intención de que se adoptara la política de prohibicionismo penal.<sup>66</sup>

Según los periódicos de la época, la Doctora Clotilde Oroci, una de las facultativas que laboraba en el dispensario,<sup>67</sup> le comentó a un periodista que, “aunque falta personal y se trabaja hasta 12 horas diarias, vale la pena”. Contagiada de los postulados de la medicina social que imperaba en la época, comentaba: “sabemos que nuestro esfuerzo está aliviando muchas dolencias”.

<sup>64</sup> Smith, *op. cit.*, p. 119.

<sup>65</sup> De acuerdo con el periodista Miguel Gil, “El espectáculo es pavoroso: son gentes salidas de los basureros; de los espantosos antros de nuestras barriadas. Con los cabellos hirsutos bajo el cuello; con las barbas crecidas y despeinadas; con los ojos enrojecidos; con las ropas hechas jirones. Casi todas las mujeres son como sombras, cómo “almas en pena”, como las brujas a qué se refieren las viejas abuelas cuando tratan de amedrentar a sus nietos que no quieren dormir. Abundan en esta “cola” los chinos de ojos rasgados y tez mortalmente amarillenta. Miguel Gil, “Hombres muertos en vida acuden a inyectarse drogas diariamente”; también en: Smith, *op. cit.*, p. 119.

<sup>66</sup> En realidad, el verdadero boicot no tenía que ver con las “fugas” de la morfina, sino con doblegar al Estado mexicano a plegarse a la política prohibicionista de los Estados Unidos de América. El argumento para presionar, en época de guerra mundial, lo proporcionó la Ley de Importación y Exportación de Narcóticos de ese país, en la que se señalaba que únicamente se permitía la venta de narcóticos a países en donde se les fuera a dar “usos médicos y legítimos”. *Ibid.*, p. 122.

<sup>67</sup> *Vid., supra*, Núm. 61.

El Doctor Heberto Alcázar, en la misma entrevista, insistió en que se debía considerar al toxicómano como a un enfermo, no como delincuente y apuntó, de manera clara, su misión como facultativo: “hacemos la competencia legal a los envenenadores públicos hasta que logremos exterminarlos mediante la teoría de la oferta y la demanda: hay que vender barato el producto y hacer más adeptos (a este sistema), el traficante, por el contrario, se obstina en vender más cara su mercancía”.<sup>68</sup>

De acuerdo con Mariana Flores, el dispensario suscitó un optimismo entre los consumidores habituales de clase baja, también contó con la simpatía de la mayor parte de la prensa. Los periódicos de la época señalaban que la estrategia de combate a la toxicomanía empleada con anterioridad —de prohibición y de represión penal— había demostrado ser infructuosa y estéril. En una nota de *El Universal* se comentó: “Un toxicómano no es delincuente, como no lo es el alcohólico. Atraerlo, en vez de perseguirlo; registrarlo y someterlo a un tratamiento médico y psicológico (...) constituirá un fundamental medio de combatir la toxicomanía. De igual modo, la mejor manera de inhabilitar al traficante, en vez de perseguirle y castigarle, será compitiéndole el precio de la mercancía”.<sup>69</sup>

El resultado de “tan audaz y valiente sistema, para erradicar al toxicómano” no se hizo esperar, de acuerdo con un editorial del periódico *Excélsior* del 20 de marzo de 1940, denominado “Salubridad está proveyendo de drogas a muchos toxicómanos”, la política y el sistema implantado por el dispensario constituye una “valiente campaña para exterminar a los traficantes de drogas heroicas”.<sup>70</sup>

Como lo consigna la prensa de la época, los traficantes, a diferencia de los consumidores habituales, no estaban a gusto con estas medidas, pues apenas diez días después de inaugurados los dispensarios empezaron a reportar pérdidas considerables en sus ingresos: “El departamento de salubridad estimaba que los vendedores de heroína de la capital estaban perdiendo más de ocho mil pesos al día”.<sup>71</sup> De acuerdo con el periodista Miguel Gil, en su artículo periodístico denominado “Los satélites de la morfina desfilan por el dispen-

<sup>68</sup> Los entrecomillados son de: Flores Guevara, *op. cit.*, p. 149.

<sup>69</sup> Smith, *op. cit.*, p. 120; también en: Flores Guevara, *op. cit.*, p. 150.

<sup>70</sup> Miguel Gil, “Hombres muertos en vida acuden a inyectarse drogas diariamente”, p. 150, *apud* Flores Guevara, *op. cit.* p. 150.

<sup>71</sup> Smith, *op. cit.*, p. 120.

sario con toda su tragedia”, del día 21 de marzo de 1940 y aparecido en el diario *La Prensa*, en el que afirmaba que “Lola La Chata está furiosa porque pierde, cuando menos, dos mil seiscientos pesos de ventas”.<sup>72</sup> En tanto que “El Departamento de Salubridad estima[ba] que las pérdidas de la traficante ascienden a tres mil pesos diarios”.<sup>73</sup>

En el editorial de *El Universal* del 23 de marzo en 1940, denominado “Campaña contra una lacra social”, el mejor ataque al tráfico ilegal de drogas es la ley de oferta y demanda: “el toxicómano no tendrá para que acudir al traficante, que le venderá caro, cuando el Estado le vende barato y, además, no le cobra por el tratamiento médico”.<sup>74</sup> De acuerdo con Mariana Flores, en la práctica esto es lo que sucede: “los adictos optan por el dispensario el lugar de acudir con el traficante por la enorme diferencia en precios. En el dispensario, el gramo de morfina cuesta tres pesos con veinte centavos, mismo que los traficantes venden entre diez y quince veces más caro”.<sup>75</sup>

En sus pocas semanas de funcionamiento, los toxicómanos, y buena parte de la prensa y del cuerpo médico, recibieron con simpatía el nuevo sistema de dispensarios. Los resultados iniciales fueron prometedores, se demostró que la solución al problema de las toxicomanías no tenía que ver con la cuestión penal o punitiva, sino con un asunto de salud pública; la idea de los dispensarios públicos y el enfoque médico-social a cargo del Estado permitió un cambio de paradigma en el tratamiento y contrarrestó el poder económico de las mafias de vendedores que obtenían los mayores beneficios de la existencia del mercado ilegal.

## V. Epílogo

Al parecer, los efectos positivos de la intervención estatal en materia de toxicomanías no produjeron la misma reacción en los Estados Unidos de

<sup>72</sup> Citado por Flores Guevara, *op. cit.*, p. 151. De “Lola La Chata” hay mucho que decir, es toda una leyenda, pero para este artículo basta con señalar que María Dolores Estévez Zuleta, conocida como “Lola La Chata” (1906-1959), aparece en las crónicas como una de las más importantes traficantes de marihuana y heroína en nuestro país durante las décadas de los años treinta a cincuenta.

<sup>73</sup> Miguel Gil, “El comercio de las drogas heroicas morirá en México”, *El Nacional*, 21 de marzo de 1940, *apud* Flores Guevara, *op. cit.*, p. 151.

<sup>74</sup> *Loc. cit.*

<sup>75</sup> *Loc. cit.*

América, a pesar de la postura comprensible que al inicio sostuvo su embajador, Josephus Daniels, quien intentó —sin éxito— que su gobierno se mostrara más flexible.<sup>76</sup> Lo cierto es que sus agencias y sus agentes habían presionado todo el tiempo para imponer su postura prohibicionista en el tema de las toxicomanías y en todo momento mantuvieron su posición intransigente.

Funcionarios del Departamento de Estado expresaron que las leyes estadounidenses —y las convenciones internacionales de las que México y los Estados Unidos formaban parte— se oponían a las autorizaciones para exportar drogas a México mientras que el Reglamento Federal de Toxicomanías mantuviese su espíritu de atención y, sobre todo, suministro de los derivados del opio a los toxicómanos.

Sin embargo, a pesar de las presiones y amenazas, el 17 de febrero de 1940 finalmente apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento Federal de Toxicomanías y menos de un mes después entró en funciones al menos un dispensario para toxicómanos en la Ciudad de México. Cinco días después de inaugurado, el Gobierno de los Estados Unidos le comunicó a la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) “que ha[bía] decidido prohibir la exportación [de] todo tipo de drogas a México”. Según Froylán Enciso (*sic*), fue tan grande la molestia que ocasionó la puesta en marcha de un enfoque médico-social, que el Presidente de la República, Lázaro Cárdenas, se enteró del embargo de medicamentos a nuestro país por parte de los Estados Unidos “en forma de telegrama” durante una gira oficial al Estado de Chiapas.<sup>77</sup>

El Gobierno de Estados Unidos sustentó una posición conveniente a sus intereses hegemónicos y comerciales: mientras que México no suspenda legalmente la vigencia del Reglamento, Estados Unidos tampoco suspenderá el embargo; así lo había dejado en claro el Jefe de la División de Repúblicas Americanas del Departamento de Estado, Laurence Duggan,<sup>78</sup> quien además

<sup>76</sup> William O. Walker III, “Drug Control in the Americas, Albuquerque”, University of New México Press, 1981, pp. 129-130, *apud* Flores Guevara, *op. cit.*, p. 154.

<sup>77</sup> Froylán Enciso, “Cuando las drogas se legalizaron en México”, s/p.

<sup>78</sup> Dicha División fue creada en 1937 y tuvo vigencia hasta 1944. Sólo para ilustrar el carácter injerencista de los representantes de los intereses norteamericanos, valga señalar que Laurence “Larry” Duggan (1905-1948), fue jefe de la oficina para América del Sur del Departamento de Estado de Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial. En 1948, Duggan cayó al vacío desde la ventana de su despacho en Nueva York, diez días después de ser interrogado por la Oficina Federal de Investigación sobre si había mantenido contactos con la inteligencia soviética. Durante

sostuvo que suministrar a los adictos cierta cantidad de droga no podía ser considerado como equiparable al uso médico de la misma, por lo que amenazó con denunciar a México ante el Comité Central Permanente del Opio por violaciones a la Convención de Ginebra (1931) y señaló que en caso de que el Gobierno mexicano no diera marcha atrás en su política, los Estados Unidos prohibirían la exportación de drogas y advirtió que “estas objeciones han sido presentadas en forma absolutamente amistosa, pero puedo asegurar (...) que en caso de aprobarse la ley (...). Los Estados Unidos [tomarán] las providencias restrictivas que he señalado”.<sup>79</sup>

El mismo día que el Doctor José Siurob se enteró del embargo estadounidense, convocó al Consejo General de Salubridad para discutir el asunto y proponer la conformación de una comisión mixta (Méjico-EE. UU.). Como resultado de las deliberaciones, Siurob, “solicitó a la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) que comunicara a Washington el deseo de llegar a un amistoso y completo acuerdo que sea beneficioso a las dos partes”. También “propuso que mientras los Estados Unidos procedieran a cancelen el embargo de fármacos de uso vital para la práctica médica, México, de ser esto último parte de un acuerdo entre ambas naciones, por su lado, suspendería la aplicación de la parte del reglamento que autoriza la prescripción de dosis superiores a las que señala la farmacopea”.<sup>80</sup>

A pesar de los oficios del embajador Daniels y de la decidida actitud negociadora del Doctor José Siurob, —Jefe del Departamento de Salud Pública—; de la diplomacia mexicana y del propio Gobierno mexicano, los Estados Unidos sostuvieron su posición intransigente, y el presidente Cárdenas, menos de cuatro meses después de su aprobación, decidió poner en pausa el reglamento y volver a instalar nuevamente la legislación prohibicionista de 1931 con los argumentos ya señalados y bajo el escenario bélico de la conflagración mundial

muchos años se pensó que era un funcionario inocente y leal al que las acusaciones infundadas de la era McCarthy llevaron al suicidio. En la década de 1990 se revelaron pruebas procedentes de telegramas soviéticos descifrados que indicaban que había realizado actividades de espionaje para la Unión Soviética. Fandom, “Laurence Duggan”.

<sup>79</sup> AHGE, III-2398-6, Carta del Jefe de Salud Pública, José Siurob, al Secretario de Estado y del Despacho de Relaciones Exteriores, México, 14 de marzo de 1940, pp. 3-5, *apud* Flores Guevara, *op. cit.* p. 146.

<sup>80</sup> AHGE, III-2398-6, Carta del Jefe de Salud Pública, José Siurob, al Secretario de Estado y del Despacho de Relaciones Exteriores, México, 14 de marzo de 1940, pp. 3-5, los entrecorbillados del párrafo provienen de Flores Guevara, *op. cit.*, p. 154.

que dificultaba la adquisición de drogas, muchas de ellas producidas por las naciones europeas (cuya referencia en el Decreto de suspensión quizá tenía como destinatarios a los importantes laboratorios de la Alemania nazi Bayern y Merck).

Como ya lo han documentado algunos investigadores,<sup>81</sup> los apremios del gobierno de los Estados Unidos se hicieron sentir antes y durante la vigencia del Reglamento Federal de Toxicomanías; en ellos participaron activamente funcionarios del Departamento de Estado, Comisionados de distintos organismos, el embajador de ese país, y los poderosos Larry Duggan y Harry Anslinger. La Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) fue notificada de la desproporcionada reacción: el gobierno norteamericano había decidido prohibir la exportación de todo tipo de fármacos a México dado el peligro de que se destinaran para usos no médicos e ilegítimos.<sup>82</sup>

El comisionado de los Estados Unidos del Federal Bureau of Narcotics (FBN) Harry Anslinger, quién tenía en sus manos la decisión, supo usar la presión de su gobierno e impuso exitosamente el boicot decisivo para doblegar la dependencia de México, no sólo por la dificultad que nuestra nación tenía para adquirir los narcóticos en los mercados europeos, sino sobre todo por la relación de sujeción a las medicinas, fármacos y drogas que provenían del suministro norteamericano.

Y así, finalmente, el cuatro de julio de 1940, un día después de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la suspensión del Reglamento, “se solicitó con urgencia al Secretario de Relaciones Exteriores que se lo comuni[cara] al gobierno de Estados Unidos para que levante el embargo”.<sup>83</sup>

Esta historia inconclusa, pues es asignatura pendiente para otros trabajos e investigaciones —falta por ejemplo una pesquisa sobre los documentos desclasificados que se encuentran en diferentes acervos de los Estados Unidos; acercarse a los archivos de la SRE para analizar el quehacer de éste ministerio en el conflicto; y a los de la Secretaría de Salud para ubicar los archivos del registro de los toxicómanos atendidos durante la vigencia del Reglamento—, arrojen algunas luces sobre un tema que para la mayoría de los mexicanos es

<sup>81</sup> *Vid.*, sobre todo la obra de Mariana Flores Guevara, *supra* Núm. 1; de Luis Astorga, *supra* Núm. 1 y de Benjamín T. Smith, *supra* Núm. 4.

<sup>82</sup> *Vid.*, *supra* Núm. 66.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pp. 156-157; Flores Guevara, *op. cit.*, pp. 156-157.

muy delicado por el contexto reciente. También se debe poner en claro que la prohibición no siempre ha gozado de argumentos irrefutables, indiscutibles o unánimes; finalmente, es justo realzar también la entrega y la vocación científica de un médico pionero, Leopoldo Salazar Viniegra, por desmitificar a la marihuana, sacarla del entorno punitivo y criminalizador, regular el mercado de la droga y atender al dependiente de su uso a partir de nuevos (1940) paradigmas de salud pública y social.

Pero también hacer evidente la relevancia que, en este, y en otros muchos temas, guarda la independencia nacional para decidir sobre los grandes problemas que nos aquejan y para encontrar de manera soberana las políticas y las rutas para su solución. El Gobierno mexicano supo, a pesar de las fuertes presiones, construir de manera efímera, pero también de forma eficaz, una vía propia, pionera y ejemplar que no ha perdido su vigencia y lo hizo a contracorriente, con la oposición de los Estados Unidos, pero también con el silencio cómplice del resto del mundo. Finalmente, a nivel mundial se impuso la prohibición y la criminalización que ha nutrido, desde hace décadas, las cárceles de todo el mundo y mostrado su fracaso para contener el uso y dependencia de las drogas.

## *Fuentes de consulta*

### *Bibliográficas*

- Astorga Almanza, Luis Alejandro. *Drogas sin fronteras*. México, Grijalbo, 2003.
- \_\_\_\_\_. *El siglo de las drogas: el narcotráfico, del porfiriato al nuevo milenio*. México, Plaza y Janés, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Mitología del “narcotraficante” en México*. México, Plaza y Valdés, UNAM, 1995.
- \_\_\_\_\_. *¿Qué querían que hiciera? Inseguridad y delincuencia organizada en el gobierno de Felipe Calderón*. México, Grijalbo, 2015.
- Flores Guevara, Mariana. *La alternativa mexicana al marco internacional de prohibición de drogas durante el cardenismo*. Título de licenciatura, El Colegio de México, 2013.
- Ríos Molina, Andrés. *La locura durante la Revolución Mexicana: los primeros años del Manicomio General La Castañeda 1910-1920*. El Colegio de México, México, 2009.

Rivera Garza, Cristina. *La Castañeda. Narrativas dolientes desde el Manicomio General de México, 1910-1930*. México, Debolsillo, 2022.

Santos, Gonzalo N. y Gastón Santos. *Memorias*. Grijalbo, México, 1986.

Smith, Benjamín T. *La droga. La verdadera historia del narcotráfico en México*. Debate Historia, México, 2022.

### **Electrónicas**

Enciso, Froylan. “When Drugs Were Legal in Mexico”. Firmada en la Ciudad de México en 1940, El Colegio de México. [https://cei.colmex.mx/archivos/179/FroylanEnciso-Legal\\_drugs.pdf](https://cei.colmex.mx/archivos/179/FroylanEnciso-Legal_drugs.pdf) (consultada el 18 de septiembre del 2024).

Enciso, Froylán. “Cuando las drogas se legalizaron en México”. *Nuestra aparente rendición*, Biblioteca Miguel Lerdo de Tejada, 22 de septiembre del 2011. <http://nuestraaparenterendicion.com/index.php/blogs-nar/weary-bystanders/item/617-cuando-las-drogas-se-legalizaron-en-m%C3%A9xico> (consultado el 1 de septiembre del 2024).

Fandom. “Laurence Duggan”. *Military* [https://military-history.fandom.com/wiki/Laurence\\_Duggan](https://military-history.fandom.com/wiki/Laurence_Duggan) (consultado el 21 de septiembre del 2024).

Fotobobservatorio. “Archivo Dr. Salazar”. 2018. <https://fotobobservatorio.mx/fototeca?id=87> (consultado en agosto de 2024)

Gaceta Médica de México. *Datos biográficos del doctor Leopoldo Salazar Viniegra*. Hemeroteca Nacional Digital de México, 67, México, UNAM, 31 de agosto de 1937. <https://hndm.iib.unam.mx/consulta/publicacion/visualizar/558075be7d1e63c-9fea1a2a9?pagina=558a34427d1ed64f16a2fe0c&palabras=leopoldo-salazar> (consultada en agosto de 2024).

Jiménez Labora Velasco, Silverio Miguel. “El control estatal de las drogas en la década de 1930. De Pascual Ortiz Rubio a Lázaro Cárdenas”. *Metáforas al aire*, Núm. 5, julio-diciembre, 2020, pp. 214-225. <https://metaforas.uaem.mx/wp-content/uploads/2020/09/Met%C3%A1foras-al-aire-n%C3%BAm.-5-julio-diciembre-2020-Art%C3%ADculos-libres-1-27-38.pdf> (consultado el 16 de julio de 2024).

Marín Gutiérrez, Isidro y Mónica Hinojosa Becerra. “Leyes y juicios sobre la marihuana en los años 30”. *Cannabis Magazine*, pp. 96-103. [www.academia.edu/26464587/Leyes\\_y\\_juicios\\_sobre\\_la\\_marihuana\\_en\\_los\\_a%C3%B1os\\_30](http://www.academia.edu/26464587/Leyes_y_juicios_sobre_la_marihuana_en_los_a%C3%B1os_30) (consultado el 5 de noviembre del 2018).

Olvera Hernández, Nidia y Magali Ocaña Salazar. “El psiquiatra que luchó contra los cuerdos para despenalizar las drogas”. *Drogas, Política y Cultura*. <http://drogaspolitica.net/salud/el-psiquiatra-que-lucho-contra-los-cuerdos-para-despenalizar-las-drogas/> (consultado en agosto de 2024).

Pérez Ricart, Carlos A. “El papel del Federal Bureau of Narcotics en el diseño de la política de drogas en México (1940-1968)”. *Frontera norte*, Núm. 1, Vol. 31, enero-diciembre 2019. <https://doi.org/10.33679/rfn.v1i1.2045>

Schievenini Stefanon, José Domingo. “La prohibición nacional del cannabis en México: revisión histórica de la relación entre leyes y ciencia”. *Nóesis. Revista De Ciencias*

*Sociales y Humanidades*, Vol. 30. Núm. 60, México, 2021, pp. 20–44. <https://doi.org/10.20983/noesis.2021.2.2>

Spataro Tron, Martina. “Cuando México tuvo la política de drogas más progresiva del planeta”. *+demx*, 2 de mayo de 2022. <https://masdemx.com/2022/05/drogas-legalizacion-mexico-leopoldo-salazar/> (consultado el 2 de agosto del 2024).

Sonoro. “Toxicomanía. El experimento mexicano. La insólita legalización de las drogas en 1940”. 20 de abril de 2021. <https://toxicomania.com/> (consultada en agosto de 2024).

### **Hemerográficas**

Fournier, Raúl. “Salazar Viniegra, la muerte y la libertad. Homenaje en memoria del Doctor Leopoldo Salazar Viniegra”. *Gaceta de la Universidad*, Vol. IV, Núm. 43, México, UNAM, 28 octubre de 1957.

Gil, Miguel. “Hombres muertos en vida acuden a inyectarse drogas diariamente”. *La Prensa*, México, 20 de abril de 1940.

Salazar Viniegra, Leopoldo. “El mito de la marihuana”. *Criminalia. Revista de sociología criminal*, México, diciembre, 1938.

\_\_\_\_\_. “La marihuana ante la psiquiatría y el Código Penal”. *Criminalia. Revista de sociología criminal*, año V, de diciembre de 1938.

\_\_\_\_\_. “Nuevas contribuciones al estudio de la Cannabis”. *Criminalia. Revista de sociología criminal*, Año 5, Vol. 4, pp. 469-478.

Yawger, N. S. “Marihuana, Our New Addiction, American Journal of the Medical Science”. Philadelphia, U.S.A., 1938, 195, pp. 351-357.

### **Legislación**

Departamento de Salubridad Pública, publicado el 27 de octubre de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4540507&fecha=27/10/1931&cod\\_diario=193841](https://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4540507&fecha=27/10/1931&cod_diario=193841) (consultado el 16 de julio de 2024).

Disposiciones sobre el comercio de productos que pueden ser utilizados para fomentar vicios que degeneren la raza y sobre el cultivo de plantas que pueden ser empleadas con el mismo fin, publicado el 2 de febrero de 1920 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4549612&fecha=15/03/1920&cod\\_diario=194419](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4549612&fecha=15/03/1920&cod_diario=194419) (consultado el 20 de julio del 2024).

Reglamento Federal de Toxicomanías, publicado el 17 de febrero de 1940 en el *Diario Oficial de la Federación*. [https://dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4510267&fecha=17/02/1940&cod\\_diario=191983](https://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4510267&fecha=17/02/1940&cod_diario=191983) (consultado el 19 de julio de 2024).

# Los nuevos paradigmas de la seguridad social en México

Luis Enrique Oliver López\*

## **Resumen:**

En esta investigación se analiza a la seguridad social como un elemento clave para la protección de todo trabajador asegurado, así como sus beneficiarios, ante contingencias que afronte en el desempeño de su empleo o para el disfrute de prestaciones en dinero o en especie a las que tengan derecho. La finalidad es determinar si ante nuevos paradigmas que se viven actualmente, la seguridad social en México sigue protegiendo de forma armónica las necesidades humanas con suficiente dignidad garantizándose y expandiéndose progresivamente e incorporando nuevos riesgos y necesidades sociales.

