

alegatos

VERSIÓN
DIGITAL



94

(Segunda Época)
Septiembre-diciembre 2016

\$ 50.00

ISSN 2007 - 6916

**LA CONSTITUCIÓN
A DEBATE**

**MATRIMONIO
IGUALITARIO: UN
DERECHO VIOLENTADO
EN CHIAPAS**

**EL SISTEMA DE
PROPIEDAD
INTELLECTUAL Y LA
PROTECCIÓN DE LOS
CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES.
APUNTES NECESARIOS**

CSH *División
de Ciencias
Sociales y
Humanidades*

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Universidad
Autónoma
Metropolitana



Casa abierta al tiempo Azcapotzalco



Comité Editorial:

Dr. Carlos H. Durand Alcántara
Dr. Carlos Reynoso Castillo
Dr. David Chacón Hernández
Dr. Fernando Tenorio Tagle
Prof. Javier Huerta Jurado
Mtro. Luis Figueroa Díaz
Dr. Octavio F. Lóyzaga de la Cueva
Dr. Ramiro G. Bautista Rosas
Dra. Sofía Magdalena Cobo Téllez

Coordinadores:

Director

Prof. Javier Huerta Jurado

Secretaria Editora

Lic. Ana Laura Silva López

Ayudante Editorial

Lic. Jessica García Camargo

Traductora de abstracts

Sofía Isabel Ramírez Villalobos

Alegatos, Revista del Departamento de Derecho, año 31, Número 94, Segunda Época, septiembre-diciembre de 2016, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana, a través de la Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades. Prolongación Canal de Miramontes 3855, Col. Ex-Hacienda de San Juan de Dios, Deleg. Tlalpan, C.P. 14387 México, Ciudad de México y Av. San Pablo 180, Edificio E, salón 004, Col. Reynosa-Tamaulipas, Deleg. Azcapotzalco, C.P. 02200 México, Ciudad de México, Tels. 53 18 94 12 y 53 18 91 09, Apartado Postal 32-031, México 06031, D.F. www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos, alegatos@correo.azc.uam.mx. Editor responsable: Prof. Javier Huerta Jurado. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2002-112110394400-102 del 21 de noviembre de 2002, ISSN: 2007-6916, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor. Certificado de Licitud de Título No. 5305, Licitud de Contenido No. 4085, ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Fecha última de modificación en enero de 2017 tamaño del archivo 11.45 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. previa autorización de la Universidad Autónoma Metropolitana.

alegatos

(Segunda Época)
Número 94 (septiembre - diciembre 2016)

Directorio:

Rector General	<i>Dr. Salvador Vega y León</i>
Secretario General	<i>Mtro. Norberto Manjarrez Álvarez</i>
Rector de la Unidad Azcapotzalco	<i>Dr. Romualdo López Zárate</i>
Secretario de la Unidad	<i>Mtro. Abelardo González Aragón</i>
Director de la División	
de Ciencias Sociales y Humanidades	<i>Dr. Oscar Lozano Carrillo</i>
Secretario Académico de la División	<i>Lic. Miguel Pérez López</i>
Jefe del Departamento de Derecho	<i>Lic. Gilberto Mendoza Martínez</i>
Coordinador de Difusión	
y Publicaciones de la División	<i>Dr. Saúl Jerónimo Romero</i>

Colaboradores y Árbitros:

Dr. Armando Bartra Vergés (UAM-Xochimilco); Dr. Bernardo Romero Vázquez (Universidad Autónoma de Querétaro); Dr. Carlos Darío Espósito Massicci (Universidad Autónoma de Madrid); Dr. Enrique González Rojo Arthur (Filósofo y Poeta); Dr. Hugo Barreto Ghione. (Universidad de la República de Uruguay); 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. Luis de la Barreda (Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos, UNAM); Dr. Manuel González Oropeza (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Raffaele de Giorgi (Universidad de Salento); Dr. Rene Kuppe (Universidad de Viena); Dr. Salvador Darío Bergel (Universidad de Buenos Aires); Dra. Thais Lucia Colaço (Universidad de Santa Catarina, Brasil); Carlos Guerra Aguilera, (Instituto Federal Electoral); Dra. Loretta Ortiz Ahlf (Universidad Iberoamericana); Correa, C. M. (Universidad de Buenos Aires); Dra. Beatriz Pallarés, (Universidad Nacional del Litoral); Orozco, J. L. (UNAM); Bacigalupo, E. (Universidad Complutense).

alegatos

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

Precio por número: \$ 50.00

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

(Segunda Época)

Número 94 (septiembre - diciembre 2016)

Correspondencia y suscripciones a:

Departamento de Derecho: alegatos@correo.azc.uam.mx. Tel.: 5318-9412

Página electrónica: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos>

División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Azcapotzalco,

Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Del. Azcapotzalco, C.P. 02200, México, Ciudad de México (estación El Rosario del metro).

Diseño de portada: Alegatos/Adrián Promotor

Imágenes de portada: (artesanos indígenas: www.unicodiaronline.com), (bordado wichol: travelinkgo.wordpress.com), (boda gay: www.pinterest.com), (sembradio: mapio.ne).

Corrección de estilo: Alegatos/Alejandro Abarca Reyna, Itzel Hernández A.

Cuidado de la edición: Alegatos/**K** Edición e Impresos

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

alegatos 94

(Segunda Época)
(septiembre - diciembre 2016)

Sección Doctrina

- | | | |
|---|-----|--|
| La Constitución a debate | 529 | <i>Alejandro del Palacio Díaz</i> |
| El sistema de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales. Apuntes necesarios | 537 | <i>Yeney Acea Valdés</i> |
| Matrimonio igualitario: un derecho violentado en Chiapas | 557 | <i>Karla Beatriz García Arteaga
Fabián Ricardo Acero Galindo
Arcadio Zebadúa Sánchez</i> |
| Los progresos recientes en el desarrollo del derecho ambiental mexicano: del comando y control a la reparación del daño ambiental | 571 | <i>José Juan González Márquez
Ivette Montelongo Buenavista
Anayeli C. Cedeño León</i> |
| El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades | 603 | <i>Antonio Salcedo Flores</i> |

Sección Artículos de Investigación

- | | | |
|--|-----|------------------------------------|
| El derecho agrario en México en la era del nuevo imperialismo. Pérdida y readecuación de su sentido social | 625 | <i>Alejandro Santiago Monzalvo</i> |
| Realidad de la mediación en las leyes de hidrocarburos y de la industria eléctrica | 647 | <i>Martha E. Estrada González</i> |

Sección Reseñas y Documentos

- | | | |
|---|-----|-----------------------------------|
| Manuel Bartlett Díaz y Rosío Vargas, <i>Reforma energética: el poder duro y consensuado para imponerla</i> , México, Senado de la República, diciembre, 2012 | 667 | <i>Nicolás Domínguez Vergara</i> |
| Ronald Dworkin, <i>Tres cuestiones para América</i> , (<i>Three Questions for America</i>) | 673 | <i>Liliana Fort Chávez</i> |
| Edward Said, <i>Orientalismo</i> , (ensayo) de bolsillo, 2 da., México, marzo de 2016, Barcelona, Penguin Random, 2002, tendencias de Castillas, Ma. Luisa Fuentes, 1990, 512 pp. | 679 | <i>Carlos H. Durand Alcántara</i> |

Alejandro
del Palacio Díaz*

La Constitución a debate

Resumen

Este ensayo tiene como finalidad contribuir al debate, en el marco de la conmemoración del centenario de la promulgación de la Constitución, soporte de las instituciones del país. Pretendemos, no sólo dar testimonio y juicio, sino para llevar por los horizontes de la patria un llamado que vuelva a incendiar las conciencias y reviva la pasión por la libertad y la justicia social que alientan, todavía y a pesar de todas las adversidades, la Constitución del Estado Social de todos los mexicanos, promulgada hace casi 100 años y que hoy con razón celebramos.