## **Abstract:**

*In this research, social security is analyzed as a key element for the protection of all insured workers as well as their beneficiaries, in the face of contingencies they face in the performance of their employment or for the enjoyment of benefits in money or in kind to which they are entitled. The purpose of determining whether, in the face of new paradigms currently being experienced, social security in Mexico continues to harmoniously protect human needs with sufficient dignity, guaranteeing and expanding progressively and incorporating new risks and social needs.*

**Sumario:** Introducción / I. Concepto de armonización y desarmonización / II. Retos y nuevos paradigmas en torno a la seguridad social / III. Conclusiones / Fuentes de consulta

\* Licenciado en Derecho por la UAEMex.

## ***Introducción***

En vía de inicio es necesario retomar que los temas referentes a derechos sociales y específicamente los de seguridad social han sido constantes debido a su alta recurrencia, máxime que México fue un país pionero en elevar a jerarquía constitucional estos derechos.

Actualmente impactan directamente en la seguridad social fenómenos económicos, sociales, políticos e incluso culturales, por ello, la afirmación respecto de que el sistema de seguridad social no ha permanecido estático, evidenciándose que las personas no se encuentran protegidas por el Estado ante una nueva variedad de aspectos y desafíos como lo son la creciente demografía, las bajas o insuficientes cotizaciones y la necesidad de reducir el riesgo de pobreza en la vejez. Es decir, ante nuevos cambios sociales, políticos, económicos y procesos jurídicos y políticos que han modificado a los sistemas de seguridad social se requiere su reestructuración para detener las crisis surgidas, por medio de medidas efectivas que protejan y garanticen este derecho humano.

Es importante prestar atención a las problemáticas que surjan en su entorno, porque todas las personas de forma directa o indirecta tenemos contacto con el mundo laboral y en consecuencia con la seguridad social, debiendo considerar a esta última como protector ante las diversas contingencias que pudiesen presentarse, ya sea como titulares de una relación laboral o como beneficiarios de toda persona trabajadora.

El objetivo es determinar si protege, adecua y en su caso armoniza el derecho humano a la seguridad social que conlleva el acceso e impartición de justicia, lo cual es una obligación que debe garantizarse en México por medio de expedición de leyes que no contengan tratos diferentes e injustificados. Es decir, todas las personas debemos gozar de los mismos derechos e iguales oportunidades para que permitan que nos desarrollemos libremente, en los ámbitos social, político, económico, cultural o en cualquier otro.

Para ello, se analizarán nuevos paradigmas que actualmente se viven e imperan en la sociedad, además de que estas situaciones involucran el necesario respeto de otros derechos humanos que tienen como objetivo al bienestar personal y social, que comprende servicios de carácter solidario y público, y que buscan proteger a los individuos y las colectividades ante riesgos sociales, pa-

ra eliminar la vulnerabilidad y promover la recuperación ante las consecuencias de un riesgo social materializado, dignificando así las distintas etapas de la vida, y promoviendo la inclusión y el reconocimiento de la diversidad.

De esta forma es evidente que la seguridad social es recurrente y parte de la vida de todas las personas sin excepción, por lo tanto, es importante que existan medidas o parámetros de solución efectivos, que la garanticen. Lo anterior, se afirma así porque a lo largo de la historia ha existido resistencia, lo que en gran medida ha generado la desproporción y trato desigual ante lo que debe ser igualmente otorgado para todas las personas.

## *I. Concepto de armonización y desarmonización*

En el campo jurídico siempre será recurrente la necesaria armonía de leyes, ordenamientos y disposiciones, siendo importante que tanto estos como los sistemas que les emanen se destaqueen por su eficacia en la protección de derechos, sin embargo, cierto es, que se llega a un punto totalmente contrario donde no convergen los principios y la eficacia de las normas aun cuando transitaron por todo un proceso legislativo y terminan generando una falta de unificación y desregularización, es decir, una desarmonización jurídica que impacta a nivel social.

Para comprender la problemática que se expone en esta investigación, es necesario plasmar los conceptos de “armonía” y “armonización”; esto para poder trasladarnos a la armonización legislativa, jurídica y social como ideales, por lo que atendiendo a la literalidad de dichas definiciones establecidas por la Real Academia Española, el primer término es entendido como una “proporción y correspondencia de unas cosas con otras en el conjunto que componen. Sin.: simetría, equilibrio, conformidad, concierto. Ant.: desarmonía”.<sup>1</sup> Respecto del segundo, lo entendemos como “acción y efecto de armonizar”.<sup>2</sup> Este último concepto nos traslada a la ley de armonización, que es entendida como: “ley que puede dictar el Estado, aún en materias de competencia autonómica, cuando así lo exija el interés general”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Real Academia Española, “Armonía”.

<sup>2</sup> Real Academia Española, “Armonización”.

<sup>3</sup> Real Academia Española, “Ley de armonización”.

Hablaremos indistintamente de unificación, convergencia, armonización y de forma más esencial de una incorporación o adecuación, aunque se traten de expresiones diferentes. Afirmaremos entonces que la armonización en el derecho: “Es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares. Es un proceso que se da a distintos niveles, en diferentes campos del derecho y regidos por distintas pautas y principios”.<sup>4</sup>

De esta forma se evidencia que en el sistema jurídico mexicano deberán necesariamente ocurrir armonizaciones en todas las áreas del derecho para evitar la formación de barreras en el sistema jurídico y vulneración a derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) e incluso en los tratados internacionales en la materia, ya que, todo tratado internacional ayuda a establecer estándares internacionales y obligaciones jurídicas que los países deben cumplir para proteger los derechos de las personas, es decir, asegurar un necesario y efectivo pronunciamiento e incorporación en aquellos aspectos novedosos que las sociedades modernas viven con motivo de nuevos paradigmas que emergen.

Por lo tanto, es que se utiliza el término armonización para referir a un parámetro ideal que debe de imperar y difundirse siempre de forma progresiva o en su defecto que este implicará necesarios procesos de unificación, convergencia, incorporación o adecuación con el objetivo de brindar soluciones de tipo jurídicas y legislativas que mitiguen las diferencias existentes en los sistemas de seguridad social.

La armonización en la seguridad social se puede fortalecer cuando las leyes, ordenamientos y disposiciones incorporen constante y permanentemente aspectos que eviten conflictos, que contemplen suficientes o adecuados supuestos posibles o en su caso, faciliten la solución de los no contemplados en ellas y que establezcan medidas efectivas para el cumplimiento de su contenido mediante procesos o procedimientos sencillos.

Por el contrario, referiremos la existencia de desarmonización en la seguridad social cuando se evidencie la existencia de leyes u ordenamientos que generen situaciones de desventaja para los trabajadores asegurados y sus beneficiarios, ya sea por exigirse mayores requisitos para el otorgamiento de

<sup>4</sup> Pablo Lerner, “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”.

prestaciones en dinero o en especie o que las que se otorguen sean inferiores o insuficientes a los mínimos necesarios y que, por consecuencia, contravengan derechos humanos y será en ese punto de exposición cuando se analicen los hechos o situaciones a la luz de criterios pro persona y dignidad humana para determinar si resultan legítimas, y por ende si deben reputarse ilegales, inconstitucionales y/o inconvenionales y por tanto estén justificadas las intervenciones de tipo defensiva.

En este punto, es necesario establecer lo que se debe observar y considerar para determinar si existe carbonización o desarmonización en las normas, actos o situaciones llevadas a cabo en los sistemas de seguridad social, esto apegándose al principio de igualdad, el cual se encuentra positivizado en diversos preceptos de la CPEUM como en los artículos 1°, 2°, 4°, 14, 16, 17 y 123 solo por mencionar los mayormente relacionados al trabajo y a la seguridad social.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido criterios para determinar la existencia de normas contrarias al principio de igualdad, siendo para esto:

- 1) La necesaria comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro.
- 2) Una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida.
- 3) La diferenciación sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado.
- 4) Y determinar si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.

Lo anterior, deriva de la jurisprudencia 2a./J. 42/20106, que lleva por título: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIO-LATORIAS DE DICHA GARANTÍA.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Jurisprudencia 2a./J. 42/2010, 164779, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXXI.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado reiteradamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras establecen diferencias razonables y objetivas, en tanto que las segundas por el contrario establecen diferencias arbitrarias en detrimento de derechos humanos.

En ese sentido ha sido necesario en algunos casos remover y/o disminuir obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos e incluso de cualquier otra índole para evitar que se vulnere a las personas derechos que les han sido reconocidos en diversos ordenamientos, leyes o disposiciones o también protegidos con motivo de cambios o surgimiento de nuevos paradigmas que ponen en evidencia la necesaria intervención para la protección igualitaria de todas las personas, es decir, que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”.<sup>6</sup>

Ahora bien, por lo que hace a la aplicación del principio de igualdad en el caso específico del derecho humano a la seguridad social, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado debe “tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social”.<sup>7</sup>

Además, respecto a la accesibilidad del derecho humano a la seguridad social, establece que “todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación”.<sup>8</sup>

## ***II. Retos y nuevos paradigmas en torno a la seguridad social***

Los nuevos paradigmas que acontecen en el empleo y la seguridad social implican la aparición de un nuevo catálogo derechos humanos que adquieran el

<sup>6</sup> Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, parr. 285-286.

<sup>7</sup> Naciones Unidas, “Observación general Núm. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)”, parr. 4.

<sup>8</sup> *Ibid.*, parr. 23.

carácter de inherentes, por el sólo hecho de ser persona trabajadora o por ser dependiente o beneficiario, por lo que su aplicación es universal sin importar el nivel de desarrollo de países, la categoría o puesto en que se desempeñen o salario que perciban los trabajadores.

En el caso de México son grandes los cambios demográficos que impactan directamente en la concepción y protección de todos los empleos y los derechos en consecuencia deben protegerse como lo es la seguridad social, para dimensionar respecto de los puestos de trabajo formales tenemos que:

Al 31 de diciembre de 2024, se tienen registrados ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) 22,238,379 (veintidós millones doscientos treinta y ocho mil trescientos setenta y nueve) puestos de trabajo, de los cuales el 87.0% (ochenta y siete punto cero por ciento) son permanentes y el 13.0% (trece punto cero por ciento) son eventuales.<sup>9</sup>

Por medio del trabajo y la seguridad social se busca asegurar las necesidades básicas e idealmente lograr una buena vida, esto como una operación retribuida, resultado de la actividad humana. Es así que el trabajo, origina la necesidad del establecimiento de normas tendientes a la protección de quienes sólo poseen su fuerza de trabajo.

Los derechos humanos laborales se encuentran íntimamente ligados a la seguridad social, al derecho a la permanencia en un empleo, al derecho a ser indemnizado en caso de despido sin justa o legal causa, a un salario, a una vivienda, a capacitación y adiestramiento, a una jornada máxima laboral, al reparto de utilidades, al derecho a la asociación profesional, entre otros derechos.

Los derechos humanos en el trabajo tienen su origen como derechos sociales en la Constitución Mexicana de 1917 y en la Constitución Alemana de Weimar de 1919, después de un largo proceso de desarrollo que arranca desde la Revolución Industrial, es así que la seguridad social tiene un recorrido histórico vinculado a la situación laboral de las personas y así es que es identificada como un derecho humano.

La seguridad social abordada como un derecho social, tiene su trascendencia precisamente en los derechos que se inclinan por la parte humana del

<sup>9</sup> Comunicación Social, “Puesto de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social”.

derecho a través de la reflexión, siendo necesaria para la protección y consideración de desafíos surgidos de nuevos paradigmas y realidades en el derecho. En el caso de la seguridad social corresponde a todos los sujetos esenciales que se vean involucrados como lo son los trabajadores asegurados, pensionados, beneficiarios, el Estado mexicano, instituciones de salud, aseguradoras, de vivienda, administradoras de ahorro para el retiro; para establecer puntos de acuerdo y con ello construir a través del dialogo social eficientes leyes, instrumentos y disposiciones que permitan armonizar desigualdades con verdadera disposición y análisis.

Si bien, advierto que la desarmonización no solo puede tener como consecuencia litigios formales, también podemos señalar que se presentaran diversas problemáticas como desigualdades para el acceso a prestaciones en dinero o en especie, es decir, en servicios que no se contemplan de forma general para todas las personas. Por lo que, finalmente, el Estado es responsable de garantizarlos y expandirlos progresivamente en línea con un enfoque de derechos.

Hasta este punto se afirma que existe desarmonización en la seguridad social en México y que esta vulnera derechos humanos, en tanto que se evidencia en distintos ámbitos, en primer término por la alta recurrencia en la vía jurídica y es que en el nuevo modelo de justicia en materia laboral y que incluye a los conflictos de seguridad social que con el pasar del tiempo se ha destacado su relevancia ya que es indudable, que actualmente viven nuevos paradigmas, lo cual se demuestra con datos de la Unidad de Implementación de la Reforma en Materia de Justicia Laboral, desde el inicio de funciones el 18 noviembre de 2020 hasta el 28 de febrero de 2025 de los Tribunales Laborales Federales del Poder Judicial de la Federación, se han tramitado un total de 139,802 asuntos contenciosos en dichos Tribunales, de los cuales referentes a conflictos individuales de seguridad social son un total de 53,356, que corresponde al 38.2% del total de asuntos.<sup>10</sup>

Datos que evidencian la alta recurrencia de dichos conflictos, y esto sin considerar aquellos conflictos que fueron radicados y/o siguen en trámite ante las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje.

También es cierto, que se han emitido y adoptado criterios en las sentencias que se emiten por las autoridades competentes en la materia esto es por

<sup>10</sup> Consejo de la Judicatura Federal, “Estadística | Ingresos de asuntos individuales y colectivos”.

los Tribunales Colegiados de Circuito y la Segunda Sala de la SCJN, para dar solución a los conflictos generados por el derecho del trabajo y la seguridad social causando afectaciones, pero que su solución busca beneficios para todas las personas que se encuentren en situaciones similares. De esta forma es necesario, exponer algunos de los conflictos más trascendentales a efecto de evidenciar la alegada desarmonización de la seguridad social en México.

## II.1. Trabajadoras domésticas

En este conflicto se determinó que es inconstitucional que los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Según porque no existe ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del Seguro Social pueda excluir a estas trabajadoras del llamado “régimen obligatorio” de seguridad social, lo cual significa que existe una discriminación ilegal contra estas trabajadoras. Lo anterior, porque excluir el trabajo doméstico del régimen obligatorio del IMSS afecta de manera desproporcionada a la mujer, pues estadísticamente estas labores son realizadas preponderantemente por mujeres. Así lo consideró la Segunda Sala de la SCJN cuando ejerció su facultad de atracción respecto de un amparo directo promovido por una empleada doméstica, en el que combatió un laudo dictado por una Junta Especial de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México.

También se determinó que el hecho de que los patrones no tenían la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el IMSS, generaba un trato discriminatorio proscrito por el artículo 1º constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social tutelado por el artículo 123, Apartado A, de la Constitución Federal.

### *II.1.1. ¿Qué aspectos se tomó en cuenta para conceder el amparo a la parte quejosa?*

En este asunto, se consideraron aspectos relevantes tanto de tipo jurídico como social, ya que, se realizó un análisis del derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones, por medio de un estudio exhaustivo que utilizó una metodología o enfoque que se apartó de actitudes formalistas, y por el contrario, se optó por dar prioridad a la accesibilidad y sencillez, lo que permitió:

- Reiterar la obligación de abstención de los Estados de emitir leyes u ordenamientos que contengan regulaciones discriminatorias.
- Establecer que el derecho humano a la seguridad social incluye a su vez el respeto de otros derechos como el de proteger a todas las personas de igual forma contra riesgos sociales o no ser sujeto a prohibiciones poco razonables.
- Reconocer que el gremio de las personas trabajadoras del hogar ha enfrentado mayores dificultades para ejercer su derecho a la seguridad social.
- Considerar que a pesar de los altos costos que conlleva la consolidación de los sistemas, planes o modelos de seguridad social, se debe garantizar a toda persona el acceso mínimo de este derecho humano.

Además, se señaló que se puede y deben de tomar acciones específicas que permitan mitigar o eliminar desigualdades de cada sector o gremio, en este caso el de las personas empleadas en el sector de trabajo doméstico se ha evidenciado que perciben salarios menores a la mitad del salario

Lo anterior derivo de la sentencia de Amparo Directo 9/2018 del índice de la Segunda Sala de la SCJN, la cual<sup>11</sup> ha sido emblemática y parteaguas para este sector de trabajadoras, emanándose diversos criterios de órganos jurisdiccionales federales como la tesis I.5o.T.6 L (11a.) de rubro:

**DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DEL HOGAR. LOS LAUDOS QUE EMITAN LAS JUNTAS Y LAS SENTENCIAS DE AMPARO QUE DECLAREN LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL QUE LAS EXCLUÍA DEL RÉGIMEN OBLIGATORIO, DEBEN PREVER COMO EFECTO LA CONDENA A LA INSCRIPCIÓN Y AL PAGO DE CUOTAS A CARGO DE LA PARTE PATRONAL ANTE EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS) DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DEL DECRETO DE LAS REFORMAS LEGALES QUE REPARARON DICHA VIOLACIÓN.<sup>12</sup>**

<sup>11</sup> Trabajadoras del hogar, Extracto de amparo directo 9/2018.

<sup>12</sup> Tesis I.5o.T.6 L (11a.), 2024524, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima época, T. IV, abril de 2022, p. 2706.

Así también de la sala derivó la tesis 2a. XXXI/2019 (10a.) que lleva por título: TRABAJO DEL HOGAR. EL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, CONTIENE UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR CUESTIÓN DE GÉNERO.<sup>13</sup>

De este asunto, dada su trascendencia sistemática y estructural del problema de discriminación que fue detectado, se propuso al IMSS crear un programa piloto, siguiendo ciertos lineamientos, con el fin de diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las personas trabajadoras del hogar.

Destacar efectos en el programa y regulación de este sector de personas trabajadoras, que al mes de marzo de 2025 “se registraron 63,411 (sesenta y tres mil cuatrocientos once) puestos asociados a personas trabajadoras del hogar, de los cuales se espera un total de 103,931 (ciento tres mil novecientos treinta y un) beneficiarios potenciales”.<sup>14</sup>

Es evidente el nuevo paradigma que surge de la desarmonización del derecho en cuanto a la inscripción obligatoria al IMSS, por parte de patrones para las personas trabajadoras.

## **II.2. Igualdad de porcentajes de pensión para cónyuges y ascendientes**

En esta sentencia de amparo en revisión, 252/2023 del índice de la Segunda Sala de la SCJN,<sup>15</sup> se concluyó que el artículo 159 de la abrogada Ley del Seguro Social de 1973, transgrede el derecho a la igualdad establecido en el artículo 1º de la CPEUM esto al determinar diferentes porcentajes que deba recibir la persona legítima beneficiaria según se trate, respecto de la pensión de cesantía en edad avanzada o de vejez que el asegurado estuviese gozando al fallecer o de la que le hubiere correspondido en un estado de invalidez.

Se determinó que la pensión no es una concesión gratuita o que parte de la generosidad de la institución de seguridad social, sino es un derecho humano laboral que se genera durante la vida laboral del trabajador con aportaciones realizadas con la finalidad de garantizar la subsistencia de sus beneficiarios después de su muerte, entre los cuales se pueden encontrar el

<sup>13</sup> Tesis 2a. XXXI/2019 (10a.), 2019899, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, T. II, mayo de 2019, p. 1543.

<sup>14</sup> Comunicación Social, “Puestos de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social”.

<sup>15</sup> RESOLUCIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE ASCENDIENTES ARGUMENTA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 123 CONSTITUCIONAL ROPEMAQ/EDSR.

cónyuge o concubinario, los hijos y los ascendientes que sean dependientes económicos.

Conforme a la Ley del Seguro Social de 1973, la pensión que corresponde a los beneficiarios del trabajador o asegurado fallecido varía de acuerdo con el tipo de parentesco. Para la esposa, esposo, concubina o concubinario corresponde el 90%, para los hijos el 20% (o el 30%, cuando sean huérfanos de padre y madre) y, en caso de que no exista persona viuda, huérfanos, ni concubina con derecho a pensión, se otorga el 20% a los ascendientes que dependan económicamente del asegurado extinto, que como puede observarse, establece porcentajes discriminatorios.

#### ***II.2.1. ¿Qué motivo a la Segunda Sala para conceder el amparo a la parte quejosa?***

Mediante el estudio de un tema de constitucionalidad, quien acudió al amparo fue la madre de un asegurado fallecido en su carácter de única dependiente económica y beneficiaria, considerándose fundado lo alegado respecto de la existencia de violación del derecho humano a la seguridad social que a su vez transgrede a otros derechos como al mínimo vital porque al recibir una pensión por ascendencia con un porcentaje del 20% representa un monto insuficiente e indigno para su subsistencia. También se destacó en esta sentencia el estudio y la determinación de la existencia de un trato diferenciado injustificado, pues se alegó que no existe una razón justificable y objetiva para establecer como: *familia* únicamente a la madre, padre e hijos, pues nos encontramos ante una nueva realidad respecto de su desarrollo y concepción en la sociedad actual.

Es decir, podemos afirmar que se puede y debe considerar a otras personas no previstas en la ley, pero que sean dependientes económicos, pues hoy en día la protección debe ser amplia y no limitarse a un esquema predeterminado de familia que ya no corresponda a uno anteriormente establecido y que ha sido superado por excluir en situaciones específicas de vida de las personas trabajadoras porque ciertamente no existe un modelo ideal de familia, continuar la forma “tradicional” de familia incluso puede tener como consecuencia ir en contra de la voluntad del trabajador fallecido al dejar en esto de indefensión y desamparar a quienes dependían económicamente de él.

Por lo tanto, se concluyó que no existe justificación para que los padres de una persona asegurada reciban únicamente el 20% de monto de pensión cuando no existen otros beneficiarios como esposa, esposo, concubina o con-

cubino; pues los ascendientes se encuentran en situación similar porque tanto la pensión de viudez como la pensión a ascendientes están contemplados en la Ley del Seguro Social de 1973 en el apartado “seguro de muerte” exigiéndose los mismos requisitos para su otorgamiento.

Así que los montos de pensión deben ser iguales por tener como objetivo la supervivencia digna de cualquier dependiente económico de un fallecido asegurado, es decir, que se garanticen mismos niveles de protección.

En consecuencia, se determinó que la quejosa en su carácter de madre supérstite tiene derecho a recibir, el 90% de la pensión de la que gozaba el asegurado.

### **II.3. Personas viudas y su derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**

La Segunda Sala de la SCJN en el amparo en revisión 402/2024, determinó que es inconstitucional que la Ley del Seguro Social de 1973, en su artículo 155, primer párrafo, prevea la pérdida del derecho a percibir una pensión de viudez cuando la persona pensionada contrae un nuevo matrimonio o inicia una relación de concubinato.

La decisión abordó una nueva, profunda y acertada reflexión en protección de diversos derechos humanos, ya que se preciso el abandono de un criterio establecido en diverso amparo en revisión resuelto en el mes de febrero del año dos mil veintiuno en el que se consideró que tanto el artículo 155 de la Ley del Seguro Social de 1973, así como el numeral 133 de la Ley del Seguro Social vigente a partir de 1997 es constitucional, al establecer que la celebración de un nuevo matrimonio tiene con consecuencia la pérdida de la pensión de viudez.

En su lugar, se estimó seguir lo resuelto en un diverso amparo en revisión del año dos mil veintitrés, así como lo expuesto en el amparo en revisión que aquí se refiere, por lo tanto, es necesario evidenciar.

#### ***II.3.1. ¿Qué derechos humanos se consideraron vulnerados para conceder el amparo solicitado?***

Se abordaron temas referentes de derechos humanos de igualdad y no discriminación, protección a la familia y seguridad social, bajo la perspectiva de

género. Se explicó que la pérdida del derecho a la pensión implica un trato diferenciado e injustificado, por razón del estado civil, para aquellas personas que, conforme a su derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, decidan un nuevo proyecto de vida.