Abstract

This essay aims to contribute to the debate, within the framework of the commemoration of the centenary of the promulgation of the Constitution, support of the institutions of the country. We aim not only to give testimony and judgment, but also to carry through the horizons of our homeland a called that will reignite the consciences and revive the passion for freedom and social justice that still encourage, despite all the adversities, the Constitution Of the Social State of all Mexicans, promulgated almost 100 years ago and which we rightly celebrate today.

Sumario: I. De la Revolución a la Constitución / II. Derecho y Constitución vs. conservadurismo / III. Constitución y justicia social / IV. De la Constitución a la Revolución / Fuentes de consulta

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

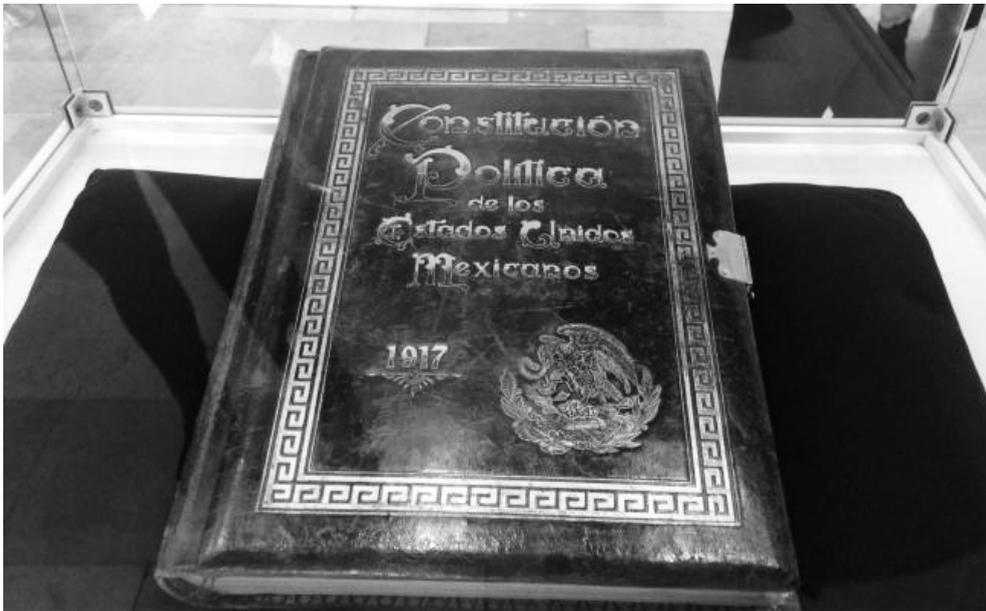
I. De la Revolución a la Constitución

En 1916, cuando vencidas la dictadura y la usurpación, el fragor de la lucha revolucionaria, aún no llegaba a su fin por las diferencias entre los jefes armados, sea por sus aspiraciones personales o por la incompatibilidad entre las distintas corrientes políticas que confluye en la Revolución. Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo de la República, que en defensa de la Constitución de 1857 mantiene viva la causa de Madero, convoca al Constituyente de 1916-1917 para darle a México una nueva Constitución, pero reformada la de 1857, debido a la presión extranjera por el temor de que los movimientos sociales que alientan la Revolución se radicalicen y se conviertan en norma.