Es decir, se detectó un trato diferenciado e injustificado, por razón del estado civil, en el entendido que, conforme al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, no se puede restringir que la persona viuda decida realizar un nuevo proyecto de vida que involucre contraer nuevas nupcias y realizar vida en común e incluso la decisión de tener hijos. Lo anterior se consideró así porque toda persona debe elegir su forma de vida libre sin influencia o limitación alguna, porque lo contrario conlleva denostar sus valores, ideas, preferencias, expectativas de vida, gustos, entre otros, y que sólo le corresponde decidir a cada persona de forma autónoma.

En conclusión, cancelar la pensión por viudez cuando la viuda o viudo que se vuelve a unir en matrimonio o concubinato resulta contrario a los principios de igualdad y no discriminación y a los derechos fundamentales a la familia y a la seguridad social.

Lo anterior derivo de la sentencia de amparo en revisión 402/2024 del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>16</sup>

Es importante destacar que ya se han emitido más sentencias respecto de la misma temática. En otra cita se determinó que el artículo 52 de la Ley del Instituto de Seguridad y Social para las Fuerzas Armadas es violatorio al principio de igualdad y seguridad social, al señalarse que negar o suspender el pago la pensión por esos argumentos vulnera derechos de las personas viudas, además de limitar el libre desarrollo de la personalidad, por lo que se ha ordenado que se reintegrara la pensión en los términos y porcentajes en que fue otorgada, con el pago retroactivo por el tiempo que no fue recibida, sentencia de amparo indirecto 374/2023 de índice del Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos.<sup>17</sup>

Estas decisiones han sido claves, emanándose diversos criterios de órganos jurisdiccionales federales como la tesis 2a./J. 91/2024 (11a.) de rubro:

<sup>16</sup> Amparo en revisión 402/2024, 21 de agosto de 2024.

<sup>17</sup> Amparo indirecto 374/2023, Poder Judicial de la Federación.

PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 155, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, EN SU TEXTO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE MARZO DE 1973, QUE ESTABLECE LA PÉRDIDA DEL DERECHO A PERCIBIR DICHA PRESTACIÓN CUANDO LA PERSONA PENSIONADA CONTRAIGA UN NUEVO MATRIMONIO O CONSTITUYA CONCUBINATO, ES INCONSTITUCIONAL, AL ATENTAR CONTRA LA IGUALDAD DE GÉNERO.<sup>18</sup>

#### **II.4. Pensión de viudez en el matrimonio y en el concubinato**

*Respecto de la conservación de derechos* se ha determinado como inconstitucional que, para tener derecho a una pensión de viudez, la Ley del Seguro Social exija que el fallecimiento del cónyuge ocurra después de cumplir seis meses de la celebración del matrimonio y que este requisito no sea exigible al viudo o viuda que demuestre que tuvo hijos con la persona asegurada.

##### **II.4.1. ¿Cuál fue el argumento central para conceder el amparo solicitado?**

El argumento se centró en que el derecho a recibir una pensión por viudez surge cuando fallece la persona trabajadora o pensionada con la finalidad de proteger a su familia. Por lo cual, exigir requisitos injustificados como lo es que la muerte del cónyuge suceda después de cumplir seis meses de matrimonio o que hubieran procreado hijos, vulnera los derechos humanos a la igualdad, no discriminación y seguridad social previstos en la CPEUM, pues se restringen de manera arbitraria los derechos de quienes no tuvieron hijos cuando enfrentan una situación similar a quienes sí los tuvieron ya que no se desprenden motivos realmente justificados para restringir los derechos que otras personas, en igual situación, sí tienen.

En tal sentido, dado que el legislador federal no señaló justificación alguna al trato diferente otorgado a la viuda o viudo en el caso previsto en el artículo 132, fracción I y último párrafo, de la Ley del Seguro Social ni ésta se aprecia del propio contexto de la ley, debe estimarse que tal exclusión resulta violatoria de los apuntados derechos fundamentales.

<sup>18</sup> Tesis 2a./J. 91/2024 (11a.), 2029425, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, T. I, Vol. 1, p. 407.

Lo anterior derivo de la sentencia de amparo en revisión 470/2023 del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>19</sup>

## **II.5. Dos o más concubinas reciban pensión por viudez**

Recientemente se determinó que es inconstitucional que el artículo 130 de la Ley del Seguro Social de 1973 establezca que, si la persona trabajadora asegurada o pensionada tenía varias relaciones de concubinato, ninguna tendrá derecho a recibir la pensión de viudez. Esta situación no solo afecta derechos de seguridad social sino también de protección de la familia de quienes no siguen cierto modelo familiar, pues no se justifica prohibir que accedan a la pensión dos o más personas que tienen acreditada la calidad de concubinas de un trabajador asegurado, que cotizó durante su vida activa para tener acceso a los derechos que otorga la ley.

### ***II.5.1. ¿Por qué se concedió el amparo a la parte quejosa?***

En la búsqueda de protecciones constitucionales preponderantemente sencillas y eficaces, se consideró la protección de la familia porque a pesar de ser una institución natural y que sus antecedentes son extensos, también sucede que su definición es variable y que además debe apartarse de estándares o estereotipos cerrados o encasillados como lo único correcto, pues hoy en día deben de reconocerse las realidades existentes, como la que sucede cuando las personas llegan a tener vida en concubinato con más de una persona; incluso sin que su concubina o concubino tengan conocimiento de ello. Por tal circunstancia, no puede culparse a las personas viudas, con una posible afirmación de que “el desconocimiento de la ley, no exime de su cumplimiento” lo cual no tiene lugar por lo específico y complejo de la situación familiar que se presenta o que incluso, se decida solo declarar como única y legítima beneficiaria a la primera persona que solicitó su declaración ante la autoridad competente y que cumplió con los requisitos solicitados para el otorgamiento de la pensión de viudez.

Fue así que se concluyó que ante la posibilidad de que concurran varias concubinas a solicitar la pensión de viudez, la institución de seguridad social únicamente debe determinar si acreditan tener esa calidad y, de ser así, corresponde dividir el monto de la pensión entre las viudas porque es proce-

<sup>19</sup> Pensión por viudez, amparo en revisión 470/2023.

dente la división proporcionada a las beneficiarias de las prestaciones que se traten, sin que implique la duplicidad de beneficios.

Lo anterior derivo de la sentencia de amparo en revisión 505/2023 del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>20</sup>

### ***III. Conclusiones***

Como se advirtió al inicio de este trabajo, es evidente la existencia de desarmonización en los principales sistemas de seguridad social en México que afectan derechos humanos de trabajadores asegurados y sus beneficiarios como los de igualdad, de libre desarrollo de la personalidad, de derecho a remuneración adecuada, entre otros. Es de suma importancia que siempre que se estudie a la seguridad social, se considere que:

- Debe centrarse en la persona y no únicamente en su condición laboral.
- El Estado es responsable de garantizarla y expandirla progresivamente en línea con un enfoque de derechos.
- Conlleva una constante transformación de los riesgos, es decir una incorporación de “nuevos riesgos sociales”.

Ahora bien, a lo largo de la exposición de los conflictos acontecidos por los nuevos retos y paradigmas en torno a la seguridad social, vemos un aspecto en común, como lo es la preocupación por su protección como derecho humano, y que conlleva simultáneamente la protección de otros derechos humanos, que incluso hace no muchos años se pensaba que debía de contemplarse o mejor dicho armonizarse en contenido y aplicación.

Es necesario que la seguridad social adopte medidas que propicien la igualdad y el consenso a futuro para consolidar sistemas e instituciones eficientes, eficaces, suficientes, cercanas y que respondan a la realidad que viven las sociedades, a la necesaria justicia pronta y expedita para las personas y que sea otorgada sin que exista resistencia o se implementen requisitos fuera de la realidad.

Por lo analizado, se considera pertinente realizar una serie de consideraciones de aquello que es necesario adoptar en el sistema jurídico para su armonización a partir de los paradigmas analíticos:

<sup>20</sup> Amparo en revisión 505/2023.

- En el sector de las personas trabajadoras del hogar y en cualquier otro que pueda ser de difícil cobertura, se implementen medidas que faciliten inspecciones del trabajo para garantizar la adecuada protección de sus derechos humanos laborales y de seguridad social. Lo anterior, porque por indebidas justificaciones se permitió por muchos años fueran relegadas incluso considerándose no tener el carácter o no poder ser consideradas trabajadoras, cuando incluso ya se demostró su participación en la economía del país.
- En los porcentajes de pensión, la protección no debe limitarse a un esquema restrictivo de familia, es decir, aunque ya fue resuelto que tanto personas viudas y ascendientes tienen derecho a percibir igual porcentaje de pensión como beneficiarios de un extinto asegurado o pensionado, este beneficio se haga extensivo a los descendientes y aquellas personas incapaces que sean en su caso dependientes económicos, porque referir o limitar a un exclusivo grupo de familiares es discriminatorio.
- Para las personas viudas y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, se implementen medidas efectivas que impidan se les vulnere este derecho humano, es decir, las instituciones de seguridad social den cumplimiento de forma directa y voluntaria sin la intervención de una autoridad competente que ordene un cumplimiento forzoso con apercibimiento alguno ante la negativa o retraso injustificado, lo que además evitaría la instauración de múltiples conflictos legales.

Esto constituye una individual manifestación de los múltiples temas y aspectos que implica la configuración de un nuevo derecho de la seguridad social en México.

Resulta innegable que todos los temas que se ven involucrados en el derecho humano a la seguridad social requieren estudios profundos y delimitados, que además consideren el reconocimiento y protección de otros derechos humanos pero que inevitablemente llevara a nuevos, interesantes e importantes conflictos.

- En el caso del derecho de dos o más viudas a percibir pensión de viudez, si bien, fue una correcta decisión la concesión del amparo, se advierte, puede llevar a nuevos y diversos conflictos, por ejemplo, lo que sucedería en el caso de procederse a la división del monto de la pensión entre las viudas, y como resultado se obtenga un monto inferior al salario

mínimo general vigente para cada una, lo que podría generar diversos supuestos como:

- a) Respetar el derecho al mínimo vital con la finalidad de garantizar la subsistencia de todos los beneficiarios después de su muerte, en consecuencia, concederse pensiones no inferiores al salario mínimo.
- b) Las instituciones de seguridad social aleguen que, ordenarse se otorgue a todas las viudas montos de pensión no inferiores al salario mínimo vigente, se estén duplicando beneficios lo cual representaría una incosteabilidad financiera que tendría como consecuencia la afectación al patrimonio del instituto que deba otorgar la pensión respectiva.

Lo que llevaría a la interrogante para considerar cual sería el correcto actuar si una protección a todos los dependientes de un extinto asegurado con el riesgo de hacer incosteable a las instituciones de seguridad social y la posibilidad de afectar a otros asegurados y sus beneficiarios o también considerar que el Estado deba responder y garantizar el derecho humano a la seguridad social de todos los asegurados que realizaron sus aportaciones, así como de sus beneficiarios.

Como el ejemplo anterior, es que muchos paradigmas viven un proceso de transición de regulación que resultan en tareas permanentes, lo cual genera, desde ahora, el compromiso de estudiarlo y desarrollarlo en próximos trabajos para que se pueda responder a las necesidades actuales de todas y todos los involucradas en la seguridad social.

## ***Fuentes de consulta***

### ***Electrónicas***

Comunicación Social. “Puesto de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social”. No. 179/2025, IMSS, 06 de enero 2025. <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202504/179> (consultado el 07 de abril de 2025).

- Consejo de la Judicatura Federal. “Estadística | Ingresos de asuntos individuales y colectivos”. <https://www.cjf.gob.mx/micrositios/uirmjl/paginas/ingresosTipoProcedimientoLaboral.htm> (consultado el 25 de marzo de 2025).
- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. “Observación general Núm. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, Ginebra. chrome-extension://efaidnbmnnibpcnajpcgkclefindmkaj/<https://www.acnur.org/file-admin/Documents/BDL/2012/8791.pdf>
- Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Real Academia Española. “Armonía”. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/armonía> (consultado el 09 de agosto de 2024).
- Real Academia Española. “Armonización”. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/armonización> (consultado el 09 de agosto de 2024).
- Real Academia Española. “Ley de armonización”. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/ley#FHyJwu3> (consultado el 09 de agosto de 2024).

## **Hemerográficas**

Lerner, Pablo. “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 111, año XXXVII, septiembre-diciembre 2004, México, IIJ-UNAM, pp. 919-966.

## **Jurisprudencia**

Amparo en revisión 402/2024. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segunda Sala, 21 de agosto de 2024.

Amparo en revisión 505/2023. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segunda Sala, 14 de febrero 2024.

Amparo indirecto 374/2023. *Poder Judicial de la Federación*. Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos.

IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA, Jurisprudencia 2a./J. 42/2010, 164779, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, Constitucional, T. XXXI, abril de 2010, p. 427. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/164779>

Pensión por viudez. Amparo en revisión 470/2023, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segunda Sala, 04 de octubre de 2023.

Tesis I.5o.T.6 L (11a.), 2024524. *Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época, T. IV, abril de 2022, p. 2706.

Tesis 2a. XXXI/2019 (10a.), 2019899. *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, T. II, mayo de 2019, p. 1543.

Trabajadoras del Hogar. Extracto de amparo directo 9/2018. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Segunda Sala, 5 de diciembre de 2018.

RESOLUCIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE PENSIÓN DE ASCENDIENTES ARGUMENTA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONTENIDAAS EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 123 CONSTITUCIONAL ROPEMAQ/EDSR. Amparo en revisión 252/2023, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Segunda Sala, 29 de noviembre de 2023.

### ***Legislación***

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma 17 de enero de 2025.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas)*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, parr. 285 y 286, parr. 285 y 286.

Ley del Instituto de Seguridad y Social para las Fuerzas Armadas publicada el 09 de julio 2003 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 07 de mayo de 2019.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada el 31 de marzo de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 07 junio 2024.

Ley del Seguro Social, publicado el 21 de diciembre de 1995, en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 07 de junio de 2024.



# Oportunidades para una política energética sostenible

Ana Laura Silva López\*

## **Resumen:**

La Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético (EvIS)<sup>1</sup> constituye un instrumento clave para la política energética mexicana, puesto que su objetivo es la armonización de intereses de los sujetos implicados en proyectos energéticos a través de la gobernanza, de manera que sea posible la aceptación por parte de comunidades anfitrionas de estos proyectos, instrumento que a su vez permite lograr la Licencia social para operar. Sin embargo, tiene ciertas debilidades que pueden ser tomadas como áreas de oportunidad. Este artículo pretende identificar en la obligatoriedad y coercibilidad de la EvIS, una oportunidad para que la política energética se construya en un marco de sostenibilidad, tal como se ha comprometido el Estado a nivel internacional.

## **Abstract:**

*The Social Impact Assessment in Energy Sector (EvIS) is a key instrument for Mexican energy policy, since its objective is the harmonization of the interests of the subjects involved in energy projects through governance, so that the acceptance by host communities of these projects is possible, an instrument that in turn allows achieving the Social License to operate. However, it has certain weaknesses that can be taken as areas of opportunity. This article aims to identify in the compulsory and coercive nature of the EvIS, an opportunity for energy policy to be built in a framework of sustainability, as the State has committed at the international level.*

**Sumario:** Introducción / I. Política energética / II. Impactos y conflictos sociales derivados de proyectos energéticos de energías renovables / III. Evaluación de impacto social en materia energética / IV. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

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

<sup>1</sup> Es importante mencionar derivado de que la reciente reforma a las leyes secundarias de los sectores de energía y de hidrocarburos, la evaluación de impacto social en el sector energético se transforma en manifestación de impacto social del sector energético, la cual está regulada en los artículos 136 al 141 de la ley del Sector Eléctrico, y en los artículos 152 a 157 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, publicadas el 18 de marzo de 2025 (Este artículo fue aceptado en noviembre de

## **Introducción**

El sector energético constituye un elemento estratégico que garantiza la posibilidad de desarrollo tecnológico, económico y social. El derecho de acceso a la energía se puede entender como implícito y necesario para la satisfacción de otros derechos fundamentales como el derecho a una vivienda digna, educación, acceso a la salud, agua, transporte, actividades culturales, entre otros, pues para realizarlos es necesaria la existencia de fuentes de energía adecuadas y asequibles.<sup>2</sup>

Para contar con una vivienda digna, alimentación, educación, salud, desarrollo en general, es necesaria la energía, por lo que este derecho puede describirse como instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales irrenunciables para el desarrollo. Además, el acceso a la energía constituye uno de los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS),<sup>3</sup> el número 7 “Energía

2024). En ambos casos, las especificaciones de la nueva manifestación de impacto social remite a los Reglamentos y las Disposiciones Administrativas de Carácter General, pero aún no ha sido publicada. En esencia la finalidad se conserva, y es un mecanismo guía para la correcta gestión social de los intereses en conflicto en el sector de la energía. Es motivo de un nuevo análisis las nuevas propuestas que surgen con las nuevas leyes que posteriormente sera publicado.

<sup>2</sup> Cámara de diputados, “Realizan Foro 22 de la reforma eléctrica: “Electricidad como derecho humano de rango constitucional”; Juana García Trejo, *La energía eléctrica como un derecho humano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; Cecilia Sánchez, “El derecho a la energía como un derecho fundamental”; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Informe de Desarrollo Humano 1990; Alejandro Chanona Burguete, “Desarrollo Humano, Desarrollo Sostenible y Seguridad Humana: los referentes del Bienestar y de la Seguridad de las Personas”; entre otros. Los trabajos antes citados discuten el nivel que debiera tener la energía en el marco de los derechos humanos, puesto que el derecho de acceso a la energía es un derecho bisagra que permite la consecución de otros derechos. Se considera que es un derecho implícito en el derecho humano al desarrollo sostenible, pues para su materialización se requiere de ciertos factores como garantizar la equidad social, el crecimiento económico y el cuidado medioambiental, y son los elementos del paradigma del desarrollo sostenible, con el que se establece un trinomio para el progreso de una sociedad, el cual incluye los elementos a) bienestar social y desarrollo humano, puesto que existiendo éste, el b) crecimiento económico es posible; y para que exista bienestar social es necesario garantizar un c) la protección al medio ambiente. Se trata pues de un trinomio en el que un elemento no puede ser posible sin el otro, pues si se piensa en una sociedad en la que el desarrollo económico es próspero, es lógico pensar que los sujetos que la integran tendrán acceso al desarrollo humano, garantizando así el bienestar social, para así continuar con el crecimiento económico. Efectivamente, los autores sostienen que, si en una sociedad hay la posibilidad para todos sus integrantes de acceder al desarrollo humano, sin duda existirá bienestar social y crecimiento económico. Pensar en estas condiciones para una sociedad, la ubican en una situación de disminución de las injusticias, y, por lo tanto, la acercan a una sociedad justa. Este paradigma coincide con el discurso de la actual administración.

<sup>3</sup> Programa de las Naciones Unidas, “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en acción”.

asequible y no contaminante”, que se busca lograr a través de las siguientes metas al 2030:

- a) Garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.
- b) Aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas.
- c) Duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética.

Sin embargo, según los datos del reporte 2023 de los ODS,<sup>4</sup> hasta el momento el mundo avanza hacia los objetivos energéticos pero con lentitud, ya que aún hay personas que no tienen acceso a la electricidad, y otras tantas dependen aún de combustibles y tecnologías contaminantes para realizar sus actividades cotidianas.

Además, la transición energética es ahora un compromiso internacional que compromete a los Estados a buscar hojas de ruta adecuadas para transformar la industria eléctrica basada en fuentes convencionales de energía (hidrocarburos), a industrias innovadoras que contribuyan a la disminución de la emisión de gases de efecto invernadero, a fin de frenar el cambio climático, transición que también marcha a ritmo lento.<sup>5</sup>

Con el panorama descrito, se plantean las siguientes preguntas ¿qué se ha realizado en México para lograr los compromisos asumidos en torno a la sostenibilidad? ¿Qué instrumentos jurídicos brindan soporte a una transición energética equitativa que considere la participación pública en el desarrollo de proyectos por parte de los sectores de la economía mixta del país?

Con la reforma legislativa de 2014 derivada de la constitucional de 2013, se introducen mecanismos de inclusión social que conciernen el desarrollo del principio de participación pública del Derecho ambiental y de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, así como del desarrollo sustentable al que refiere el contenido del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que pretendía entre otras cosas, impulsar el desarrollo de megaproyectos energéticos basados en energías renovables buscando la

<sup>4</sup> The Sustainable Development Goals, “7 Affordable and Clean Energy”.

<sup>5</sup> Las energías renovables representan casi el 30% del consumo de energía en el sector de la electricidad, pero sigue habiendo problemas en los sectores de la calefacción y del transporte. Los países en desarrollo registran un crecimiento anual del 9,6% en la implantación de energías renovables. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Acceso a la electricidad”.

aceptación de las comunidades anfitrionas de los mismos. Entre tales instrumentos jurídicos se encuentran: 1) la implementación de la consulta previa, 2) la inclusión de testigos sociales en el desarrollo de proyectos energéticos y 3) la evaluación de impacto social en materia energética (EvIS). Este trabajo aborda el último de estos instrumentos por considerarlo un mecanismo idóneo para fomentar la gobernanza en el sector energético.

Se considera que la posible coercibilidad de la EvIS y el adecuado seguimiento y evaluación a los planes de gestión social que de ella devienen, es una atinada oportunidad para que la política energética mexicana se consolide en un marco de sostenibilidad, tal como se ha comprometido el Estado a nivel internacional. Para sostener este planteamiento, en primer lugar, se realiza una revisión del estado de la política energética nacional, para ubicar los esfuerzos en torno a la transición energética y así identificar los avances y retrocesos al respecto. Posteriormente, es importante hacer una descripción de los conflictos sociales que se derivan de proyectos energéticos para visualizar las posibilidades de resolución que pueden existir de manera general. Por último, se expone la EvIS como un instrumento idóneo para conciliar los intereses de los sujetos implicados en proyectos energéticos, y reconocer que por su trascendencia este proceso debiera ser realizado por la autoridad bajo el requisito de la obligatoriedad, lo que garantizaría la prevención, disminución o mitigación de los impactos sociales de los proyectos energéticos que deban implementarse en para incidir en el proceso de transición energética.

## *I. Política energética*

Bajo el compromiso internacional de la transición a las cero emisiones, México se comprometió a que en el año 2024, el 35% de la electricidad sería generada con base en fuentes renovables, según el tercer transitorio de la Ley de Transición Energética (LTE),<sup>6</sup> y en concordancia con los objetivos internacionales de rebaja de la emisión de gases de efecto invernadero para contribuir, junto con otras naciones, a la disminución del aceleramiento del cambio climático, evidentemente para proteger la habitabilidad del planeta para las presentes y futuras generaciones.

<sup>6</sup> Ley de Transición Energética, artículo tercero transitorio. Abrogada por la Ley de Planeación y Transición Energética publicada el 18 de marzo de 2025.

La política energética de 2018-2024, se orientó a la soberanía energética,<sup>7</sup> de manera que la transición se mantuvo en un plano coadyuvante. En el Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2023-2037 se contempla el incremento ordenado de la generación eléctrica con energías limpias y renovables, a través del establecimiento de metas en materia de energías limpias.<sup>8</sup>

Las propuestas para lograr transitar a la generación eléctrica con energías limpias y renovables, se propuso el fortalecimiento de las centrales hidroeléctricas de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) que actualmente existen en nuestro país, por considerarla una energía limpia, pues no produce gases de efecto invernadero.<sup>9</sup>

Se buscó establecer nuevos límites a la generación de energía: un 46% para generadores privados y el resto a cargo de la CFE,<sup>10</sup> por lo que se mantiene en un contexto de competencia económica, que en teoría invita a las empresas participantes a ser sólidas en el aspecto de eficiencia tecnológica, que es lo que verdaderamente beneficiaría a los usuarios finales y, evidentemente, al país.

Para ello, debe preverse su constante mantenimiento, reinversión en investigación y tecnología, infraestructura para convertirlas en la verdadera fuente de energía limpia y sostenible, entendiendo que involucra también el aspecto socioeconómico, y deben considerarse los posibles impactos sociales<sup>11</sup> que puedan derivarse de del impacto ambiental que con ellas se genera, para prevenirlos, mitigarlos, corregirlos o bien compensarlos, así sea un organismo estatal el que esté a cargo del proyecto de generación de energía.

<sup>7</sup> Hay que mencionar que en marzo de 2025 las empresas productivas del Estado PEMEX y CFE se convierten en Empresas Públicas del Estado.

<sup>8</sup> Secretaría de Energía, “Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2023-2037”.

<sup>9</sup> Conforme a la información del Gobierno de México, existen 731 centrales hidroeléctricas distribuidas en 16 estados, siendo las principales: El Novillo, Huites, Aguamilpa Solidaridad, El Cajón, Zimapán, Necaxa, Infiernillo, La Villita, Caracol, Temascal, Peñitas, Malpaso, Chicoasén y Angostura. Según la Agencia Internacional de Energía (IEA, por sus siglas en inglés), la energía que han generado estas centrales representó el 9.2% de la energía total hasta junio de 2020, y por tanto, fue la tercera fuente de generación más importante detrás del gas natural y otros combustibles fósiles. Diana Navia, “La CFE dará a sus plantas hidroeléctricas el presupuesto más alto en 10 años”.

<sup>10</sup> Hoy empresas públicas del Estado a partir de la publicación de las leyes secundarias del sector energético, el 18 de marzo de 2025.

<sup>11</sup> Las plantas hidroeléctricas, por lo general, generan conflicto en etapas de estudios y construcción, teniendo como uno de los más grandes conflictos el desplazamiento de comunidades enteras para poder ubicar la central. Iverson Osorio Londoño, *Impactos ambientales, sociales y económicos de las pequeñas centrales hidroeléctricas (PCH) en Antioquia*.

Por su parte, la integración del Centro de Control de Energía CENACE a la CFE es contraria a los principios de competencia económica, pues a pesar de que, conforme a la Constitución Mexicana, la actividad de generación de energía por parte de este órgano del Estado no será considerado monopolio, el hecho de que además de generarla la controle es contrario al principio de competencia económica y puede devenir en afectaciones a la competencia perfecta y, por lo tanto, a los fines que con ésta se pretenden.

Se propuso la eliminación de los Certificados de Energía Limpia CELs, lo que es una acción contraria a la política de transición energética, dado que estos instrumentos se planearon como un mecanismo para incentivar la transición a la generación de energía con fuentes que no emitan gases de efecto invernadero para la contribución al desaceleramiento del cambio climático, incluso los incentivos por parte del Estado para que los sectores privado y social lleven a cabo esfuerzos para modificar formas de producción y estilos de vida son una medida válida para lograr el objetivo del que se está hablando.<sup>12</sup>

Se puede decir que la propuesta de fortalecer las centrales hidroeléctricas de la CFE para encaminarse al logro de metas de transición energética, es bueno, pero no es suficiente, ya que ante la diversidad de fuentes de generación de energía que pueden aprovecharse en territorio nacional no se han fortalecido. En este sentido, se debe tener en cuenta la conflictividad que generan los proyectos energéticos en las diversas comunidades anfitrionas que les reciben, por lo que resulta indispensable revisar los mecanismos de gestión social existente para su prevención.

## I.1. Transición energética

La transición energética es un compromiso que han establecido todas las naciones firmantes de diversos acuerdos a nivel internacional como el Protocolo de Montreal, el Protocolo de Kyoto, el Acuerdo de París, entre otros,<sup>13</sup> con el objetivo de que en el futuro la generación de energía a través de fuentes re-

<sup>12</sup> La CFE se quedó sin instrumentos para contratar el volumen de certificados que requería, y se arriesgaba a acumular un déficit de 42 millones de certificados que vulneraría sus finanzas (...) En las subastas eléctricas de largo plazo, CFE se limitaba a comprar energía a generadores privados; eran estos los que realizaban los gastos de inversión (ahora) la CFE es quien debe invertir en nueva generación. Joel T. Vázquez Pérez, “Cambios de reglas en la adquisición de Certificados de energías Limpias: Consecuencias de la política eléctrica”.

<sup>13</sup> *Vid.*, Fernando M. Castro Figueiroa, “Análisis jurídico sobre la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional”, pp. 74-73

novables y limpias supere a la generación por combustibles fósiles. Para este trabajo es indispensable revisar la estructura de la regulación de las energías renovables, ya que para lograr la transición energética es fundamental el impulso y reforzamiento de la generación de energía mediante fuentes renovables, cuyo marco jurídico es reciente.

Las leyes que integran este marco normativo son la Ley de Transición Energética (LTE),<sup>14</sup> Ley General del Cambio Climático (LGCC) y la Ley para la Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos (LPDB), y la Ley de Energía Geotérmica (LEG).

Al respecto, las directrices de la política energética actual en torno a la transición energética que se mencionan en el Reporte de Avance de Energías Limpias<sup>15</sup> y según la LTE, se publicó la *Estrategia de Transición para Promover el Uso de Tecnologías y Combustibles más Limpios*<sup>16</sup> como otro instrumento rector de la política nacional en materia de energías limpias y aprovechamiento sustentable de la energía, buscan promover las acciones que garanticen lograr los niveles establecidos en la LGCC y la LTE.

Se puede decir que la política energética mexicana está atenta discretamente de los compromisos internacionales respecto del cambio climático y el fomento de la transición energética, por lo que se considera el impulso y fomento de generación de energía a través de fuentes limpias, y por ello es necesaria la implementación de proyectos energéticos que coadyuven en la

<sup>14</sup> Que abrogó la Ley para el Aprovechamiento de las Energías Renovables y Financiamiento de la Transición Energética.

<sup>15</sup> SENER, Reporte de Avance de Energías Limpias, 2024. Acceso universal a la energía como condición necesaria para el desarrollo del país. Por ello es fundamental la incorporación ordenada y sostenible de la producción y uso de energías con fuentes limpias y renovables a cada población y comunidad en México. Rectoría del Estado con el compromiso de cumplir con las metas de generación de energía limpia, a través de la incorporación ordenada de Energías Limpias al Sistema Eléctrico Nacional. Propiedad de áreas estratégicas ya que el Estado lleva a cabo la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional, en ese sentido promoverá el aumento de las Energías Limpias en el mismo. Autosuficiencia Energética que se refiere al compromiso de hacer un uso eficaz y eficiente de todos sus recursos para la generación de energía eléctrica. Resiliencia energética que se refiere a que el sector energético cuente con los mecanismos para reducir el riesgo de los fenómenos hidrometeorológicos extremos y fenómenos perturbadores de distintos órdenes, y tenga la adaptabilidad requerida por los mismos para mantener la continuidad de la provisión de energía a los ciudadanos antes situaciones adversas.

<sup>16</sup> El 23 de enero de 2024 se publicó la revisión y la tercera actualización de la Estrategia de Transición para Promover el Uso de Tecnologías y Combustibles más Limpios (la Estrategia). SENER, Proyecto de “Evaluación de la Estrategia de Transición para Promover el Uso de Tecnologías y Combustibles más Limpios”.

transición con la participación de los distintos sectores de la economía, y que por supuesto, generarán impactos sociales, que a continuación se revisan.

Es importante mencionar que para fines de este trabajo, se entenderán por proyectos o megaproyectos de energía los que atinadamente Raúl Olmedo<sup>17</sup> distingue de la siguiente forma, en función de obligatoriedad de la realización de una EvIS. Se señalan como coercitivos (o solo proyectos) a aquellos proyectos de gran envergadura económica, técnica, social y ambiental que no tienen la obligación legal de realizar una EvIS para solicitar la autorización de la Secretaría de Energía para su desarrollo, pero que no dejan de generar impactos en las comunidades anfitrionas. Por otro lado, los megaproyectos de negociación —que son los que esta investigación abarca— tienen la obligación administrativa indispensable de realizar la EvIS para la autorización de su instalación. Nosotros sostenemos que este requisito debiera ser obligatorio también para el primer tipo de proyectos energéticos, y de los proyectos de desarrollo en general.

## ***II. Impactos y conflictos sociales derivados de proyectos energéticos de energías renovables***

En el contexto descrito en el apartado anterior, los proyectos energéticos son detonantes de la economía, del desarrollo y generadores de bienestar para ciertos sectores; por otro lado, también son potenciales agresores del medio ambiente, depredadores de recursos naturales en los territorios que se instalan y evidentemente trastocan derechos fundamentales de las personas asentadas en dichos territorios, generando conflictividad social.<sup>18</sup>

En este apartado se busca destacar la importancia de prevenir el desarrollo de conflictos, y buscar formas adecuadas para la resolución de los mismos, de

<sup>17</sup> Raúl A. Olmedo Neri, “Análisis del marco normativo en los megaproyectos: la Evaluación de Impacto Social”, p. 55. Este autor hace una crítica respecto de la EvIS y su naturaleza a partir del sistema económico que le ha dado origen, y esto es que a pesar de ser una herramienta dentro de un proceso que fomenta la interacción-negociación, ésta ha sido construida por grupos de especialistas que provienen del Estado y la industria privada, por lo que la sociedad civil no tiene voz en la conformación de las reglas del juego para el desarrollo de los megaproyectos. Por esta razón los grupos sociales potencialmente afectados, buscan hacerse escuchar a través de la confrontación, y en el caso de proyectos coercitivos su carácter es reactivo, mientras que, en los proyectos de negociación, su rol es pasivo.

<sup>18</sup> Juan M. Zamora Velázquez, *Megaproyectos de energía en territorios indígenas. Un desafío para la justicia en México*.

manera que el resultado final sea que un proyecto energético pueda llevarse a cabo con el consentimiento de todos los involucrados, o al menos la mayoría de los actores interesados, a través de estrategias con las que sean considerados los intereses de las comunidades anfitrionas, con las que se les otorguen opciones sobre cómo reponerse ante las afectaciones sociales, ambientales y económicas que alteren su realidad.

Es importante aclarar que los impactos no se refieren necesariamente a situaciones negativas, sino a modificaciones de una realidad que puede tener consecuencias positivas o negativas, y para clasificarlas y estar en condiciones de buscar otras opciones dentro de las etapas de un proyecto con las que sea posible prevenir o mitigar los impactos negativos, o si no es posible, establecer opciones de resarcimiento o reparación, de manera que las comunidades afectadas, a pesar de la afectación negativa que padeczan, hayan encontrado alguna manera de resolverlo y superarlo. Por todo lo anterior es que se requiere evaluar los impactos, y esto es posible gracias a la EvIS.

En México los proyectos energéticos se han desarrollado siempre con una tensión entre las tres esferas que componen el sector económico, la pública, privada y social, lo que deviene en conflictos de diversa índole, como son políticos, económicos, administrativos, ambientales y culturales. Cuando existen megaproyectos de generación de energía, ya sea por fuentes convencionales o renovables, lo común es que se genere una resistencia por parte de las comunidades anfitrionas ante el proyecto, la que se justifica en el daño ambiental, social y cultural que se puede generar o bien que se está generando, y esto independientemente de si los proyectos son encabezados por empresas del sector público o privado, el impacto es el mismo.

Los principales conflictos sociales derivados de los proyectos energéticos se detonan a partir de la relación que hay entre las comunidades anfitrionas de proyectos de desarrollo, en este caso energéticos y la propiedad del territorio, por lo que es necesario revisar los instrumentos jurídicos previstos dirigidos a la regulación de las cuestiones sociales de las actividades del sector energético para conocer su naturaleza, características y aplicación.

Los conflictos sociales derivados de proyectos energéticos, se generan cuando las costumbres, normas, reglas y los campos políticos o económicos manifiestan tensiones o divergencias entre los individuos, que son momentos de cohesión social, donde se busca un cambio en la estructura o modifica-

ciones superficiales en el sistema social, que sean positivas o beneficien al grupo, y estos momentos permiten a los antagónicos ser reconocidos y luchar por lograr estos cambios,<sup>19</sup> pese a que la finalidad de estos cambios sea lograr mejoras dentro de un espacio social en el que participan varios sujetos. Los conflictos tienen como resultados cambios políticos, lo que no necesariamente significa modificaciones completamente perjudiciales, sino que también pueden implicar una revolución social ante las nuevas necesidades del grupo en miras de su bienestar futuro.

Además, los conflictos sociales con el paso de los años han desarrollado problemáticas específicas, como es la cuestión ambiental, generando los llamados conflictos “socioambientales” que se desarrollan principalmente en lugares y territorios donde ya existen problemas relativos a la propiedad de la tierra. Entonces, la relación del territorio con la comunidad anfitriona se debe a que este espacio físico se considera importante para el desarrollo de la cultura, economía, cotidianidad de la comunidad, de la vida misma, y el hecho de que se genere un proyecto, desencadena en desestabilidad, incertidumbre, enojo, rechazo y oposición. Ante esta situación y en virtud de la propiedad, la comunidad tiene y se siente en la posición de exigir que el proyecto de desarrollo no se lleve a cabo.

En el caso de México, el Atlas de Justicia Ambiental<sup>20</sup> presenta para finales del 2024 un total de 210 casos de conflictos socioambientales de los cuales 32 corresponden al sector energético, en los que además de las comunidades anfitrionas sean o no indígenas, están implicados tanto empresas privadas como empresas públicas.

Para la resolución de un conflicto, es necesario un proceso ético en el que los actores interesados se responsabilicen de las consecuencias de sus actos, para disminuir las tensiones y buscar un bien individual y grupal.<sup>21</sup> Burton sostiene que para que no exista abuso de poder en una resolución por parte de un grupo, debe haber una institucionalización a través de procesos legales y normas para la resolución.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Alma A. Zárate Arroyo, *Necesidad energética y aceptación social de las energías renovables, estudio de caso: campo geotérmico “Cerritos Colorados” en el Bosque la Primavera, Jalisco, México*, pp. 42-43.

<sup>20</sup> Global Atlas of Environmetal Justice, “Méjico. 219 cases have been reported so far”.

<sup>21</sup> John Burton, *La resolución de conflictos como sistema político*, p. 2.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 9.

La reconciliación es el proceso de desarrollar un acuerdo mutuo de conciliación entre los grupos antagónicos que en este caso serían las comunidades anfitrionas y los desarrolladores de proyectos energéticos, Louis Kriesberg sugiere un proceso para buscar una relación relativamente cooperativa y amistosa que involucra cuatro dimensiones: 1) las verdades, pues es necesario el reconocimiento de las pérdidas y heridas causadas en el conflicto y que se reconozca la responsabilidad sobre lo ocurrido; 2) la justicia entendida como la reparación de los daños; 3) el respeto que debe anteponerse a los sentimientos de enojo, coraje y deseos de venganza, por lo que es indispensable la manifestación de la vergüenza y arrepentimiento; y 4) seguridad, entendida como protección a pesar de los actos que se hayan cometido, por lo que aplica no solo a quienes hayan “sufrido” más, sino a ambas partes.<sup>23</sup>

Estas dimensiones, se pueden identificar en la Evis, pues según los *Principios Internacionales para la Evaluación de Impacto Social* (en adelante los Principios), la base para la elaboración de las evaluaciones son el reconocimiento real de las posibles afectaciones, para que a partir de esto se pueda considerar un plan de mitigación, y reparación, todo en un contexto de seguridad pues a través de este mecanismo se cuidan los intereses de las partes. En el siguiente capítulo abonaremos a este análisis.

## II.1. Impactos sociales derivados de proyectos energéticos

Los impactos sociales son aquellos que se generan en uno o más de los aspectos inherentes a las personas, y pueden experimentarse física o perceptivamente en cualquier nivel, ya sea individual o colectivo.<sup>24</sup>

Los *Principios* consideran que los impactos sociales incluyen todas las cuestiones asociadas con un proyecto de desarrollo que afectan o preocupan a las personas, ya sea directa o indirectamente durante todas las etapas del proyecto.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Lois Kriesberg, “Reconciliation: Aspects, growth, and sequences”, p. 2-6.

<sup>24</sup> Frank Vanclay, “Principios Internacionales para la Evaluación del Impacto Social”, pp. 5-11.

<sup>25</sup> Según estos Principios Internacionales para la Evaluación de Impacto Social estas etapas son:  
 i. Identificación y exploración, que consiste en un estudio de las potencialidades, mercados, posibles ubicaciones, estimaciones financieras para establecer la necesidad y oportunidad del proyecto.  
 ii. Diseño conceptual, en el cual se deben investigar las opciones tecnológicas, licenciadores y comparación de costos.

A diferencia de los impactos ambientales, los impactos sociales se perciben desde el momento en que un proyecto de desarrollo se está planeando, ya que, aunque aún sea tentativo, genera incertidumbre e inquietud entre la población, creando tensiones, posturas opuestas, dinámicas diversas a las usualmente realizadas, suposiciones, disputas y conflictos internos, además de los conflictos que posteriormente puedan tenerse con los asignatarios o contratistas.

También hay impactos transversales que se conjugan con temas ambientales como la pérdida de medios de subsistencia, el deterioro de la salud ocasionado por la contaminación generada por el proyecto, inseguridad alimentaria por la misma razón, pérdidas de especies emblemáticas y patrimonio cultural. Todo lo anterior genera afectaciones al derecho a la salud, a la vivienda, agua y saneamiento, a la alimentación, a un medio ambiente sano, agrarios, de acceso a la cultura, al trabajo, entre otros; pero no hay que olvidar el derecho a la reparación integral del daño, y a la tendencia de proteger, respetar y reparar cualquier afectación a los derechos fundamentales como responsabilidad del Estado y de las empresas. Como puede verse muchos de los efectos ambientales se entrelazan con efectos sociales.

Se debe distinguir entre los procesos de cambio social y los procesos de impacto social,<sup>26</sup> pues los primeros son los que se generan con la actividad extractiva, como los de tipo demográfico, económico, geográfico y sociocultural, cuyos impactos pueden ser positivos o negativos, intencionales o no, dependiendo de las condiciones de la localidad de estudio, del tipo de actividad extractiva y de las acciones realizadas por organismos públicos o privados. Pueden ser directos cuando resultan del proceso de cambio social, o indirectos cuando afectan las funciones que tiene el ambiente para las personas. El desafío es anticipar las posibles consecuencias de los cambios sociales que resulten de la actividad energética.

- iii. Prefactibilidad, etapa en la que se analizan los aspectos anteriores para seleccionar la mejor opción.
- iv. Factibilidad y planificación, se determina la viabilidad y rentabilidad económica del proyecto.
- v. Construcción es la ejecución del proyecto, e incluye las etapas de preparación del sitio, construcción, pruebas operativas, entrega para la operación.
- vi. Operaciones y mantenimiento es la etapa en la que se cumple con el objetivo para el que fue concebido.
- vii. Cierre, paro de actividades, limpieza de equipos, inertización, desmantelamiento, limpieza del sitio, y en su caso remediación.

<sup>26</sup> Malies Van Schooten *et. al.*, “Conceptualizing Social Change Processes and Social Impacts”.

Por lo anterior, los procesos de evaluación del impacto social deben pasar por varias etapas:<sup>27</sup> 1) se investiga en fuentes secundarias sobre la zona geográfica, límites municipales, problemáticas, variables y personas clave en la localidad para estructurar un diagnóstico o estudio de línea base; 2) se obtiene información de fuentes primarias sobre el modo de vida, rasgos socioculturales, características de salud, bienes y propiedades, temores y aspiraciones de la población y los aspectos ambientales, políticos, comerciales y económicos de la localidad para complementar el diagnóstico o estudio de línea base; 3) se estiman las amplitudes de los impactos probables y las posibles respuestas de la población; 4) se buscan opciones para reducir o eliminar impactos negativos; 5) se minimizan o reducen los impactos negativos, o se busca la compensación de las partes afectadas (que puede ser en efectivo, empleo, reubicación o cualquier otra opción que se estime que sea del mismo valor que el daño causado); 6) se diseña un sistema que permita dar seguimiento a los impactos sociales (debe incluir una lista de impactos sociales por orden de prioridad, las formas de monitoreo y frecuencia del monitoreo, los responsables del monitoreo, e indicadores de desempeño que midan el impacto social en forma efectiva e informativa) y por último 7) se reportan los resultados para que todos los involucrados tengan conocimiento de los impactos, así como de los planes, acuerdos y acciones que se han llevado a cabo durante el proceso de evaluación.

## **II.2. Actores e intereses sociales involucrados en proyectos energéticos**

Para los procesos de evaluación de impacto social es indispensable la identificación de los intereses de los actores involucrados, ya sea voluntaria o involuntariamente, debido al espacio que habitan. Ludger Brenner, propone clasificar a los actores involucrados a partir de sus intereses y la dirección que tienen. Asimismo, enfatiza el papel mediador y conciliador que debe representar el sujeto entendido como institucional estatal, puesto es el que tiene la facultad de armonizar los intereses.<sup>28</sup> Esto con la intención de encontrar nuevas formas que sean eficaces y socialmente balanceadas, con las que sea

<sup>27</sup> Antonio Arce Gómez *et. al.*, “Social Impact Assessments: Developing a Consolidate Conceptual Framework”; Nick Taylor *et. al.*, “Undertaking Longitudinal Research”.

<sup>28</sup> La institución tiene la responsabilidad de propiciar que se lleguen a tomar las decisiones menos injustas. Esto no quiere decir que la institución sea justa, simplemente que cumple con su consigna.

posible alcanzar soluciones a los problemas socioambientales que existen en la actualidad a la luz de la gobernanza ambiental y la política ecológica.

Al igual que Zárate, Brenner considera que los asuntos de proyectos de desarrollo en territorios determinados constituyen una situación que requiere de política (pues como la primer autora demostró, que todo lo político surge debido a los diversos intereses que se generan entre los diversos grupos que conforman una comunidad, lo que la polariza y genera conflictos; además si se suman actores externos que son los que introducen a la comunidad inquietudes e inestabilidades generadoras de estos puntos de tensión, y todo esto puede entenderse como política), y según Brenner, específicamente política-ecológica, para lo que el punto central es la conceptualización e identificación de los actores involucrados, a través de sus intereses, motivos, estrategias de acción y conflictos con respecto al uso de recursos, lo cual es una condición para que cualquier conflicto se pueda llegar a resolver.

El autor comenta también que los actores más débiles, por lo general, no pueden actuar libremente y por lo que requieren recurrir a actores más poderosos, de manera que sería erróneo considerarlos por completo impotentes o pasivos en torno a sus posibilidades para defender sus intereses.

Cuando se identifican las condiciones de los recursos antes mencionados, en las que se encuentran los diferentes actores involucrados en un proyecto energético, pueden entonces comprenderse las posturas en torno al proyecto, pues se “vería” objetivamente la realidad de cada actor y así responder a la dimensión de las “verdades” para estar en condiciones de acordar las mejores formas de conciliar los diversos intereses que están en disputa.

Los actores que pueden involucrarse en un proyecto energético pueden considerarse como individuos, unidades domésticas, empresas, instituciones gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, comunidades locales. Una manera de clasificar a los actores también es partir de su ubicación en torno al área en la que habrá de instalarse el proyecto de desarrollo y aquellos que no están ubicados en un lugar, que sería el caso de las organizaciones e instituciones; y otra más sería aquella que sugiere distinguir entre actores que operan en los ámbitos local, regional, nacional y global, respectivamente.

Como se verá en el siguiente capítulo, la EvIS integra todos los elementos hasta este punto descritos, pues como objetivo principal tiene la consideración de los intereses de las comunidades anfitrionas afectadas por los proyectos

energéticos, de manera que el desarrollador proponga un plan de acción para la mitigación, eliminación si es posible, o bien indemnización dadas las afectaciones a las que se vean sometidos, buscando una resolución que brinde a la comunidad anfitriona aquello que pueda ubicarla en una situación justa en relación a lo que haya “perdido”. Veamos.

### ***III. Evaluación de impacto social en materia energética***

La EvIS se introduce al orden jurídico mexicano con la reforma energética de 2013-2014, siendo una de las novedades de gestión social que se incluyeron en este paquete legal para el sector energético, la cual ya había sido utilizada en otros órdenes jurídicos, principalmente en países de primer mundo, junto con la Evaluación de Impacto Ambiental, a principios de la década de 1970 en respuesta a los requisitos formales de la Ley Nacional de Política Ambiental (NEPA) de 1969 de los EE. UU., bajo la influencia y liderazgo de la Asociación Internacional para la evaluación de impacto (IAIA), siguiendo la lógica de las evaluaciones de impacto ambiental pero con la intención de identificar las dinámicas sociales que se generan por los proyectos de desarrollo.