Así, desde su origen, la Constitución de 1917 se promulga y abre paso entre la ambigüedad y las contradicciones, derivadas de la tendencia que sólo pretende una reforma limitada por los principios del Estado Liberal propio del siglo XIX, opuestas al empuje de los constituyentes decididos a convertir las reivindicaciones revolucionarias en leyes constitucionales, así fuera respetar las buenas costumbres de la técnica legislativa imperantes en la época, los constituyentes se proponen, no con plena conciencia de los alcances de sus innovaciones, plasmar en la Constitución de la Revolución, de manera clara y precisa, los derechos de los obreros y los campesinos a la tierra y el trabajo digno; convencidos también del derecho de todos los mexicanos a la educación laica, gratuita y obligatoria, y decididos a ponerle cananas y una carabina 30-30 al Cristo crucificado para lograrlo, pues si el pueblo había emprendido una revolución política, el constituyente podría llevar a cabo una revolución jurídica, congruente con la idea de que en el fondo toda revolución social entraña la substitución de una idea de justicia por otra que deje atrás la normalidad de la injusticia para establecer la normatividad de la justicia que dé nueva guía a la organización social.

II. Derecho y Constitución vs. conservadurismo

La profundidad de los cambios productores de los nuevos derechos, como sucede con toda revolución, impide su establecimiento inmediato y, en consecuencia, la Constitución adquiere un carácter programático que orienta la acción del pueblo y gobierno, pero ahonda las contradicciones y ambigüedades de origen y da oportunidad a las corrientes conservadoras del viejo régimen para argumentar su condena y sostener su ineficacia por fijar límites imposibles de cumplir y demagógicos; esgrimida a partir de la falsa oposición normativa entre eficacia jurídica y programa político; ocultando que al derecho le es inherente su dimensión proyectiva, presente lo mismo en un contrato civil que en la norma constitucional, negando que si el derecho es guía de la conducta debe ser programa de acción.



www.eluniversal.com.mx

A cien años de la obra del constituyente, los cambios del rumbo político han hecho reaparecer las censuras a la Constitución con tanta o mayor virulencia con las que afloran desde su promulgación e inicio de vigencia, más graves ahora porque provienen también de los círculos oficiales herederos de los gobiernos de la revolución.

A cien años de la obra del Constituyente, los cambios del rumbo político han hecho reaparecer las censuras a la Constitución con tanta o mayor virulencia con las que afloran desde su promulgación e inicio de vigencia, más graves ahora porque provienen también de los círculos oficiales herederos de los gobiernos de la revolución, hoy inexplicablemente aliados con quienes siempre han sido sus enemigos y comparten la pretensión de hacerla eficaz adaptándola a la realidad de los hechos, adoptando, sin recato alguno, la *real politik*, actitud que niega al derecho su capacidad de guiar la conducta y orientar al ser por el deber ser, los hechos por el derecho y refrenda la ruta de la claudicación seguida desde hace más de 30 años, consumada con las reformas estructurales que convierten el Estado social fuerte de la Constitución de 1917, nuevamente en un Estado liberal dependiente impuesto desde las oficinas del Imperio Bárbaro del Norte, conforme al ignominioso destino manifiesto para vergüenza del pueblo y gobierno, que culpan a las leyes de los errores y debilidades de los hombres; de unos por no aplicarlas y ejecutarlas como es su deber y de otros por no demandar su cumplimiento, con la energía necesaria, por olvidar que la realización de la justicia es inseparable de la lucha por el derecho que a todos compromete, y es deber de todos no abandonarla, deber ineludible sobre todo de los abogados que juraron hacer de su profesión una lucha permanente por ella y

en especial de los constitucionalistas, que obligados a ser juristas entre los políticos y políticos entre los juristas, han faltado a la responsabilidad de ser sus guardianas y defensores.