Este instrumento comienza su implementación en un contexto de desconfianza social, de violaciones a los derechos humanos y conflictos socioambientales previos, debido a que la participación social es nula o casi nula y las empresas o promotores no suelen vincularse con la población. Se adoptó el instrumento sin tener pautas específicas para realizarlas y donde es común que estos proyectos se vuelvan un trámite más. Donde existe gran desigualdad y rezago social que pone en alerta a las comunidades y organización, además de la escasez de especialistas para desarrollar dicha labor, por lo que no se les ha exigido a las empresas hacerse responsables por los daños e impactos sociales.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Entre 2012 y 2017, los asistentes mexicanos a las conferencias anuales de la IAIA presentaron 48 trabajos, de los cuales dos trataban el tema de la EvIS, otros dos abordaban la propuesta de involucrar comunidades en la toma de decisiones de proyectos y otros ocho la discusión de evaluaciones estratégicas, lo que ha permitido que Verduzco Chávez y Valenzuela clasifiquen a los especialistas de EvIS en México en dos grupos, el de los académicos y el de profesionales de diversas disciplinas con experiencia en EIA, lo que ha permitido la incorporación de antropólogos, expertos en políticas públicas y sociólogos. Basilio Verduzco Chávez y Valenzuela M. Basilia, “La medición a pequeña escala de los impactos sociales de proyectos de energía. Problemas metodológicos e implicaciones de política”, p. 6.

La EvIS cumple diversas funciones, pues además de evaluar y gestionar los impactos sociales como se ha señalado, permite el inicio de la gestión social comunitaria sana, ya que propicia un primer acercamiento de las empresas o proyectistas con las comunidades que les permitirá operar su proyecto en las mejores condiciones y con la aceptación social de las comunidades anfitrionas, y por lo tanto con la sociedad en general.

La Cooperación Alemana del Desarrollo Sostenible en México define a la EvIS es un análisis de carácter preventivo orientado a informar al solicitante respecto de los impactos sociales que pueden generarse con la ejecución de su propuesta, para que en caso de identificar impactos negativos se prevean las medidas correspondientes para mitigarlos, así como encontrarse en la posibilidad de implementar un plan de monitoreo, para que, en caso de resultar beneficiarios, realicen un seguimiento periódico adecuado de las medidas de mitigación como de los parámetros seleccionados para el monitoreo de los impactos sociales.<sup>30</sup>

Por su parte, las Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético (DAGC's) establecen que la EvIS “es el documento que contiene la identificación de las comunidades y los pueblos ubicados en el área de influencia de un proyecto del sector energético, así como la identificación, caracterización, predicción y valoración de las consecuencias a la población que podrían derivarse del mismo, y las medidas de mitigación y los planes de gestión social correspondientes”.<sup>31</sup>

La finalidad de la EvIS es identificar puntos de acción en los que el sector privado o público pueda incidir y potenciar el desarrollo de las localidades a través de los programas de inversión, gestión y comunicación establecidos. Los proyectos de energía renovable se ubican precisamente dentro de este grupo de proyectos de negociación según la clasificación de Olmedo. La EvIS es una herramienta que establece situaciones y contextos que pueden ser considerados como elementos para el desarrollo de la zona durante la vida útil del megaproyecto, pero en la práctica esta herramienta no es capaz de dar certeza a los individuos ante los cambios que emergen de este tipo de proyectos de gran envergadura económica, política, técnica y ambiental.

<sup>30</sup> Cooperación Alemana al Desarrollo Sostenible en México, Metodología para la Evaluación de Impacto Social, p. 3.

<sup>31</sup> Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético.

Las EvIS han tomado importancia a nivel internacional como un mecanismo que procura abarcar en medida de lo posible todos los aspectos que se involucran al llevar a cabo un proyecto de desarrollo, dado que todos estos implican una afectación versus un beneficio futuro, siendo éste último el mayor de los conflictos por que hasta ahora la realidad ha demostrado que el beneficio resulta ser principalmente para los promotores del proyecto, pero los sujetos que se vieron afectados por los efectos del proyecto difícilmente obtienen beneficios.

Una característica importante es que la EvIS permite hacer un plan de gestión de los impactos sociales que se han analizado, y con ello hacer todas las consideraciones de las afectaciones a derechos humanos que surgirán, y con el establecimiento de las medidas de mitigación, se genera la oportunidad de identificar un mecanismo para proteger en lo posible los derechos humanos afectados.

Ante tal escenario es que se han establecido como obligatorias las EvIS a fin de garantizar la protección de derechos principalmente de los sujetos más vulnerables dentro del panorama de los proyectos de desarrollo, y el caso de México no es la excepción a partir de la reforma energética, incluyendo su legislación secundaria, y en especial, las DACG's sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético.

De acuerdo con la Corte IDH, los Estudios de Impacto Social y Ambiental:

(...) sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de las Evaluaciones de impacto no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, (...) asegura[r] que los miembros del pueblo (...) tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad (...), considerando la relación especial que tienen las comunidades con los territorios que habitan, la subsistencia económica, identidad, cultura y formas de espiritualidad pues desde la lógica de la interrelación, interdependencia e integralidad de los derechos, la afectación que se pueda causar a alguno de estos aspectos, indudablemente impactará en otros.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Fundar, Centro de Análisis e Investigación, *Estudios y evaluaciones de impacto social a la luz del marco de derechos humanos. El caso de la legislación de hidrocarburos y de la industria eléctrica*,

La misma CIDH establece como que la realización de los estudios de impacto es una obligación del Estado y no de otros actores; sea que los lleve a cabo por sí mismo,<sup>33</sup> o que los encomiende<sup>34</sup> a entidades independientes y técnicamente capacitadas, pero bajo su supervisión,<sup>35</sup> tarea que el Estado mexicano ha dejado en manos de los proyectistas, puesto que al imponerlo como requisito a los interesados, son éstos quienes deben encargarse de gestionar quién pueda llevar a cabo la EvIS, y el único mecanismo de control que tiene la autoridad es revisando los resultados, sin embargo, al ser las EvIS un proceso interdisciplinario, requiere de la supervisión de la autoridad en todo momento, para garantizar que el proceso no se corrompa y sea legítimo.

Lo anterior se considera una de las debilidades del funcionamiento de la EvIS en la legislación mexicana, en especial cuando se tiene el compromiso de “proteger, respetar y reparar” contra abusos de derechos humanos por parte de terceros, en específico, de las empresas.

El enfoque basado en derechos humanos por su parte, compromete al Estado mexicano a garantizar los derechos fundamentales, es decir, que atienda la obligación de brindar los instrumentos necesarios para la promoción, protección y respeto de los mismos, a través de los métodos que considere necesarios, ya sean políticas públicas, adecuación del orden jurídico, creación de organismos autónomos que atiendan la necesidad de permear el paradigma de derechos humanos, su respeto y protección en toda la sociedad, pues es el deber de cada persona también promover, proteger y respetar los derechos fundamentales.

Para lograr estos fines, la EvIS requiere del trabajo conjunto de diversas disciplinas como son derecho, sociología, antropología, demografía, estudios de desarrollo, estudios de género, geografía social y cultural, economía, ciencias políticas, derechos humanos, aplicados a través de una metodología so-

p. 18. También la CIDH ha enfatizado que los proyectos extractivos o de desarrollo generan una multiplicidad de impactos profundos y que alcanzan ámbitos muy distintos como el ambiental, territorial, espiritual, de salud y vida misma de los pueblos y comunidades, lo que nos lleva a demasiadas interrogantes que seguramente son los aspectos perfectibles de las EvIS llevadas a cabo a partir de 2018, por ejemplo ¿cómo se miden los efectos espirituales?

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*.

<sup>34</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, parr. 252.

<sup>35</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*

cial y ambiental, lo que le convierte en un instrumento interdisciplinario con resultados transdisciplinarios.

Se debe llevar a cabo bajo ciertos criterios de veracidad y transparencia que determinen todos los aspectos a considerar para su correcta realización, y sus conceptos centrales son: cultura, comunidad, poder, derechos humanos, género, justicia, espacio y territorio, resiliencia, medios de vida sostenibles y capitales, así como las bases teóricas para los procesos participativos y los elementos que influyen en la forma en que se establecen las relaciones sociales.

La EvIS debe promover la equidad y la democratización a través de la invitación a todos los actores interesados desde la planificación del proyecto, puesto que la consideración de los miembros más vulnerables que serán afectados es primordial; para ello hay que reconocer y valorar la existencia de diversidad entre culturas y por tanto variedad de intereses de los sujetos implicados, para buscar la armonización de todos ellos, reconociendo su libertad de incidir en las decisiones que vayan a tomarse respecto del proyecto energético.

Es un proceso deliberativo, pues con él se busca tomar decisiones, llegar a acuerdos, bajo un contexto justo y transparente, por lo que se necesita información clara, objetiva y fundamentada por parte del implementador del proyecto, además de que sea honesta y veraz, de manera que los actores afectados puedan reflexionar sinceramente sobre las posibles afectaciones a sus formas de vida, y de qué manera se pueden evitar, mitigar o resarcir de ser posible para así exigirlo; en complemento de esto los responsables de la toma de decisiones deben rendir cuentas. Todo lo anterior sirva para que los proyectos energéticos sean aceptables para todos los miembros de las comunidades que puedan beneficiarse o verse afectados por la intervención.

Conforme los *Principios* una EvIS estricta tiene que tomar en cuenta los derechos humanos, además de apreciar los intereses de todos los involucrados, buscar cómo se distribuirán las compensaciones por impactos y beneficios de los proyectos con base en conocimiento y entendimiento concreto, por lo que la etapa informativa para la comunidad debe llevarse a cabo con total transparencia y honestidad, para visualizar los probables impactos sociales y los problemas que debido a éstos puedan devenir.

Las opiniones y puntos de vista de los expertos no deben ser la única consideración en las decisiones sobre los proyectos energéticos, pues en virtud del principio democrático y la gobernanza esperada, deben atenderse también las opiniones de todos los actores que participan del proyecto, independientemente de su postura, la idea es legitimar el proyecto con la aceptación de todos ellos, reconociendo que el objetivo principal de todo desarrollo deberá ser de resultados positivos, como la creación de capacidad, el empoderamiento y la realización del potencial humano y social.

Es importante mencionar que en la implementación de la EvIS se parafrasean diversos principios internacionales reconocidos y aplicados en materia ambiental como el principio precautorio, el principio de incertidumbre, equidad intra generacional e intergeneracional; el reconocimiento y preservación de la diversidad, la internalización de costos, principio de quien contamina paga, principio de prevención, principio de protección y promoción de la salud y la seguridad, principio de integración multisectorial y el principio de subsidiariedad.<sup>36</sup>

También se tiene que tomar en cuenta el Convenio 169 ha sido el principal tratado internacional sobre derechos de los pueblos indígenas y ha sido abrazado por dichos pueblos como herramienta fundamental para su defensa frente a los abusos de los Estados. En comunióñ con el citado Convenio, el artículo 120 de la Ley de Hidrocarburos y la el 119 de la Ley de Energía Eléctrica establecen la consulta previa a comunidades y pueblos indígenas como obligatoria, y también debe informarse en la EvIS.

Para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos energéticos que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, la EvIS debe considerar impactos económicos, posibles impactos en sistemas tradicionales de tenencia de la tierra, consideraciones de género, consideraciones generacionales, aspectos de salud y seguridad, efectos en la cohesión social, estilos de vida tradicionales, impacto posible en el acceso a los recursos genéticos como medio de vida.

Con la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, se reconoce que las empresas públi-

<sup>36</sup> *Vid., José Juan González Márquez, Nuevo derecho energético mexicano.*

cas, privadas o mixtas como órganos especializados de la sociedad, tienen la responsabilidad fundamental de respetar los derechos humanos y cumplir con las leyes. A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe incluir consultas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, apoyándose de expertos en derechos humanos.

Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas que violenten los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas, para lo que los Principios Rectores sugieren asignar la responsabilidad de prevenir esas consecuencias a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa; que la adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos. Esta evaluación solo puede ser eficaz si el compromiso político de la empresa con los derechos humanos ha permeado en todas las funciones pertinentes de la empresa.

Existe un fuerte consenso sobre cómo se ve la “buena” práctica de EvIS: es participativa; apoya a los pueblos afectados, proponentes, agencias reguladoras y de apoyo; aumenta su comprensión de cómo se produce el cambio y aumenta su capacidad para responder al cambio; y tiene un amplio conocimiento de los impactos sociales. Se considera fundamental que la visión de toda EvIS sea pensar en mejorar las vidas de las personas afectadas, y con mayor consideración a quienes se encuentran en vulnerabilidad.

El enfoque tradicional de la EvIS es intentar minimizar el daño, lo que no garantiza la aceptación del proyecto, o que no se generen los daños, lo que se pretende al final es aumentar los beneficios en un proyecto, de manera que se cubran diversos aspectos como son la adaptación de la infraestructura para que también satisfaga las necesidades de las comunidades anfitrionas; que se generen fondos de inversión social local para apoyar procesos de desarrollo social sostenible, con el fin de establecer planes de desarrollo comunitarios estratégicos; un compromiso genuino para maximizar oportunidades para el contenido local (esto es, empleo para la población local y compras locales) al permitir que empresas locales suministren bienes y servicios; y capacitación

y apoyo a la población local. En los casos en que para llevar adelante un proyecto se deba reasentar a la población, es fundamental garantizar que, luego del reasentamiento, se restablezcan y se mejoren sus medios de subsistencia. Sin duda todos estos aspectos contribuyen a la evaluación de los estándares de desempeño social tanto en la generalidad del proyecto, como en las diversas etapas de la cadena de suministro.

Por el hecho de que las EvIS se valen de mecanismos participativos, que involucran a los diversos sujetos involucrados, si se hacen de forma transparente, exhaustiva e informada, se promueve el ejercicio de la gobernanza de los interesados en los proyectos, lo que permitirá que se conviertan en actividades autogestoras que se ajustan a los parámetros establecidos por las autoridades, y en las que se considera todas y cada una de las posibles consecuencias y afectaciones para evitarlas, o bien, mitigarlas con planes que incluyan las diversas perspectivas de los sujetos implicados.

No obstante, hay que considerar también que este instrumento tiene aún debilidades. La más importante es que sea elaborada por parte del promovente, dado que esto constituye un conflicto de interés porque la empresa, que es la principal e interesada en que se concrete la implementación del proyecto, buscaría que los resultados de la EvIS sean completamente favorables a ella, lo cual es contrario a uno de los principios establecidos en los Principios, que es la obligación de los Estados de ser los encargados de la realización de las EvIS.

Es necesario considerar el establecimiento de sanciones en caso de falsificación de información, de no atención a los planes de gestión social registrados, que la recogida de información no se haya realizado de manera exhaustiva, o ante la falta de seguimiento a los compromisos contraídos con la autoridad y con la sociedad.

Esto señala que la misma autoridad es la que entiende a la EvIS solo como un requisito administrativo más que dota de legitimidad al proyecto, y no como un proceso que garantiza la sostenibilidad de un proyecto de desarrollo, en este caso del sector energético.

Siguiendo la idea del seguimiento y la evaluación, para la sociedad civil no se han generado mecanismos a través de los cuales también sean responsables de supervisar el apego a los planes de gestión social, y que los resultados sean acordes a lo estipulado en la EvIS, y que tenga las vías para informar de ello

al Estado para que se tomen las acciones contra el incumplimiento por parte de los promoventes.

Sobre la intervención por parte de los niveles estatal y municipal, no hay canales para ello, pues es la EvIS es requisitada por el orden federal, que da a conocer a los órdenes estatal y municipal con la finalidad de que conozcan lo que habrá de llevarse a cabo en sus territorios, pero no les otorga una participación activa en la que también se les otorguen facultades de seguimiento y supervisión a las obligaciones contraídas.

Las fortalezas y debilidades que se acaban de revisar dan pie a asegurar que este instrumento es perfectible, porque en efecto, con las debilidades que giran en torno a los procesos de EvIS se corre el riesgo de que los objetivos sostenibles que se pretenden no se logren, y los proyectos energéticos sigan siendo considerados como enemigos de las poblaciones, generando caos social.

## ***V. A manera de conclusión***

Para una política energética nacional que se enmarque en los criterios del paradigma de la sostenibilidad, es indispensable que la administración actual aproveche los instrumentos jurídicos de gestión social que se encuentran en la legislación doméstica, en el caso específico, la EvIS, con la que como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo (sin hacer un estudio de profundidad técnica), brinda las posibilidades para promover resoluciones a los conflictos derivados de los impactos sociales que generan los proyectos energéticos que están en marcha, así como para prevenir conflictos de proyectos de los que se evalúa su viabilidad.

Es indispensable que este proceso de evaluación esté a cargo de la autoridad, no de los proyectistas, de manera que la responsabilidad de llevar a cabo el proceso bajo todos los parámetros que ya se han explicado quede en la misma autoridad, la cual debería llevar a cabo un trabajo interdisciplinario, pues como se ha explicado, este proceso de evaluación requiere de conocimientos y herramientas de diversas disciplinas para ser realizado con seriedad, y que de esta manera tenga los alcances previstos desde la doctrina.

Debe fortalecerse la exigibilidad de las EvIS desde la ley, es decir que se establezcan en las leyes secundarias las consecuencias de que no sea realizada

bajo los parámetros de todo su marco jurídico, pues no están prescritas, además de que no se han establecido tampoco los parámetros bajo los cuales la autoridad puede dar seguimiento al cumplimiento del plan de gestión social que proponga el projectista a través de la EvIS para cada una de las etapas del proyecto energético.

Otro aspecto que puede reforzarse es la revisión de las evaluaciones de impacto social por la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial DGISOS, puesto que el hecho de que se tenga la atribución de generar observaciones y recomendaciones, pero el no tener la facultad de sancionar y prohibir, le resta coercibilidad a la EvIS, y por tanto eficacia. Se requiere de un equipo interdisciplinario para su revisión, análisis y en su caso aprobación que haga un estudio de la EvIS exhaustivo, que en verdad se cerciore de la veracidad de los datos, del análisis que se haga de los impactos sociales, del cumplimiento de la perspectiva de derechos humanos que se incluya en el plan de gestión social y su viabilidad en todas las etapas, así como la determinación de los mecanismos para el seguimiento del cumplimiento de este plan de gestión social.

También es necesario un equipo que, una vez que el proyecto haya terminado (en caso de ser temporal), audite el cumplimiento de las medidas de reparación que se hayan previsto en el plan de gestión social no solo a nivel territorial que haya abarcado el proyecto, sino a nivel poblacional. Es decir, que se identifiquen los impactos sociales que llegaron a las personas y la forma en que estos se han ido desarrollando, ya sean impactos negativos o positivos, para que, en caso de existir responsabilidad por no haber obtenido los resultados previstos con las medidas de mitigación, los projectistas, bajo el principio de responsabilidad social hagan lo conducente. Al respecto, considero valiosos los observatorios de las diversas instituciones de investigación, entre estos nuestra Universidad.

Por todo lo anterior, se considera una ventana de oportunidad para fortalecer la política energética en un marco de sostenibilidad a través del robustecimiento de la EvIS, lo cual puede lograr con el fomento de la interdisciplinariedad del equipo revisor de estos procesos en la DGISOS, incluso con apoyo de la misma academia como testigos externos. Además, sería factible pensar en facultades sancionadoras a la DGISOS para el caso de no cumplimiento con el Plan de Gestión Social en cada una de las etapas del proyecto energético.

Así pues, el establecimiento de la EvIS es una atinada oportunidad para los proyectos energéticos nuevos, y por tanto para el fomento de la transición energética, ya que debe llevarse a cabo con la perspectiva de derechos humanos, lo que no quiere decir que evitará la afectación a ciertos derechos fundamentales, sino que con prevención se pueden buscar las medidas que reparen los daños para que los afectados mantengan su capacidad para vivir de manera digna, readaptando sus formas de vida en condiciones nuevas generadas por la implementación de un proyecto del sector energético, y por lo tanto, generando un contexto no de imposición, sino de cierto margen de libertad en el que los afectados cuenten con la posibilidad al menos de opinar respecto de un proyecto energético.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

- Burton, John. *La resolución de conflictos como sistema político*. Virginia, Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos, George Mason University, 2010.
- CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.
- Chanona Burguete, Alejandro. “Desarrollo Humano, Desarrollo Sostenible y Seguridad Humana: los referentes del Bienestar y de la Seguridad de las Personas”. *De los objetivos del desarrollo sostenible*, Alejandro Chanona Burguete (coord.), UNAM, 2017.
- Fundar, Centro de Análisis e Investigación, *Estudios y evaluaciones de impacto social a la luz del marco de derechos humanos. El caso de la legislación de hidrocarburos y de la industria eléctrica*, 27 mayo de 2021.

### Electrónicas

- Cámara de Diputados. “Realizan Foro 22 de la reforma eléctrica: “Electricidad como derecho humano de rango constitucional””. Boletín No. 1087, 21 de febrero de 2022. <https://comunicacionssocial.diputados.gob.mx/index.php/boletines/realizan-foro-22-de-la-reforma-electrica-electricidad-como-derecho-humano-de-rango-constitucional>
- García Trejo, Juana. *La energía eléctrica como un derecho humano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Tesis de maestría, Universidad Michoacana, febrero de 2019. [http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/xmlui/handle/DGB\\_UMICH/1384](http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/xmlui/handle/DGB_UMICH/1384)

González Márquez, José Juan. *Tratado de derecho ambiental mexicano. Las instituciones fundamentales del derecho ambiental*, Serie Estudios, Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades, CDMX, UAM, 2017.

\_\_\_\_\_. *Nuevo derecho energético mexicano*. CDMX, UAM, 2015.

Global Atlas of Environmetal Justice. “México. 219 cases have been reported so far”. <https://ejatlas.org/country/mexico> (consultado el 5 de octubre de 2023).

Navia, Diana. “La CFE dará a sus plantas hidroeléctricas el presupuesto más alto en 10 años”. *Expansión*, 30 de septiembre de 2020. <https://expansion.mx/empresas/2020/09/30/cfe-dara-plantas-hidroelectricas-presupuesto-alto-10-anos> (consultado el 20 de octubre de 2023).

Osorio Londoño, Iverson. *Impactos ambientales, sociales y económicos de las pequeñas centrales hidroeléctricas (PCH) en Antioquia*. Tesis de maestría, Universidad EA-FIT, 2017. [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11732/OsorioLondo%C3%B3n\\_Iverson\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11732/OsorioLondo%C3%B3n_Iverson_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Presidencia de la República. “CFE y PEMEX vuelven a ser del pueblo de México: Presidenta firma leyes secundarias que revierten reforma energética de 2013”. 29 enero de 2025. <https://www.gob.mx/presidencia/prensa/cfe-y-pemex-vuelven-a-ser-del-pueblo-de-mexico-presidenta-firma-leyes-secundarias-que-revieren-reforma-energetica-de-2013?idiom=en>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. “Acceso a la Energía. Acceso a la electricidad”. <https://undp.org/energy/our-work-areas/energy-access/access-electricity> (consultado el 16 de septiembre de 2023).

\_\_\_\_\_. “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en acción”. 2024. <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>

\_\_\_\_\_. PNUD. Informe de Desarrollo Humano 1990. Bogotá-Colombia, Tercer Mundo Editores, 1990. [chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcgkclefindmkaj/https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1990escompletonostats.pdf](https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1990escompletonostats.pdf)

Sánchez, Cecilia. “El derecho a la energía como un derecho fundamental I”. *SBlogs, Desconexión nuclear*, 25 de febrero de 2019. <https://www.elsaltodiarío.com/desconexión-nuclear/el-derecho-a-la-energía-como-derecho-fundamental>

Secretaría de energía. “Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2023-2037”. 29 de mayo de 2023.

SENER, Proyecto de “Evaluación de la Estrategia de Transición para Promover el Uso de Tecnologías y Combustibles más Limpios”. 12 de julio de 2024. <https://www.gob.mx/sener/articulos/proyecto-de-evaluacion-de-la-estrategia-de-transicion-para-promover-el-uso-de-tecnologias-y-combustibles-mas-limpios-2024-370970?idiom=es>

Taylor, Nick, Colin Goodrich, Gerard Fitzgerald y Wayne Taylor. “Undertaking Longitudinal Research”. *Elgaronline*, 29 de julio de 2003. <https://china.elgaronline.com/display/1840649356.00013.xml>

The Sustainable Development Goals. “7 Affordable and Clean Energy”. 2023. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/>

Vázquez Pérez, Joel Tonatiuh. "Cambios de reglas en la adquisición de Certificados de energías Limpias: Consecuencias de la política eléctrica". Centro de Investigación Económica y Presupuestaria A. C. <https://ciep.mx/nCB1> (consultado el 1 de octubre de 2021).

Zamora Velázquez, Juan Manuel. *Megaproyectos de energía en territorios indígenas. Un desafío para la justicia en México*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, España, 2019. <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/102171>.

### **Hemerográficas**

- Arce Gómez, Antonio, Jerome D. Donovan y Rowan E. Bedggood. "Social impact assessments: Developing a consolidate conceptual framework". *Environmental Impact Assessment Review*, Vol. 50, enero 2015, Australia, pp-85-94.
- Castro Figueroa, Fernando Manuel. "Análisis jurídico sobre la Política de Confidabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional". *Análisis Jurídico y seguimiento de normas emitidas durante la pandemia Covid-19*, UNAM, México, 2021.
- Cooperación Alemana al Desarrollo Sustentable en México, Metodología para la Evaluación de Impacto Social. Fondo para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía. Green Momentum.
- Kriesberg, Louis. "Reconciliation: Aspects, growth, and sequences". *International Journal of Peace Studies*. Vol. 12, No. 1, 2007.
- Olmedo Neri, Raúl Anthony. "Análisis del marco normativo en los megaproyectos: La Evaluación de Impacto Social". *Movimientos sociales y cultura rural*, Núm. 73, enero-junio 2019, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 147-177.
- Romero Michel, Jessica, "El derecho humano al desarrollo y su regulación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *De Jure*, No. IV-18.
- Van Schooten, Marlies, Frank Vanclay y Roel Slootweg. "Conceptualizing social change processes and social impacts". *The international handbook of social impact assessment*. Inglaterra: Edward Elgar Publishing, 2003.
- Vanclay, Frank. "Principios Internacionales para la Evaluación del Impacto Social". *Evaluación de Impacto y Evaluación de Proyectos*, Vol. 21, No. 1, 2003.
- Verduzco Chávez Basilio y Valenzuela M. Basilia. "La medición a pequeña escala de los impactos sociales de proyectos de energía. Problemas metodológicos e implicaciones de política", *Gestión y Política Pública*, Vol. XXVIII, Núm. 2, 2019, pp. 377-406.
- Zárate Arroyo, Alma Adriana. *Necesidad energética y aceptación social de las energías renovables, estudio de caso: Campo geotérmico "Cerritos Colorados" en el Bosque la Primavera, Jalisco, México*. Tesis de maestría, Centro Interdisciplinario de Investigaciones y Estudios sobre Medio Ambiente y Sustentabilidad (CIIEMAD), IPN, 2017.

## **Legislación**

Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional, publicado 15 de mayo de 2024 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Corte IDH. Caso *Saramaka vs. Surinam (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia del 12 de agosto de 2008.

Ley General de Desarrollo Social, publicada el 20 de enero de 2004, en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 01 de abril de 2024.

Ley de Hidrocarburos, publicado el 11 de agosto de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 01 de abril de 2024.

Ley para el Aprovechamiento de las Energías Renovables y Financiamiento de la Transición Energética, publicada el 28 de noviembre de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 07 de junio de 2013.

Ley de Transición Energética, publicada el 24 de diciembre de 2015, en el *Diario Oficial de la Federación*.

# Consolidación de las tiendas de conveniencia y sus condiciones laborales

Ilse Badillo Hernández\*

## **Resumen:**

Las tiendas de conveniencia son fácilmente reconocidas en la actualidad, pues debido a su rápido desarrollo dominan su categoría comercial. Al ser establecimientos de amplio alcance es de suma importancia examinar los elementos que hasta el momento se han estudiado respecto de su constitución, desarrollo y funcionamiento, ya que, esto nos permitirá identificar con más facilidad las problemáticas que se pueden suscitar en materia laboral. El objetivo de este trabajo es conocer la situación actual de las tiendas de conveniencia, en cuanto a su operación, funcionamiento, procesos de contratación y condiciones laborales a través de las principales investigaciones que existen hasta el momento al respecto, con la finalidad de determinar el campo conocido y el pendiente por conocer en cuanto a las formas de contratación que se dan en estas tiendas.

## **Abstract:**

*Convenience stores are easily recognized nowadays, as they dominate their commercial category due to their rapid development. Being establishments of wide scope it is of the utmost importance to examine the elements that have been studied so far regarding their constitution, development and operation, since this will allow us to more easily identify the problems that may arise in labor matters. The objective of this work is to know the current situation of convenience stores, in terms of their operation, functioning, hiring processes and working conditions through the main investigations that exist so far in this regard, in order to determine the known field and the pending to know in terms of the forms of hiring that occur in these stores.*

**Sumario:** Introducción / I. Tiendas de conveniencia / II. Estrategias de éxito / III. El trabajo en las tiendas de conveniencia / IV. Posibles problemáticas laborales identificables / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

\* Licenciada en derecho por la UAM-A.

## ***Introducción***

Para el desarrollo de la investigación se buscará proporcionar una visión general respecto de todas las cadenas comerciales que conforman tiendas de conveniencia, posteriormente, se tomará como referencia principal una de las cadenas comerciales más reconocidas dentro del territorio nacional, en la que se emplean contratos laborales para algunos de sus establecimientos y contratos mercantiles para otros.

El objetivo principal es recopilar datos que precisen como se ha constituido hasta el momento la operación comercial de las tiendas de conveniencia en México, lo cual, permitirá, identificar con mayor facilidad las condiciones laborales que se generan antes y durante los procesos de contratación de sus trabajadores. Además, se podrá concluir si existen ciertas irregularidades o deficiencias dentro de este sector comercial, principalmente en materia laboral.

En cuanto a la metodología utilizada en este trabajo de investigación, será de naturaleza cualitativa, utilizando un razonamiento inductivo respecto a la dinámica del fenómeno social planteado. La temporalización de la investigación se realizará con base en un periodo sincrónico con métodos transversales respecto del estado actual de los procesos de contratación en las tiendas de conveniencia. Asimismo, será una investigación exploratoria debido a que este fenómeno social no ha sido abordado ni estudiado lo suficiente, por lo que, algunas condiciones que reflejan su operación habitual aún no se han determinado claramente.

La hipótesis sostenida es que existe información actualizada y completa sobre las formas de contracción y los derechos laborales que tienen los trabajadores en tiendas de conveniencia de la Ciudad de México. La investigación tendrá como punto de partida sus estrategias de posicionamiento y la forma de implementación de contratos mercantiles. El resultado de la información obtenida en lo que respecta a las formas de contratación y prestaciones laborales dará como resultado los posibles problemas laborales que se deben continuar investigando dentro de estos establecimientos.

### ***I. Tiendas de conveniencia***

Las tiendas de conveniencia son cadenas comerciales dedicadas principalmente a ofrecer productos y servicios requeridos habitualmente por las perso-

nas, por lo que, forman parte del comercio al por menor. Su principal objetivo es permitir el fácil acceso a sus productos y aunque cuentan con áreas pequeñas, estas, se encuentran bien organizadas.

Son estructuras comerciales que comenzaron a operar como una tienda de abarrotes tradicional, pero que con el tiempo lograron ofrecer mayor cantidad y variedad en sus productos y servicios. Además, un factor fundamental para su consolidación es el establecimiento de una marca con varias sucursales.

Es indudable que la existencia y crecimiento de las tiendas de conveniencia impacta y modifica las relaciones comerciales, económicas y laborales que se generan dentro del sector de productos y servicios. Al tener una amplia aceptación por parte de los consumidores, se fomenta el crecimiento de estos modelos de distribución y consumo, razón por la cual, claramente requieren cada vez más de fuerza laboral para concretar su funcionamiento.

Los primeros asentamientos de los modelos comerciales que hoy en día conocemos como tiendas de conveniencia en México fueron en carreteras y gasolineras, en donde el flujo vehicular es constante las 24 horas, en la actualidad permanecen localizadas en dichos puntos por la misma razón. “Además, se establecieron estratégicamente en lugares que la sociedad ya reconoce con facilidad, es decir, se sitúan en plazas comerciales, vialidades principales, esquinas con mayor tránsito peatonal, aeropuertos e incluso en conjuntos habitacionales”.<sup>1</sup>

La cadena comercial, en tiendas de conveniencia, más reconocida a nivel nacional e internacional forma parte de grupo FEMSA, la cual “abrió en 1978 en Monterrey, en la colonia Lindavista y, a partir de 1979, inició su expansión a nivel nacional. En 2004 existían 4,300 tiendas distribuidas en 29 estados de la república”.<sup>2</sup> La referencia a esta cadena comercial es de suma importancia, ya que conformará el punto de referencia para el estudio del presente trabajo de investigación en cuanto a sus contrataciones y condiciones laborales.

Este tipo de comercios basan el éxito de sus operaciones en brindar al consumidor el mayor confort posible, con operatividad las 24 horas del día, ofreciendo cercanía y manteniendo, el constante abastecimiento de sus pro-

<sup>1</sup> Óscar Alcocer García y Juan Campos Alanís, “El formato de tiendas de conveniencia como medio de proximidad de servicios y abastecimiento en áreas urbanas”, pp. 63-84.

<sup>2</sup> Camilo Contreras Delgado, *Geografía de Nuevo León*, pp. 191-192.

ductos y servicios.<sup>3</sup> Mientras que algunos comercios independientes luchan con dificultad para continuar operando, las tiendas de conveniencia lograron mantenerse y crecer en el mercado, por lo que, se consolidaron a pesar de no ofrecer en su totalidad precios competitivos.

Encontraremos como punto de partida que los estudios realizados hasta el momento respecto de las tiendas de conveniencia se centran en sus estrategias de posicionamiento y estos indican que principalmente se ubican en zonas urbanas donde su crecimiento ha sido exponencial.<sup>4</sup> Ahora bien, sumado a lo anterior tenemos que su implementación se ha adaptado a los hábitos de consumo de la población y a logrado cubrir satisfactoriamente la necesidad de abastecimiento de productos y servicios.

Las tiendas de conveniencia tienen gran cantidad de establecimientos comerciales y un factor determinante para esto fue el crecimiento y geolocalización de la población, ya que estos comercios ubican estratégicamente sus sucursales conforme a la densidad de la población: “datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) señalan que, en México a nivel nacional, el 79% de la población vive en localidades urbanas, mientras que el otro 21% se encuentra habitando en zonas rurales”<sup>5</sup>.

Así mismo, a nivel estatal también encontramos que las tiendas de conveniencia se convirtieron en la nueva normalidad dentro de la dinámica comercial de las ciudades, contribuyendo, en gran medida, a fortalecer su desarrollo económico. “Conforme al INEGI, específicamente en Ciudad de México la mayoría de las personas habitan en zonas urbanas, constituyendo así el 99% de la población, mientras que solo el 1% vive en localidades rurales”<sup>6</sup>.

Es indudable que las localidades urbanas están en constante movimiento y se caracterizan por tener gran concentración de personas, por lo que su crecimiento contribuyó a generar nuevos modelos de comercio como lo son las tiendas de conveniencia, establecimientos que se han desarrollado en el intercambio de productos y servicios con éxito. Con lo anterior, podemos deducir que las tiendas de conveniencia son una de las consecuencias del urbanismo,

<sup>3</sup> José M. Mira Bernabéu *et al.*, “Tiendas de conveniencia localizadas en estaciones de servicio: un nuevo formato comercial para nuevos usos del territorio”, pp.102-113.

<sup>4</sup> Alcocer García y Campos Alanís, *op. cit.*

<sup>5</sup> INEGI, “Rural y urbana”.

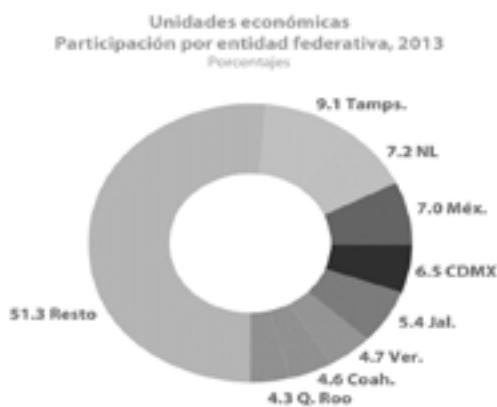
<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 5.

ya que surgieron como una oportunidad para el sector privado de cubrir una necesidad básica y creciente de la población.

Ahora bien, la concentración de este tipo de comercios en zonas urbanas refleja su capacidad para aprovechar factores sociales. Mientras la sociedad continúe construyendo grandes edificaciones, aumentando el número de habitantes y fomentando la competitividad comercial; será aún más necesario consolidar y mejorar los sistemas económicos, comerciales y laborales.

Las tiendas de conveniencia han tenido un incremento considerable, tan solo de 2009 a 2014, aumentaron el número de sus sucursales un 84%, configurando uno de los incrementos más altos respecto al clasificador de actividades económicas, único para la región de América del Norte (SCIAN).<sup>7</sup> Entre los datos más actualizados que podemos encontrar señalan, que la Ciudad de México representa uno de los cuatro estados con mayor cantidad de tiendas de conveniencia, como se puede observar en la siguiente gráfica.<sup>8</sup>

**Gráfica 1.**  
Unidades económicas. Participación por entidad federativa, 2013.



Nota. La gráfica 1 muestra los principales estados de la República mexicana donde existe mayor concentración de tiendas de conveniencia.

Como ya se mencionó, las tiendas de conveniencia son unidades económicas que forman parte del comercio al por menor en México. “Conforme

<sup>7</sup> INEGI, “Tiendas de conveniencia en México”.

<sup>8</sup> *Ibid.*

al censo económico realizado en 2019 nacionalmente se cuantifican 53,553 establecimientos denominados como tiendas de conveniencia; el comercio al por menor se posicionó arriba de servicios privados no financieros, industrias manufactureras, comercio al por mayor, entre otros, al contar con mayor cantidad de unidades económicas”<sup>9</sup>

## ***II. Estrategias de éxito***

Delimitar las principales estrategias utilizadas por los establecimientos comerciales que conforman las tiendas de conveniencia es importante, puesto que dará una idea más clara respecto de cómo lograron tener su influencia actual. Como punto de partida podemos mencionar que la principal estrategia empleada por este tipo de establecimientos comerciales se basa en la conformación de su marca, que va acompañada de una campaña de mercadotecnia minuciosamente estructurada y persistente, la cual, se refleja en cada una de sus sucursales y genera dependencia en los consumidores.

Asimismo, la tienda de conveniencia más reconocida en territorio nacional, posicionó su marca como la primera opción para los consumidores que buscan abastecerse de productos y servicios esenciales, por lo que su implementación en este formato comercial emergente, ha sido un éxito rotundo. “Si sumamos a lo anterior su estrategia para establecerse en varios puntos de distribución dentro del territorio nacional y lograr tener amplia disponibilidad al operar con diversidad de horarios, tenemos como resultado una gran estructura comercial”.<sup>10</sup>

Continuando con la estrategia de mercadeo utilizada por las tiendas de conveniencia tenemos entonces que, ésta se basa fundamentalmente en estructurar su marca e incorporarla en todos sus establecimientos de manera visible. Usualmente su mayor signo distintivo son sus logotipos y eslogan, los cuales, logran tener un impacto positivo y continuo en la población, debido a que son atractivos para los consumidores de dicho sector comercial, además, complementan dicha sensación con la incorporación de ciertos colores característicos e incluso incluyendo y ofreciendo productos propios de la cadena comercial.

<sup>9</sup> INEGI, “Subsistema de Información Económica”.

<sup>10</sup> Mira Bernabéu *et al.*, *op. cit.*

Debido a que, cada una de sus sucursales sigue el patrón correspondiente al diseño de su marca, actualmente su conformación y establecimiento es fundamental para el desarrollo de las actividades de las tiendas de conveniencia. La marca es el signo distintivo de este tipo de comercios, conforma su identidad, permite su fácil difusión y posibilita inferir al consumidor con facilidad los productos y servicios que se ofrecen.

De acuerdo con la legislación mexicana las marcas son susceptibles de protección en cuanto a su uso y estas pueden estar constituidas por combinaciones de signos como: letras, números, colores, hologramas, formas tridimensionales, o una mezcla de estos; a su vez, pueden incluir su nombre comercial, denominación o razón social, nombres propios, incluso pueden registrarse sonidos y olores. Dentro de la solicitud para el registro de marca se puede especificar para su protección el tamaño de los signos utilizados, así como, el proceso de empaquetado o cualquier otro elemento que, al combinarse, distingan los productos y/o servicios prestados.<sup>11</sup>

El establecimiento de la marca es fundamental para que las tiendas de conveniencia se logren mantener en el mercado; como ya lo vimos, la legislación federal posibilita una gran cantidad de elementos para su conformación. En la actualidad el consumidor ha aceptado consumir con normalidad en los establecimientos de las tiendas de conveniencia, llegando a ser incluso parte fundamental en su vida diaria al considerarlos como establecimientos a los que pueden acceder con gran facilidad y seguridad.

Sin duda, como lo vimos en los párrafos anteriores, la marca comercial de las tiendas de conveniencia forma parte de su plan principal de ventas y ha logrado reflejar claramente, para el consumidor, el funcionamiento de estas unidades económicas. Así mismo, otra estrategia que se implementó para identificar estos establecimientos, es mediante la gran variedad de productos y servicios que proporcionan, los cuales, sin duda favorecen al consumidor.

En la actualidad han incrementado los productos que ofrecen, entre estos podemos encontrar: comida rápida, papel higiénico, jabón, bebidas, bebidas alcohólicas, cigarros, aceite, lácteos, golosinas, comidas enlatadas, incluso algunos medicamentos de venta libre que no requieren receta médica. Entre otros productos y servicios se pueden mencionar los siguientes:

<sup>11</sup> Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, artículos 170-178.

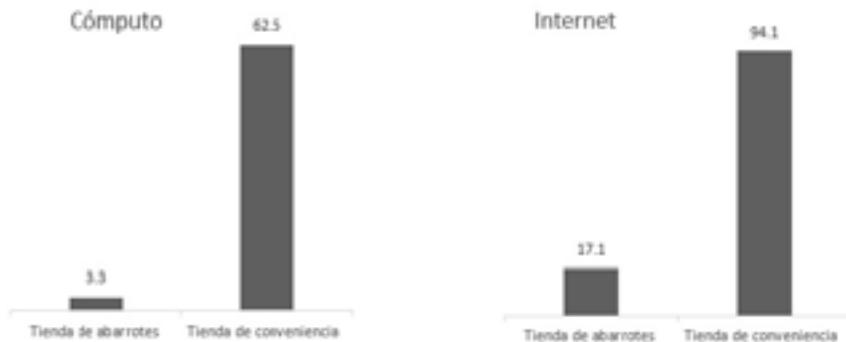
- Venta de productos de consumo general.
- Retiro de efectivo.
- Depósitos bancarios.
- Envíos de dinero a nivel nacional e internacional.
- Pago de servicios como: agua, luz, predial, teléfono, cable, créditos, colegiaturas, boletos de avión, entre otros.
- Pago de multas y tenencia.
- Recargas telefónicas.
- Chips telefónicos propios de la cadena comercial.
- Tarjeta digital.
- Tarjetas de regalo.
- Venta de boletos de autobús.
- Venta de terminales de pago.
- Venta de teléfonos celulares.

Las tiendas de conveniencia se han consolidado al punto de rebasar por mucho la operatividad de las tiendas convencionales en las colonias, ya que gran parte de la población prefiere consumir los productos básicos que se brindan en este tipo de establecimientos comerciales. Entre las ventajas principales encontramos la amplia variedad de productos que ofrecen, incluso con promociones y descuentos. Además, los servicios que brindan los distinguen como establecimientos versátiles.

Las tiendas de conveniencia, a diferencia de las tiendas de abarrotes tradicionales, buscan ofrecer al consumidor una experiencia más acercada a los establecimientos de mayor tamaño. Estos establecimientos se caracterizan por ofrecer gran cantidad de productos y servicios con la intención de hacer sentir al consumidor un ambiente más actualizado.

Otro factor determinante que logró posicionar a las tiendas de conveniencia como la primera opción para los consumidores, fue su implementación tecnológica en la venta de sus productos y servicios. En comparación con las tiendas de abarrotes tradicionales, sus establecimientos cuentan en mayor cantidad con equipos de cómputo con acceso a internet, terminales bancarias, sistemas de seguridad, depósitos bancarios, retiro de efectivo, pago de servicios, entre otros.

Estadísticamente las tiendas de conveniencia en México tienen más facilidad para implementar equipos de cómputo en sus sucursales y acceder a internet para facilitar las transacciones realizadas con los consumidores, mientras que las tiendas de abarrotes cuentan con estos servicios en menor cantidad como se puede ver en la siguientes gráficas.<sup>12</sup>



*Nota.* Las gráficas muestran una comparación, con cifras en porcentaje, de los equipos de cómputo y acceso a internet que tienen por un lado las tiendas de abarrotes y por otro las tiendas de conveniencia.

Un parámetro fundamental para afirmar que la población tiene accesibilidad para consumir frecuentemente en estas tiendas, se refleja en la alta cantidad de compras que realizan durante la semana, esto se debe “en gran medida a que la mayoría de las personas interesadas en adquirir algún bien o servicio pueden acudir a las tiendas de conveniencia caminando y en cortos periodos de tiempo”<sup>13</sup>.

Podemos establecer que las principales estrategias que incidieron en el crecimiento y éxito actual de las tiendas de conveniencia son:

- Establecimiento de su marca.
- Logotipo y eslogan.
- Campaña de mercadotecnia.
- Variedad en sus productos y servicios.

<sup>12</sup> INEGI, “Tiendas de conveniencia en México”.

<sup>13</sup> Alcocer García y Campos Alanís, *op. cit.*, pp. 63-84.

- Varios puntos de distribución.
- Operatividad las 24 horas.
- Implementación tecnológica.
- Preferencia de consumo y accesibilidad.

El éxito de las tiendas de conveniencia se evidencia en la recurrencia con la que acude la sociedad a estos establecimientos y sin duda debido a su triunfo, estas requieren realizar una gran cantidad de contrataciones. Por lo tanto, al momento en que sus múltiples establecimientos incrementan su alcance, su continuidad se manifiesta en cada uno de los consumidores que adquieren sus productos, pero aún más, en cada uno de los trabajadores que laboran en sus sucursales.

### ***III. El trabajo en las tiendas de conveniencia***

Comenzaremos estableciendo los aspectos básicos, conocidos y estudiados hasta el momento respecto de las condiciones laborales en las tiendas de conveniencia. “Encontramos que estadísticamente, en el 2019, el INEGI señaló que el número del personal ocupado en el comercio al por menor fue de 5,899,045 personas”<sup>14</sup> “Este mismo instituto, puntualiza que las tiendas de conveniencia requieren de en promedio un total de 4 trabajadores por sucursal, a diferencia de las tiendas de abarrotes tradicionales, que pueden desarrollar sus actividades con tan solo 2 personas”<sup>15</sup>

Ahora bien, utilizando los datos recabados en el presente trabajo de investigación, señalados en el apartado anterior, tenemos que de 53,553 establecimientos, se requieren de por lo menos 214,212 trabajadores; esto en el supuesto de que cada sucursal solo contrate a cuatro personas, sin embargo, debido a la carga de trabajo que representa la operatividad en una tienda de conveniencia, la cual, abre las 24 horas del día, la cantidad de trabajadores requeridos, idealmente, aumenta para completar adecuadamente su plantilla laboral.