III. Constitución y justicia social

El programa de la Constitución, para hacer de la educación un derecho de todos, condujo a los gobiernos de la república a abrir escuelas por todo el territorio nacional, emprender las jornadas de la educación rural, llevadas a cabo por jóvenes y adultos en sierras, valles, costas y playas. Actividades con la que no sólo enseñaron a leer a hombres, mujeres y niños, sino que llevaron a ellos la conciencia del nuevo derecho de la justicia, que abrió los edificios públicos al pueblo para hacer de ellos palacios del saber y las artes, donde los pinceles de Diego Rivera y José Clemente Orozco plasmaran la identidad cultural del mexicano e hicieran del indígena, del obrero y del campesino los protagonistas del arte y origen y destinatarios de la cultura nacional, conciencia viva de la lucha por la justicia y la libertad. Mucho tiempo antes de que los gobiernos renunciaran a la tarea de formar ciudadanos y fuera mutilado el artículo 3° de la Constitución, y la enseñanza se convirtiera en mercancía y derecho a la ignorancia, de que los gobiernos abandonaran la educación pública y entregaran la instrucción escolar a los particulares para cumplir en ella la ley de la oferta y la demanda, antes también de que el gobierno renunciara a su deber de fomentar la cultura para todos, como en los tiempos idos en que los artículos 3° y 73 fueran fundamento normativo para conservar la historia nacional y proteger las zonas arqueológicas, abrir museos y promover el arte y las ciencias; tiempos de la creación del INBA, las compañías de teatro, danza y teatro; cuando la literatura mexicana adquiere su rostro propio como algún día lo demandara Ignacio Manuel Altamirano; tiempos en los que todavía no se hacía de la cultura el gran negocio del ocio para

El Constituyente de Fuego, denunciara, han venido a México a especular y a aprovecharse del esfuerzo humano y su avaricia insaciable sigue haciendo de los mexicanos sirvientes en su patria con el auspicio de funcionarios tan profesionales como apátridas.

satisfacción, riqueza y poder de los empresarios que hoy hacen de los símbolos patrios, con la tolerancia oficial, artículos de consumo y adornos de espectáculos comerciales y la educación, lejos de propiciar, como lo ordena el artículo 3° “El pleno desarrollo de las facultades humanas”, se destina a satisfacer las demandas de la iniciativa privada de investigación y fuerza de trabajo baratas y abandona a los egresados de los institutos de investigación públicos, al mercado de trabajo enajenado y, conforme a la modernidad, proclaman las reformas estructurales que

producen el pequeño ejército de emprendedores ajenos a los problemas nacionales y portavoces inconscientes de los intereses de los grandes capitales, que igual hacer 100 años, Francisco Múgica, El Constituyente de Fuego, denunciara, han venido a México a especular y a aprovecharse del esfuerzo humano y su avaricia insaciable sigue haciendo de los mexicanos sirvientes en su patria con el auspicio de funcionarios tan profesionales como apátridas.¹

Al amparo del Artículo 123 nace el movimiento obrero y se crean las grandes centrales y lleva la conciencia de los derechos laborales a los talleres y las fábricas, y forma una de las bases de apoyo a los gobiernos de la Revolución, que terminan desligados de su función política en nombre de la democracia individualista, reinstalada por las reformas al Régimen Electoral que prohíbe a los sindicatos, conforme al artículo 54, reformado una y otra vez desde 1994, participar en los partidos políticos y socavar de esta manera la reforma de 1977, que posterior al ingreso de México a las democracias del partido con López Mateos, impedía con el tiempo gratuito en radio y televisión, y su financiamiento otorgado por el Estado, la intervención del dinero como fuente del voto y hacer de las desigualdades económicas la base de la democracia electoral y dar paso a los industriales y comerciantes que hoy pueblan las cámaras de diputados y senadores y en nombre de los cambios estructurales y la modernidad legislan los cambios que hacen transitar del estado de los trabajadores a la democracia de los empresarios y su ejército de la sociedad civil. También han substituido el derecho laboral de los trabajadores generadores de la riqueza, por el derecho laboral protector del capital y convertido a los patrones en los guías corporativos del gobierno, olvidando el tiempo en que el gobierno proponía a los empresarios que se declaraban incapaces de cumplir con las cargas que la Constitución les impone, vendieran sus empresas a pueblo y gobierno para mantener las fuentes de trabajo y la producción, hoy estancada por la falta de inversión pública y la dependencia de la economía del país del libre comercio, que contraviene a los artículos 25, 73 y 131 de la Constitución, relativos a la rectoría económica del Estado y las facultades del Ejecutivo en la materia; que incluye las de regular la economía del país, la estabilidad de la producción nacional y de “realizar cualquier otro propósito en beneficio del país, en nombre de una modernización hecha con la vista puesta en el pasado y la promesa de un futuro que no es el de la nación mexicana, abandonada, como su campo, que los campesinos de pies agrietados han dejado de surcar, reducidos a inmigrantes e indocumentados para generar en otro país la riqueza material que se les ha impedido producir en México. Tiempo después de que el artículo 27 prohíbe el latifundio y trae con la reforma agraria el reparto de tierras y la oportunidad de la industrialización regional, apoyada en el desarrollo de los tecnológicos y el IPN, hasta que la mutilación del artículo elimina virtualmente al ejido y se suprimen los apoyos financieros, materiales y técnicos a los productores campesinos y se entrega el campo a la especulación y la explotación extranjera, y

¹ Alejandro del Palacio Díaz, *Agonía y muerte de la Revolución Mexicana*, México, Claves Latinoamericanas, 1986. pp. 129 y sigs.

los pueblos poblados de ancianos y mujeres, y niños, sobreviven de las remesas en dinero que envían los desplazados y de los productos del narcotráfico, que evitan un mayor colapso económico del gobierno, empeñado en substituir los ingresos del Estado, generados por la explotación de los recursos del suelo, el subsuelo, los mares, los ríos y el espacio aéreo, que la propiedad originaria de la nación hace posible, con los impuestos y una reforma fiscal adecuada, según las características de la economía del Estado Liberal que se introduce en la Constitución para volverla contra sí misma, sitiárla y tomarla por asalto.

La propiedad originaria de la nación, fundamento del régimen económico que en su origen garantiza jurídicamente la justa distribución de la riqueza y el aprovechamiento de los recursos naturales para generarla, con las reformas a los artículos 27 y 28, que reducen el área económica estratégica exclusiva del Estado, han propiciado, poco a poco, la entrega del suelo, el subsuelo, los ríos, las costas y el espacio aéreo al dominio privado, primordialmente extranjero, mediante la venta de empresas públicas, la disolución de organismos descentralizados y la distorsión del régimen de concesiones, que hoy sujeto, con toda transparencia y aplaudido por la rendición de cuentas, a los intereses privados y a la ley de la oferta y la demanda, para culminar con las reformas estructurales, ha dejado a la propiedad de la nación sin atributos y sin objeto.

Las reformas estructurales que han deformado la Constitución, responden a las demandas de los círculos empresariales que alzaron sus protestas desde su promulgación en 1917, las que le negaron eficacia para guiar a pueblo y gobierno, y la virtud de ser arma contra la injusticia, condenas que se reiteran desde hace 30 años en foros públicos y privados y la vulneran al grado de que por la reforma de su artículo 1° se diluyen los fundamentos del Estado social fuerte en la debilidad del Estado liberal dependiente y sujeto a la jurisdicción extranjera introducido por ella.

IV. De la Constitución a la Revolución

Durante los 100 años de vigencia de la Constitución, el mundo ha padecido dos grandes guerras, el ascenso y desaparición de la URSS, la Guerra Fría, la demolición del muro de Berlín y múltiples guerras de invasión, la Revolución cubana, el triunfo de Salvador Allende y el golpe de Estado de Chile; el recrudecimiento periódico de los conflictos religiosos en el Medio Oriente, tras los cuales se esconden grandes intereses económicos, la alteración del orden político internacional por la presencia de las grandes corporaciones privadas, el aumento del terrorismo internacional y el narcotráfico, los peligros derivados de los cambios climáticos, la escases de recursos naturales, la guerra por el petróleo, las migraciones en Europa, África y América, las innovaciones científicas y tecnológicas en los campos de la física cuántica, la biogenética, la cibernética y las telecomunicaciones, la globalización comercial y el dominio imperial del neoliberalismo, la crisis de los partidos políticos. Y en México, un sinnúmero de transformaciones jurídicas, políticas y económicas que han puesto a prueba el régimen constitucional.