Durante el primer trimestre de 2023 se reflejó:

<sup>14</sup> INEGI, *Subsistema de Información Económica*.

<sup>15</sup> INEGI, “Tiendas de conveniencia en México”.

Que dentro del comercio al por menor en el área de abarrotes y alimentos se contaba con un salario mensual promedio de 4 mil pesos mexicanos y se registró que la escolaridad promedio de las personas que laboran en estos comercios es de 9.39 años escolares, lo cual, equivaldría a un nivel de escolaridad promedio de secundaria o secundaria trunca; así mismo, se estableció que, del total de los trabajadores en este sector, 23.8% eran trabajadores formales mientras que 72% eran informales.<sup>16</sup>

De acuerdo a “Indeed”, una página que oferta propuestas laborales en 2023, el sueldo promedio de las personas que son contratadas como trabajadores, en la tienda de conveniencia más reconocida a nivel nacional, para realizar las funciones básicas de operatividad de los establecimientos de tiendas de conveniencia es de \$1,202 a \$1,349 a la semana desempeñando el puesto de cajero o ayudante general; mientras que el sueldo promedio de un líder o jefe de tienda que es contratado como trabajador directo es de \$10,359 mensualmente y los líderes de tienda que tienen contratos de comisión mercantil, de acuerdo a esta fuente, es de \$8,798.<sup>17</sup>

Más adelante se profundizará respecto de los contratos, que son manejados por estas tiendas de conveniencia (laborales y mercantiles), sin embargo, es importante precisar que no hay mucha certeza respecto de la información proporcionada en el párrafo anterior, pero es la única página que menciona un aproximado de dichas cifras, por lo que se requiere de una actualización de dichos datos. Ahora bien, por lo que respecta a la oferta laboral dentro de estas tiendas tampoco existe mucha información, encontraremos que normalmente estos establecimientos piden que te contactes con ellos mediante volantes o por medio de su página de internet.

De acuerdo con la página de FEMSA, puedes formar parte de la tienda de conveniencia más reconocida a nivel nacional, bajo el cargo de líder de tienda, por medio de un contrato de comisión mercantil o bajo un contrato laboral. Igualmente, menciona que la mayor parte de sus tiendas operan bajo contratos mercantiles.<sup>18</sup> Lo anterior es de suma importancia para llevar a cabo el análisis respecto del siguiente apartado.

<sup>16</sup> Gobierno de México, “Comercio al por menor de abarrotes y alimentos”.

<sup>17</sup> Indeed, “Sueldos de tienda de conveniencia en México: ¿cuánto paga tienda de conveniencia?”.

<sup>18</sup> Careers FEMSA, “Encuentra tu próximo trabajo en Careers FEMSA”.

Como pudimos observar, las principales investigaciones realizadas hasta el momento no abarcan problemáticas laborales, no hay información concluyente que nos permita tener una visión completa de la situación actual de los trabajadores en estos establecimientos. Incluso, respecto al número de establecimientos existentes por cada una de las diferentes cadenas comerciales no hay información actualizada.

#### ***IV. Posibles problemáticas laborales identificables***

Es indudable la numerosa cantidad de trabajadores que se encuentran laborando en este sector, por lo que es imprescindible incentivar a los investigadores a estudiar las condiciones laborales y contractuales dentro de estos establecimientos. Es por esto, que en este apartado se busca identificar las posibles problemáticas laborales que pueden existir dentro de estos establecimientos, puntuizando que se requiere indudablemente tener más información al respecto.

Se distinguirán principalmente las siguientes problemáticas:

**a. Establecimientos de tiendas de conveniencia que operan bajo contrato de comisión mercantil:** “De acuerdo con el Código de Comercio, las comisiones mercantiles son aquellas en las que se acuerda un mandato exclusivo para actos concretos de comercio”.<sup>19</sup> Por un lado, tenemos al comitente que es la tienda de conveniencia y por otro al comisionista, que es la persona externa que se encargan de dirigir alguna de sus sucursales.

Si bien, los contratos de comisión mercantil están regulados por la legislación mexicana, por lo que son perfectamente legales, se puede debatir su inadecuada aplicación en tiendas de conveniencia, ya que la implementación de este tipo de contratos, específicamente en este sector, puede ser susceptible de ocultar relaciones laborales bajo supuestas relaciones mercantiles para así evadir obligaciones patronales.

En otras palabras, es importante identificar si en la práctica operacional de estos giros comerciales se pueden reconocer los elementos principales que establece la Ley Federal del Trabajo para considerar la existencia de

<sup>19</sup> Código de Comercio, artículos. 273-308.

una relación laboral, es decir, que los comisionistas (líderes de tienda) están realizando sus actividades, mediante un trabajo personal, por el pago de un salario y, aún más importante, si durante su encargo se actualiza el supuesto de subordinación.<sup>20</sup>

- b. La implementación dual de contratos laborales y contratos mercantiles:** es muy poco conocida por la población, por lo que es normal que caigan en falsedad y supongan con facilidad que todas las personas que trabajan en estos establecimientos son trabajadores directos de la cadena comercial, lo cual, provoca a su vez que dicha situación sea poco divulgada y estudiada.

La implementación dual parece indicar una clara probabilidad en cuanto a la sustitución de contratos laborales por contratos de comisión mercantil, ya que las personas que son contratadas por la tienda de conveniencia, como comisionistas, claramente podrían ser contratadas como trabajadores directos, como pasa en varias de sus sucursales, ya que en ambos contratos, los líderes realizan las mismas actividades, sin embargo, representa más cómodo emplear contratos de comisión mercantil y reducir obligaciones laborales.

Por lo tanto, la implementación de contratos mercantiles en estos establecimientos permite que las cadenas comerciales puedan evitar tener obligaciones laborales en los establecimientos que los implementan y se puede plantear una evasión de las relaciones laborales, debido a que en todos sus establecimientos el líder de tienda desempeña las mismas funciones, bajo una misma supervisión y las mismas indicaciones, solo que en algunos casos se les ofrece un contrato laboral y en otros un contrato mercantil.

Los contratos mercantiles son sinónimo de libertad para decir horarios, administrar y operar, así como una buena recompensa económica, pero es difícil tener certeza de que estos elementos se otorgan en todos los establecimientos donde se emplean contratos mercantiles cuando los líderes de tienda en ambos casos parecen seguir indicaciones de la misma forma que los líderes que son contratados por medio de contratos laborales, sin duda

<sup>20</sup> Ley Federal del Trabajo, artículos. 8º, 20, 21, 24, 25 y 26 en los que se establecen como elementos para acreditar una relación laboral: que el trabajo sea personal, por el pago de un salario y se actualice el supuesto de subordinación. Entendiendo como subordinación la realización de tareas concretas especificando horario y forma de realización.

las tiendas de conveniencia son un ambiente susceptible de actualizar el supuesto de subordinación cuando implementan contratos mercantiles.

- c. **La desigualdad económica y social:** en el caso planteado, existe entre dos sujetos dentro de la comisión mercantil debe tomarse en cuenta en el análisis de la problemática, ya que puede llegar a ser desfavorable, debido a que una de las partes es una empresa trasnacional y la otra una persona física, conformando así una relación de desigualdad.
- d. **Otra problemática:** se emplean contratos mercantiles se puede llegar a generar cuando, cada uno de los diferentes comisionistas (líderes de tienda), requieren forzosamente realizar contrataciones laborales del personal que estará a su cargo y le ayudará a llevar a cabo lo pactado en el contrato de comisión mercantil dentro del establecimiento que se les delega. Esta situación genera una relación laboral directa entre el comisionista y los trabajadores que contrata, es decir, sin relación alguna con la cadena comercial (tiendas de conveniencia), por consiguiente, cada sucursal manejada bajo contratos de comisión mercantil, tiene un patrón diferente, de los cuales no se tiene certeza que realicen correctamente dichas contrataciones y que, en caso de no ser así, son ellos los responsables y no las tiendas de conveniencia.
- e. **Informalidad:** la implementación dual de contratos mercantiles y laborales se inclina a formar parte en las estadísticas del empleo informal, debido a la incertidumbre que genera. “Los empleos informales, son aquellos en los que las personas trabajadoras (ocupadas), se encuentran total o parcialmente desprotegidas por la falta de aplicación de las leyes laborales”.<sup>21</sup>
- f. **Vulneración de derechos humanos laborales:** de comprobarse las problemáticas planteadas, en el caso de los contratos de comisión mercantil, se estaría transgrediendo el derecho al reconocimiento de la relación laboral, lo cual, consecuentemente vulneraría otros derechos como: seguridad social, garantía del salario mínimo, horas extras, día de descanso obligatorio, etcétera.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT), Estándares internacionales para medición de informalidad.

<sup>22</sup> Los principales instrumentos internacionales que protegen derechos humanos laborales son: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

**g. Aun cuando:** se demostrará que los contratos de comisión mercantil son perfectamente aplicables y respetados en la práctica, *tendríamos la misma preocupación en cuanto a la vulneración de derechos laborales*, ya que cada uno de los diferentes comisionistas (líderes de tienda), tendrían que garantizar los derechos laborales correspondientes a las personas que contratan.

Incluso si se demuestra que en alguna sucursal con contrato mercantil no existe subordinación, esto no significaría que en las demás sucursales con esta figura mercantil sea igual, es decir, podemos encontrar sucursales donde si existe una clara relación laboral que se oculta con un contrato mercantil.

La implementación frecuente de contratos mercantiles en tiendas de conveniencia no permite tener un adecuado control de los establecimientos en los que se emplean contratos laborales, por lo que a menos que se garantice una adecuada inspección del trabajo en este sector, se ponen en riesgo los derechos laborales de los trabajadores.

Igualmente, la figura del contrato mercantil en tiendas de conveniencia continúa siendo un sector propenso a vulnerar derechos laborales ya que, cada uno de los líderes de tienda bajo esta figura legal, tienen que emplear de forma independiente trabajadores. Hablamos de distintos patrones por sucursal, de los cuales no se tiene certeza de si emplean diferentes formas de contracción o si respetan adecuadamente los derechos laborales establecidos por ley.

Cada una de las posibles problemáticas planteadas, requieren de un estudio más exhaustivo, que permita identificar las condiciones laborales y procesos de contratación que se generan en tiendas de conveniencia.

## **V. Conclusiones**

El resultado de la investigación realizada, señala que la información existente en cuanto a cuestiones generales y laborales en tiendas de conveniencia, no está actualizada o no hay estudios al respecto, por lo que en la actualidad no se tiene certeza del número de establecimientos que hay por cada una de las diferentes cadenas comerciales, y su alcance a nivel estatal o nacional,

como son sus contrataciones, la cantidad de personal empleado, los salarios proporcionados, las prestaciones laborales garantizadas, la existencia de conflictos laborales, etcétera.

Las tiendas de conveniencia pueden utilizar para su funcionamiento diferentes figuras legales, la cadena comercial más reconocida a nivel nacional emplea en la mayoría de sus sucursales contratos de comisión mercantil y en el resto contratos laborales, en este caso, la principal problemática que se requiere estudiar es la posible *sustitución e informalidad* de las relaciones laborales, específicamente, en los establecimientos que se encuentran sujetos al régimen de comisión mercantil.

Lo anterior se puede concluir como una problemática, debido a que la implementación dual de dichos contratos, genera una situación susceptible de actualizar el supuesto de *subordinación*, por lo que, cuando se pacta un contrato de comisión mercantil, pero en la práctica operacional se detalla y exige al líder de tienda las actividades a realizar, su horario, el horario de operación del establecimiento o no hay diferencias entre una sucursal manejada con contrato mercantil y una manejada por contrato laboral, indudablemente se está realizando un trabajo personal y subordinado y por lo tanto es una relación laboral.

Se concluye que este fenómeno, no solo estaría evadiendo el reconocimiento de las relaciones laborales, sino que también, estaría vulnerando la mayoría de los derechos humanos laborales. Además, al no reconocer a los comisionistas (líderes de tienda) como trabajadores, se desencadena también incertidumbre en los procesos de contratación y condiciones laborales de las personas que éstas personas tienen que contratar como patrones directos y a los cuales les tienen que proporcionar contratos laborales físicos, salario, seguridad social y demás prestaciones mínimas establecidas en la legislación mexicana.

Ahora bien, a pesar de que sea un fenómeno social poco conocido o difícil de identificar, no significa que no sea parte de la realidad, por lo que es fundamental continuar con su investigación y difusión. Particularmente, como autora del presente artículo, aseguro que continuaré con el estudio respecto de las contrataciones y condiciones laborales de las tiendas de conveniencia que emplean contratos laborales y contratos de comisión mercantil.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

Contreras Delgado, Camilo. *Geografía de Nuevo León*. Gobierno del estado de Nuevo León, 2017.

### Electrónicas

Alcocer García, Óscar y Juan Campos Alanís. “El formato de tiendas de conveniencia como medio de proximidad de servicios y abastecimiento en áreas urbanas”. *Quivera*, Vol. 16, Núm. 2014-2, julio-diciembre 2014, México, Universidad Autónoma del Estado de México, pp. 63-84. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40136960004> (consultada el 18 de junio de 2024).

Careers FEMSA. “Encuentra tu próximo trabajo en Careers FEMSA”. 2023. [https://careers.femsa.com/?locale=es\\_MX](https://careers.femsa.com/?locale=es_MX) (Consultada el 16 de septiembre de 2024).

FEMSA. “Quiero abrir una tienda Oxxo”. 2019. <https://www.femsa.com/es/contacto/quiero-abrir-una-tienda-oxxo/> (consultada el 16 de septiembre de 2024).

Gobierno de México. “Comercio al por menor de abarrotes y alimentos”. Data México, 2023. <https://www.economia.gob.mx/datamexico/es/profile/industry/retail-trade-of-groceries-and-food> (consultado el 17 de julio de 2024).

Ineed. “Sueldos de tienda de conveniencia en México: ¿cuánto paga tienda de conveniencia?”. 2023. <https://mx.indeed.com/cmp/Tienda-De-Conveniencia/salaries#:~:text=El%20sueldo%20semanal%20prome-dio%20en,en%20los%20%C3%BALtimos%2036%20meses> (consultada el 10 de julio de 2024).

INEGI. “Tiendas de conveniencia en México”. Censos económicos, 2014. <https://www.inegi.org.mx/programas/ce/2014/>

\_\_\_\_\_. “Rural y urbana”. Censo de Población y Vivienda, 2020. <https://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/df/poblacion/distribucion.aspx?tema=me&e=09> (consultada el 5 de julio de 2024).

\_\_\_\_\_. “Subsistema de Información Económica”. Censos Económicos, 2019. <https://www.inegi.org.mx/programas/ce/2019/> (consultada el 12 de julio de 2024).

Mira Bernabéu, José Miguel, Alberto Moreno López y Ana Espinoza Seguí. “Tiendas de conveniencia localizadas en estaciones de servicio: un nuevo formato comercial para nuevos usos del territorio”. *Papeles de Geografía*, Núm. 49-50, España, Universidad de Murcia, 2009, pp. 101-113. <https://revistas.um.es/geografia/article/view/92411>

### Legislación

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

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, publicada el 1 de julio de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Ley Federal del Trabajo, publicada el 1 de abril de 1970 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 4 de abril de 2024.

Sergio Ricco Monge, ***Indigenismo Boreal.***  
Costa Amic Altres, 2024

Carlos Humberto Durand Alcántara\*

Advertir en un breve recorrido la riqueza e importancia de esta obra resulta limitativo no tan solo en su expresión cuantitativa, sino fundamentalmente cualitativa, en virtud de la diversidad, complejidad y multiplicidad de argumentos desarrollados, que van desde la interdisciplina, que pasa por la etnología, la antropología, la política, el derecho y la economía, entre otras, hasta sus concomitantes adaptaciones epistemológicas, teóricas y metodológicas. Intentando salvar algunas de estas cuestiones y asumiendo la responsabilidad que ello implica, paso a verter mi sustento.

Ninguna política de Estado que se cifre en el racismo, por más vindicativa que se conciba constituye, *per se* alternancia social alguna. Para los pueblos dominados, el indigenismo guarda esta tesis en términos de cifrar la organización de la sociedad a partir del discurso hegemónico.

Los espectros desde los cuales el colonialismo trazó su hegemonía nos sitúan en diversidad de adaptaciones político–ideológicas en las cuales pre-

\* Intervención del Dr. Carlos Humberto Durand Alcántara en el Marco de la presentación del libro *Indigenismo Boreal* del Maestro Sergio Ricco Monge, Profesor-Investigador de la Escuela Nacional de Antropología e Historia, publicado por la casa editorial Costa Amic Altres, en agosto de 2024, evento enmarcado en las actividades del Congreso Internacional: “Una prospectiva desde la alternancia social en el contexto del México rural. Trayectorias, lucha y resistencia contra el olvido: Pueblos originarios y el trabajo universitario”, en el Marco de las actividades del 50 aniversario de la UAM y del 30 aniversario del Proyecto de Servicio Social “Desarrollo Regional, Derechos Humanos y Marginalidad” verificado en la UAM Azcapotzalco y organizado, entre otras instancias e instituciones, por el Área de Investigación en Derechos Humanos y Alternatividad Jurídica Social del Departamento de Derecho del 5 al 9 de agosto del 2024.

valece el problema del poder, el control, y el sometimiento de pueblos y sociedades subalternas, en el caso del libro del Maestro Sergio Ricco Monge, encontramos un corte historiográfico específico que en términos generales fue denominado como indigenismo, es decir, la subsunción de una política del Estado Moderno en las diversas territorialidades que ocuparon y en algunos casos siguen ocupando, parcialmente los pueblos originarios de América, fundamentalmente por lo que hace al siglo XX.

En particular este estudio aporta, de manera significativa, en el tratamiento que de manera particular guardó en la América Boreal, el problema en cuestión, delimitando estudios de caso que bordean el tratamiento de dicho indigenismo en latitudes que corresponden a Groenlandia, Alaska, Canadá y primigeniamente a los Estados Unidos de Norteamérica.

No está por demás señalar que Groenlandia, desde el siglo XVIII, ha sido gobernada por Dinamarca, propiciando un autogobierno para los esquimales.

Para el autor no existe una visión unívoca en el manejo de la política de Estado respecto de los pueblos originarios, sino más bien coexiste la adopción de significados que expresan las diversas relaciones de poder imperantes en cada región de América del Norte.

Desde nuestra óptica este libro, entre otros diversos aspectos, guarda una doble virtud, en primer término, (más allá del estudio que durante décadas se cristalizó del indigenismo latinoamericano), avizora por primera vez un estudio condensado, acerca del balance del “otro indigenismo” como señalaba, el que corresponde al norte del continente.

Y por otro, recupera la importancia que en el marco historiográfico guardan los anales de la revista *América Indígena* en cuyo caso se ha establecido la selección, análisis así como, una vertiente crítica, acerca de la investigación que de los pueblos indígenas sustentaron una pléyade de intelectuales, fundamentalmente antropólogos y etnólogos tanto canadienses, como norteamericanos, como, Jean Lagassé, Laura Thompson, John Collier, Sol Tax, Robert Redfield, Edward Holland Spicer, Julian Haynes Steward, Robert A. Manners, Eric Robert Wolf, por mencionar solo algunos.

En esta prospectiva el autor no realiza tan sólo un recuento de aquellos artículos que fueron publicados en *América Indígena* durante el periodo de los años cuarenta y setenta, del siglo XX, sino guarda la perspicacia de separar contenidos esenciales a través de los cuales se puede advertir el complejo

sentido del indigenismo boreal, como señala el autor, como una contribución al conocimiento de la teoría y práctica antropológica indigenista en América del Norte.

## II

Al igual que aconteció en la Amazonía, los antecedentes que subyacían históricamente de las sociedades y pueblos que habitaban en el norte del continente se caracterizaban por guardar relaciones de producción inherentes al nomadismo, en cuyo caso su reproducción se organizaba bajo órdenes de índole tribal, a través de la caza, la pesca y la recolección y en épocas más recientes en una agricultura comunal, como así aconteció con los denominados “Indios Pueblo”.

Dados los significados culturales que para sus cosmovisiones guardaban los desarrollos de referencia, se constituían en aparentes “barreras” al devenir de las nuevas naciones.

Más allá del marco ideológico de la democracia y la libertad, Estados Unidos y Canadá, trascendieron a través de políticas de impacto de las poblaciones indígenas, siendo incapaces de comprender la importancia de las “otras culturas” en el surgimiento de las nuevas naciones.

En esta óptica esta obra postula, al decir de su autor, “una posición política e ideológica que está a favor de que, tanto indios como sectores populares, tengan acceso a las distintas esferas de la justicia”.

El epicentro de la consolidación del nuevo Estado Nación en América se sitúa en el contexto de la lucha por la tierra, el territorio y sus bienes, en diversidad de artículos de la revista *América Indígena*, Sergio Ricco delimita el sentido que ya habría sido avizorado por Carlos Marx en su ya clásico capítulo en *El Capital* acerca de la acumulación originaria, en donde los pueblos fueron desprovistos de sus medios de producción para situarse sus poblaciones, en el “mejor de los casos”, en las clases exploliadas de la sociedad. Así encontramos, entre otros, por ejemplo, las colaboraciones de Sol Tax, con *Ethnic Relations in Guatemala*”, por otro lado, las de Jean Henri Lagassé, Ernest Schusky y James E. Officer que ofrecen, cada uno, una historiografía similar, tanto para los Estados Unidos como para Canadá.

### III

Elemento consustancial en la comprensión del indigenismo boreal lo constituye el escenario del Derecho de los Tratados, surgido en virtud de la diversidad de conflictos armados que como múltiples “guerras agrarias” se habrían desarrollado en el norte de América, de manera tal que constituiría un elemento amortiguador del otro indigenismo, el compromiso contractual —internacional— por parte de Francia, los EUA, la Gran Bretaña, y *a posteriori*, Canadá de suscribir diversos clausulados que les comprometían a respetar las territorialidades indígenas. Bajo esta óptica aparecían los pueblos originarios enmarcados en términos de la soberanía, supremacía y autodeterminación, es decir, bajo la convalidación de los pueblos y tribus, comprendidos como naciones.

En el caso específico de los EUA, la firma del tratado con los indígenas en Delaware, en el año de 1787, da inicio de un período de un siglo en el que el gobierno federal estableció más de seiscientos cincuenta tratados con las naciones indígenas, de los cuales fueron ratificados 370.

Los tratados contenían cláusulas relacionadas con el mantenimiento de la paz, los derechos de caza y pesca de los pueblos originarios, y el reconocimiento por parte de las tribus de la autoridad del gobierno federal o su “protección”.

A partir de la década de 1820, los tratados comenzaron a centrarse en la “cesión de tierras por parte de las tribus” y la creación de reservaciones “bajo la protección del gobierno” federal, como reflejo de la política del gobierno norteamericano reflejada realmente en la remoción de los indígenas de sus territorios originales hacia el oeste, a fin de facilitar la expansión de los Estados Unidos.

El período de los tratados con las tribus indígenas se cerró en 1871, cuando el Congreso declaró que desconocía a las naciones indias como estados extranjeros, y por lo tanto ya no celebraría con ellas tratados, sino que ejercería directamente su poder de legislar sobre ellas.

Sin embargo, es importante precisar que, en el caso canadiense, para determinados efectos la política fincada en tratados aún guarda determinada vigencia y en cuyo caso habría que advertir aquellos ámbitos territoriales que aún conservan los pueblos originarios de Canadá.

En otro ámbito, el Maestro Sergio Ricco advierte a través del análisis de diversos artículos de la precitada revista *América Indígena*, que aleatorio al derecho de los tratados, el *Common Law*, sajón aplicable en los EUA dio prioridad al régimen de propiedad individualizado de la tierra, adoptando el sentido del derecho burgués–capitalista, a las posesiones de los pueblos indígenas, de esta manera se refrendaba al *Acta de Independencia de los Estados Unidos* que refería el derecho humano a la propiedad –privada– confrontando la cosmovisión comunal de las tribus y pueblos de Norteamérica.

En esta tesitura no está por demás parafrasear lo señalado por parte del autor, en relación con Mariátegui: “José Carlos Mariátegui y la aparición de la Asociación Popular Revolucionaria Americana (APRA, creada por Raúl Haya de la Torre) que está tendiendo a integrar las posturas de los indianistas e indigenistas con sus diferentes matices y lograr integrar a la población indígena en el conjunto nacional, equiparándola en beneficios con la minoría nacional privilegiada. El APRA se está constituyendo en un movimiento de masas y sin duda, para Perú, el principal componente de las masas es el contingente indígena. En esta perspectiva se discute: reforma o revolución. El incario se reivindica como posibilidad organizativa de corte comunal (...)”.

En los hechos, la lucha por la tierra y sus bienes en la América Boreal, constituyó desde la visión indianista además de un genocidio–etnocidio, una metamorfosis de los espacios territoriales, ya fuese por las diversas remociones poblacionales o en virtud del “achicamiento” de las superficies agrarias, la incertidumbre de los nativos americanos tiene antecedentes en la *General Allotment Act* de 1887 que, con una intención de la reproducción de capital, redujo los territorios de las tribus de 138,000,000 de acres, a sólo 50,000,000.

Otro elemento cualificado por el autor en el contexto del indigenismo boreal lo constituyó la institucionalización de las reservaciones indígenas, las que *contrario sensu* a la idea de reconocer los territorios indígenas, el Estado capitalista norteamericano y canadiense, y su juridicidad se cifró en delimitar comarcas, las cuales no se correspondían con las demarcaciones originarias, valga en este sentido señalar eventos trágicos como la remoción forzada de las Cinco Tribus “Civilizadas” desde sus territorios en el sudeste a Oklahoma. Los indios fueron obligados a marchar por más de 2.800 kilómetros, en lo que se llamó luego el “Sendero de las Lágrimas”.

En otro ámbito las reservaciones indígenas se enmarcaron en las regiones con nimia calidad, tratándose de tierras áridas y semiáridas y bajo una normatividad que solamente reconoce el usufructo del suelo y no así la propiedad como tal, es decir que el Estado canadiense y norteamericano se arrogaron para sí la hegemonía territorial, de manera que las aguas, bosques, flora, fauna, subsuelo y sus recursos minerales son propiedad del Estado, manteniendo a las etnias como simples espectadores.

Al decir del autor: “Los Estados Unidos funcionan como fiduciarios de los 56 millones de acres que se encuentran en posesión de las tribus indias dentro de las fronteras del país y participa como agente inmobiliario, recaudador de rentas y distribuidor de las mismas. A estas acciones se suman otras de interés social al fideicomiso: conservación de suelos, irrigación, mejoramiento pecuario y agrícola”.

No está por demás señalar que el autor sugiere que estos aspectos adquirieron singular importancia a través de la política del *Indian New Deal* establecida a partir de los años treinta, fincada por John Collier, y en cuya consecución jugó un papel primigenio el presidente Franklin Delano Roosevelt.

Más allá de las diversas contradicciones en que se sitúan los pueblos originarios de América del Norte encontramos de igual manera, una gama de dinámicas reivindicativas, en el marco del indianismo, que van desde la adopción de acciones ante los órganos de justicia, hasta la movilización de los pueblos en una lucha constante contra la extracción de los recursos naturales y fundamentalmente contener el impacto ambiental, en esta tesitura encontramos, por ejemplo, los movimientos de los años sesenta y setenta del poder indio, red power, vinculada con otras “minorías étnicas” en Estados Unidos y Canadá, reivindicando diversos derechos civiles y políticos.

## IV

La narrativa desarrollada por el Maestro Sergio Ricco contribuye de manera trascendente en la comprensión del otro indigenismo (...) el boreal en cuyos patrones de adaptación ideológica-política subyace en plenitud una visión racista, cerremos con Foucault quien señala:

En efecto, ¿qué es el racismo? En primer lugar, el medio de introducir por fin un corte en el ámbito de la vida que el poder tomó a su cargo: el corte entre lo que debe vivir y lo que debe morir. En el

continuum biológico de la especie humana, la aparición de las razas, su distinción, su jerarquía, la calificación de algunas como buenas y otras, al contrario, como inferiores todo esto va a ser una manera de fragmentar el campo de lo biológico que el poder tomó a su cargo; una manera de desfasar, dentro de la población, a unos grupos, con respecto a otros (...) Ésa es la primera función del racismo, fragmentar, hacer censuras dentro de ese continuum biológico que aborda el poder.



Jaime Allier Campuzano. **El nuevo sistema de justicia laboral en México y su repercusión en el juicio de amparo.**  
México, Porrúa, 2021

Carlos Reynoso Castillo\*

El nuevo sistema de justicia laboral en México y su repercusión en el juicio de amparo, es un breve libro que aborda las interrogantes actuales del sistema laboral mexicano que entró en vigor el 2 de mayo de 2019 en donde se establecen novedosos cambios a la Ley Federal del Trabajo.

Antes de hablar sobre los cambios a esta ley y su trascendencia al juicio de amparo en nuestro país, es importante destacar que el autor incluye un primer capítulo enfocado a los antecedentes que dieron origen a los cambios de esta ley en 2019, destacando puntos importantes como el año 2017 en donde se emite la declaratoria de constitucionalidad por parte de la Cámara de Diputados como la aprobación del nuevo proyecto que modificó los artículos 107 y 123 constitucionales que gestarían un nuevo modelo de justicia en materia laboral en México.

En su segundo capítulo, el autor explica las novedades del sistema laboral mexicano de 2019, siendo muy puntual en los temas que trajo esta reforma, al destacar temas como la democracia sindical, negociación colectiva y como punto clave la creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, el cual tiene hoy un papel importante en el registro de los sindicatos y sus actividades, así como en materia de estatutos sindicales y rendición de cuentas de los sindicatos, sin dejar de tocar el tema de la hoy denominada “cons-

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

tancia de representatividad”, que la ley presenta como un requisito importante para acreditar la representatividad de los sindicatos. También en este mismo capítulo, el autor aborda otros temas como los nuevos juicios laborales y particularidades en el nuevo procedimiento ordinario, así como los problemas que puede traer consigo la anterior ley como la “transitoriedad de la nueva Ley Federal del Trabajo”, comentando en qué supuestos se deben aplicar estas dos leyes en los casos concretos. El autor no solo estudia las problemáticas que trae consigo esta nueva ley en materia del trabajo en el procedimiento ordinario, sino que amplía su visión en un terreno igualmente importante como lo es juicio de amparo; ya que, es en ese terreno donde se habrán de precisar, con los años, los alcances de las reformas a la legislación laboral. Así mismo, el autor en su tercer capítulo, analiza los retos en el juicio de amparo indirecto, brindando una serie de ejemplos que enriquecen al lector para reflejarlos en el ámbito de la práctica junto con jurisprudencias que presentan esta obra como un pequeño compendio que constituye una herramienta invaluable para los expertos en materia laboral, lo cual se ve enriquecido con interesantes comentarios puntuales.

Los casos que explica el autor sirven para estudiar los supuestos que marca la ley de amparo, como el amparo contra leyes, actos que provienen de autoridades distintas de los tribunales laborales, actos de tribunales de trabajo fuera de juicio o después de concluido, actos en el juicio de imposible reparación, actos ejecutados dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas a éste y actos de autoridad que determinen inhibir la competencia o el conocimiento del asunto.

Y para concluir, el autor cierra su obra con los supuestos en que procede el amparo directo contra sentencias o resoluciones que ponen fin al juicio en materia laboral.

En los últimos dos capítulos, el autor se enfoca en las jurisprudencias más importantes sobre cada caso de procedencia del amparo directo e indirecto y cómo usarlos correctamente; dado que, la mala práctica de este mecanismo puede llevar a que el abogado postulante cometa errores que puedan trascender en la sentencia emitida por el juez; por lo que el autor, busca enseñar con distintos ejemplos, la aplicación correcta del juicio de amparo en cada momento oportuno como en el caso de un incidente antes de la ejecución de la sentencia o el desechamiento de la demanda por el secretario instructor.

Como puede advertirse, estamos ante una obra breve y sencilla, pero que resulta de gran utilidad para los interesados en el mundo del trabajo y en particular para quienes quieren adentrarse en las implicaciones de la reforma laboral de 2019 en materia de juicio de amparo.

Como es sabido el Estado mexicano emprendió, desde el año 2017, una trascendente reforma laboral en varios de sus temas estructurales, como son la libertad sindical, la contratación colectiva y el modelo de justicia laboral; en ese sentido, nos encontramos en México en una etapa de implementación del nuevo modelo laboral y obras como la que aquí se comenta son de gran utilidad para ir entendiendo los alcances e implicaciones de los cambios recientes a la legislación laboral mexicana.



# Azcapotzalco historia, raíces y transformación

Ana Marisol Resendiz Pizarro\*  
Marcelino Peña Fernández\*\*

El punto de partida de la historia de Azcapotzalco comenzó con la fundación de Azcapotzalco en 1132 en un inicio en Tlilhuacan con la siembra de los siete ahuehuetes que representaban a los siete sabios tepanecas, y con la presencia de la pareja formada por Matlacoatl el atrapador de serpientes como lo menciona la etimología derribando un mito fundacional donde solo los mexicas, se alimentaban de las serpientes, y también estaba presente su pareja Azcuelli la venerable hormiga de la casa de Quetzalcóatl.

Azcapotzalco es un vasto territorio cultural con una gran tradición ancestral aquí se reunieron las distintas naciones que venían del mítico Chicomoztoc y compartían la lengua náhuatl así como su, cosmovisión como se asienta en el códice Boturini; pero a pesar de los fenómenos existentes de transculturización, entre las visiones mexica, tecpaneca y hñahñu; todas estas visiones del mundo cohabitaron compartiendo el mismo territorio; las mismas creencias y las mismas concepciones de la realidad. Sin embargo los tepanecas se distinguieron por ser los constructores y los grandes señores, así como los organizadores de un estado y gobierno, hicieron honor a lo afirmado en su gentilicio, se dedicaron a erigir importante construcciones como la gran Teocalli Tepaneca que se encontraba ubicada en lo que hoy es la catedral de

\* Especialista en Literatura mexicana del siglo XX, Profesora-Investigadora de la UNAM, Fes-Acatlán.

\*\* Cronista de Azcapotzalco del pueblo de San Martín Xochinahuac.

Azcapotzalco y estaba dedicada a la dualidad Quetzalcóatl Tezcatlipoca (sin olvidar la importancia de los cultos ancestrales a los señores de la muerte Mictlantecuhtli y Mitlanziuatl, ampliamente extendidos en el tepanecan por la ubicación geográfica de Azcapotzalco hacia el norte es decir hacia el Mictlán). Además la historia de Azcapotzalco tiene personajes sumamente zcuhtli que significa el señor constructor, también llamado el señor Yacateltel, que significa el de la única nariz de piedra también se le llamo Tezozomohltli y por ser un hombre sabio y longevo fue Tezozomoc; su esposa principal se llamó Iztacxohitl que significa flor blanca; tuvo muchos hijos: Maxtla al que su padre le había asignado el gobierno de Coyoacán; sin embargo al fallecer Tezozomoc, no respeto su voluntad y se rebeló contra su hermano Tayatzin que había sido elegido para el gobernar el señorío de Azcapotzalco. La historia de nuestra alcaldía se remonta a una organización comunal, motivo por el cual Romero Vargas Iturbide denomo a estos altepetl ciudades estados como los “Gobiernos Socialistas del Anáhuac” que también funcionaban filosóficamente en el concepto dualidad de dualidades y con la influencia cultural de la toltequidad entre otros compendios de cosmovisiones mesoamericanas. Yo agregaría que los antiguos mexicanos también eran ecológistas por el profundo respeto que tenían hacia la naturaleza en todas sus formas y por medio de la idea de la ofrenda transmitían de generación en generación así como; el sabio concepto de que el hombre debía entregar algo a cambio de todos los portentos que la naturaleza le da para sostener su vida en la tierra en intlactipac, lo que queda asentado en las poemas de los poetas de la cosmovisión del mundo náhuatl algunos antologados por León Portilla en *Quince poetas del mundo náhuatl*, y *Cantares mexicanos* de Ángel María Garibay en ambos textos se puede vislumbrar la importancia del desarrollo cultural, donde se expresa ampliamente el tema de lo filosófico y político de los antiguos mexicanos; dichas visiones, eran propias del Tepanecapan. Los asentamientos humanos en Azcapotzalco se organizaban en los calpultin; que contaban con unas escuelas comunitarias; donde se enseñaban diversos oficios que distinguían a cada calpulli, (artes y oficios que preservaban sus secretos de generación en generación) contaban con su propio topónimo en la lengua náhuatl que designaba aspectos geográficos y culturales de cada lugar con su representación iconográfica, que describía la flora y la fauna del lugar, y que ahora forman parte fundamental de los ahora denominados Pueblos y Barrios Originarios dichos nombres que en un principio pertenecían a los

calpultin después de la conquista pasaron a ser Barrios Originarios conservando su nombre náhuatl; a pesar de llevar primero el nombre cristiano que los distingue, en la actualidad; en el complejo entramando del sincretismo cultural de las fiestas agrícolas, de las veintenas que eran dedicadas al agradecimiento a la Tierra, fueron sustituidas por las fiestas patronales, sin embargo los elementos culturales siguieron presentes como la importante presencia de las ofrendas y el día de muertos en Azcapotzalco, la razón mitológica es porque en debemos buscar el hormiguero glorioso donde Quetzalcóatl descendió para convertirse en hormiga y obtener el primer grano de Zenteotl el primer maíz tierno y sagrado. De la misma manera para los tepanecas la palabra ahuehuete que significa los viejos del agua y que se consideraban sabios venerables reflejos necesarios de la nobleza tepaneca, cada sabio debía tener su árbol especial y cuidar de él como nosotros ciudadanos de esta época cuidaríamos de otro ser humano por ello en el centro de cada calpultin había una glorieta de ahuehuetes que eran los siete sabios tepanecas; para las pueblos de origen náhuatl el cuidado de la naturaleza y de los cuerpos de agua era muy importante, según lo hace constar “La tira de la peregrinación” documento también llamado “El andar de los Aztecas” donde se indica que dichas naciones provienen del mítico Chicomóztoc además que se infiere que realizaban dicho andar para la realización del calendario astronómico para la siembra, llamado tonalpohualli, pero también tuvo un sentido ecológico pues fue para reforestar todo el país en un glorioso proceso histórico donde los árboles eran concebidos como sabios sagrados. En la actualidad Azcapotzalco cuenta con un nutrido patrimonio histórico cada barrio nos muestra el rostro de una leyenda local que se renueva, cada barrio tiene su llorona, su catrina, su nahual, su tesoro escondido, su lucha por conservar su identidad en los albores de esta postmodernidad inacabada (...) Ahora solo nos queda la añoranza de la gran Teocalli Tepaneca o del tianguis prehispánico lugar donde se desarrollaban los entramados políticos de la pochtecayotl, y los intercambios comerciales del trueque que serían un ejemplo en la actualidad; de cómo puede funcionar una sociedad sin dinero pero con la riqueza del alimento; que daría por ver a los pochtecas de la nobleza tepaneca con sus imponentes atuendos, o por ver en todo su esplendor a los ahuehuetes de Tlilhuaca y a los rituales que ahí se realizaban.

Azcapotzalco también ofrece la construcción de distintas identidades en los nombres de sus calles esta una invitación a seguir investigando, nuestro

glorioso pasado, los nombres de los barrios encierran secretos hoy inscritos en la palabra así como los antiguos cultos (...) Azcapotzalco tierra de artistas y de cronistas (...) nuestra querida alcaldía no solo se posee un magnífico pasado prehispánico también estuvo presente en la última batalla de la Independencia heredándonos la valentía de Encarnación Ortiz alias el Pachón, además Azcapotzalco también estuvo presente en el periodo revolucionario, y en la actualidad todos estos elementos históricos cohabitan constituyendo un nutrido territorio cultural.

Recordando que la fundación de Azcapotzalco comenzó en el barrio ancestral de Tlilhuaca, que su topónimo en lengua náhuatl significa Tlilhuacan, donde abunda lo oscuro o el lugar de la oscuridad, lo que significa, es que también es un lugar que fungió como observatorio astronómico, también fue un lugar donde los antiguos tepanecas realizaron diversos rituales en honor a la Tierra, además de cultivar lo que ahora se denomina medicina natural, desafortunadamente todas estas prácticas ancestrales y rituales espantaron a los españoles que en la etapa colonial se dedicaron a secar el ojo de agua del lugar asociándolo a prácticas paganas brujeriles. Para posteriormente fundar la gran Teocalli Tepaneca culto dual Quetzalcoatl Tezcatlipoca en lo que ahora es la avenida Azcapotzalco.

Pero volviendo a épocas prehispánicas los antiguos tepanecas; entregaron diversas ofrendas al ojo de agua que constituía el centro del altepetl de Tlilhuaca que es un lugar muy interesante que comparte una hermosa leyenda, se dice que a la llegada de los tepanecas a poblar la cuenca del valle de México traían unas preciadas semillas de una planta ancestral llamada ahuehuete; que en náhuatl significa los viejos del agua; en esos tiempos las sociedades mesoamericanas tenían un gran culto a la naturaleza entonces en Tlilhuaca había siete sabios tlamatíne (mostrado la importancia que le daban dichas naciones a la educación, proceso que no se detenía ni aunque fueran nómadas, aunado a sus jornadas de transculturización y asimilación cultural) que reflejaron su nobleza en siete ahuehuetes que fueron sembrados en las laderas del ojo de agua del lugar, de esos siete sabios solo queda uno en pie en la actualidad.

En las sociedades de cosmovisión del mundo Náhuatl el sabio tenía una labor sumamente importante como definió Miguel León Portilla en su libro *La filosofía Náhuatl estudiada en sus fuentes*; refiriéndose al sabio como una luz que no ahúma, y refiriendo que él es autor de la tinta negra y roja, es decir

que es el escritor de los y pintor de los códices, Tlacuillo, así en Azcapotzalco llegan dichos sabios que también se ocupan de aspectos de formación del individuo, mostrándonos lo importante que fue para los antiguos mexicanos una educación integral, enfocada en saberes y valores, educación que fue impartida las escuelas comunitarias Cuicacalli, Tepozcalli y también en la escuela de élite Calmecac.

Pero volviendo al Topónimo Tlilhuacan y su trascendencia en la historia de Azcapotzalco, es una piedra de obsidiana que representa a Tezcatlipca negro y los cultos originarios a los señores de la muerte y el conocimiento que revolotea color amarillo, en forma de alas, también hay crónicas que aluden color de la tierra fértil oscura y otras que lo ubican como un observatorio astronómico estratégico.

En la actualidad Azcapotzalco y Tlilhuacan cuentan con un nutrido patrimonio histórico cada barrio nos muestra el rostro de una leyenda local que se renueva, cada barrio tiene su llorona, su catrina, su nahual, su tesoro escondido, su lucha por conservar su identidad en los albores de esta postmodernidad inacabada (...).

Azcapotzalco también ofrece la construcción de distintas identidades en los nombres de sus calles esta es una invitación a seguir investigando, nuestro glorioso pasado, los nombres de los barrios encierran secretos hoy inscritos en la palabra así como los antiguos cultos Tepanecapan.

En la actualidad tlilhuaca ofrece diversos atractivos arquitectónicos como su iglesia, el panteón y la arquitectura de este barrio ancestral, otro de sus atractivos propios de su patrimonio cultural son todas sus leyendas entre ellas destacan la leyenda de los nahuales que son seres humanos que tiene la capacidad de transformarse en distintos animales, para realizar maldades o vivir una vida alterna en otras ciudades paralelas a la nuestra. Este hermoso lugar ha sido motivo de diversas investigaciones históricas y ha motivado una que otra obra literaria.

Además de ofrecer un místico y colorido camino mágico que ofrece una maravillosa experiencia estética a propios y extraños.

Haciendo un viaje hacia la modernidad sin olvidarlos valores culturales y educativos defendidos en Azcapotzalco en el año 1974, el 11 de noviembre de este año, fue cuando la UAM abrió sus puertas en aquel momento era la delegación de Azcapotzalco, que en este momento dicha demarcación según el

INEGI en aquellos tiempos contaba con 688 mil habitantes, mientras que en la actualidad la Alcaldía cuenta con 416 mil habitantes.

La creación de la UAM Azcapotzalco representó una gran transformación del territorio, evidentemente un gran acierto para propiciar la restauración del tejido social además de constituirse como una opción para el cultivo de disciplinas científicas y humanísticas, cambiando incluso la composición de territorio.

La creación de la UAM Azcapotzalco se constituyó como una maravillosa oferta educativa que continuó con la vasta tradición prehispánica educativa de las escuelas ancestrales Cuicacalli escuela de flor y canto, Tepochcalli escuela de la juventud y Calmecac escuela de élite, y guerra.

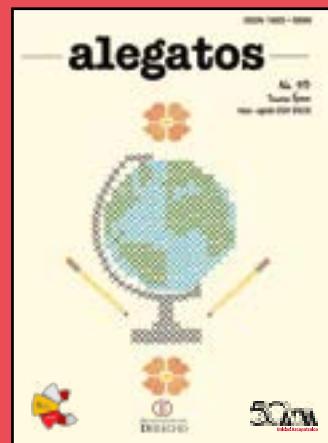
La UAM representó una alternativa para los cambios hacia el Azcapotzalco industrial, y una casa abierta al tiempo para el desarrollo de los tepanecas.

En conclusión debido al basto patrimonio cultural de Azcapotzalco, que abarca desde el México prehispánico con la fundación del Tepanecapan y la visión cultural de la cosmovisión del mundo náhuatl así como las miradas de las tres naciones tepaneca, mexica y Hñahñu, que estuvieron confluyendo en este territorio, sin olvidar la importancia de Azcapotzalco en diversos períodos de la historia como la Independencia y la Revolución, hasta nuestros días; se quiere de un panorama amplio de políticas de protección cultural como la creación de un centro de estudios históricos y sociales de Azcapotzalco así como la protección a los Pueblos y Barrios Originarios.

Pues en el reconocimiento de nuestro glorioso pasado, está cifrado el éxito de nuestro futuro, teniendo un modelo de funcionalidad en el modelo del calpulli, que habilmente se continuó con la enseñanza universitaria en la UAM Azcapotzalco para transformación de territorio y bienestar de los tepanecas.

En conclusión los procesos educativos iniciados en la antigüedad, por los antiguos tepanecas muy preocupados por el tema educativo se consolidó en la modernidad con la fundación de la UAM Azcapotzalco “Casa abierta al tiempo” y al conocimiento para todos los moradores del Territorio cultural de Azcapotzalco.

Otras publicaciones  
institucionales



# alegatos

## *Doctrina*

**Arturo Berumen Campos**

Dialéctica negativa de la Teoría Pura del Derecho

**Jaime E. Ortiz Leroux**

Revolución o reforma: las aporías entre soberanía política y emancipación

**Juan J. Céspedes Hernández**

La naturaleza jurídica de las contribuciones.

Un debate vigente. Primera parte

**Aldo R. Medina García y Pamela L. Fernández Reyes**

El control parlamentario de los tratados en los albores  
del constitucionalismo moderno

**Mario Santiago Juárez**

El cumplimiento de los Derechos Sociales:  
retos, judicialización y el rol del Estado

## *Investigación*

**Gerardo González Ascencio**

La labor científica del médico Leopoldo Salazar Viniegra en México  
y el Reglamento Federal de Toxicomanías de 1940

**Luis E. Oliver López**

Los nuevos paradigmas de la seguridad social en México

**Ana L. Silva López**

Oportunidades para una política energética sostenible

**Ilse Badillo Hernández**

Consolidación de las tiendas de conveniencia  
y sus condiciones laborales

## *Reseñas y Documentos*

**Carlos H. Durand Alcántara**

Indigenismo Boreal

**Carlos Reynoso Castillo**

El nuevo sistema de justicia laboral en México y su repercusión en el juicio de amparo

**Ana M. Resendiz Pizarro y Marcelino Peña Fernández**

Azcapotzalco historia, raíces y transformación