Por eso, es tiempo de someter a debate la Constitución y nombrar todo lo que le hace falta para modernizarla y hacerla eficaz, como reclaman voces de la sociedad civil, pero antes debe hacerse el recuento de todo lo que le sobra, lo que le ha sido añadido y la ha vuelto contra sí misma, lo que responde a otra concepción del derecho y la justicia, que la ha traicionado y tomado por asalto. Es también de justicia someter a juicio a quienes decidieron la reducción de la Suprema Corte de Justicia a 11 ministros, como en 1857, y a quienes adoptaron la reforma penal impuesta por el Imperio, que introduce los juicios orales para someter la ley a la negociación de las partes, transforma la violación del derecho en un asunto de intereses privados y protege a los delinquentes conforme a la práctica anglosajona.²

Sí, los 100 años de su vigencia son ocasión propicia para someter a debate a la Constitución, pero antes para llamar a juicio a quienes han reformado su artículo I para reintroducir, para satisfacción y triunfo de sus enemigos, la concepción *jus naturalista* mezclada sin coherencia con demandas de la sociedad civil, amparadas en la parodia de defensa de los llamados derechos humanos que defiende a delinquentes, condena a las instituciones garantes de la seguridad nacional y calla ante la pobreza y el desamparo de millones de mexicanos, ignorados por los organismos públicos y privados defensores del derecho a la información, consagrado originalmente en el artículo 6 como un derecho social distinto e independiente de la garantía individual de libertad de expresión, hoy deformado para alentar los sueños y la inconsciencia colectiva para disfrute y utilidad de los empresarios administradores de la ignorancia informada.

La celebración de 100 años de vigencia de la Constitución de 1917 será excelente ocasión para poner a debate su eficacia jurídica y su proyecto histórico, puestos en entredicho; sí, es conveniente hacerlo, cuando la crisis que enfrenta el país demanda nuevas ideas y nuevos impulsos para refrendar la identidad de la nación, fugada de los programas de gobierno para dar paso al de sus enemigos y extrañada del pueblo; pero antes debemos llamar a juicio a los legisladores, los gobernantes y los ministros de la Suprema Corte que han claudicado, prevaricado, la han mutilado o simplemente no han acatado su mandato.

Sí, debemos someter a debate la Constitución de 1917, pero antes es necesario señalar a quienes, sin respetar sus límites inmanentes de reforma, se han valido de ella para enajenar la riqueza nacional, a los gobernantes y funcionarios públicos que han confundido sus investiduras con los oficios de carpinteros y plomeros para instalar o reparar baños y pupitres en las escuelas primarias y secundarias que los gobiernos de la república construyeron hace más de 30 años. Hoy abandonadas como toda la educación pública para cumplir las metas de las reformas estructurales del Estado, financiadas por la iniciativa privada con inversiones bursátiles de prometedores negocios. Sí, la Constitución está a debate, pero antes deben ser emplazados a juicio los gobernantes que, convertidos en agentes de venta han ofrecido el patrimonio nacional

² Alejandro del Palacio Díaz, *La Constitución traicionada*. México, Ceid, 2013, pp. 81 y sigs.

en subasta, para hacer de los mexicanos, igual que hace más de 100 años, sirvientes en su patria.³

Sí, debatamos presente y futuro, pero recordemos, por el bien de la nación, que los hombres que inventaron la Revolución fueron los mismos que inventaron la Constitución y tengamos presente que la justicia porta la balanza para lograr el equilibrio; pero también blande la espada, porque el derecho es justicia armada, no sólo palabra, es acción y es poder.

Este trabajo tiene por objeto contribuir con el programa de conmemoración del Centenario de la Promulgación de la Constitución, que fundamenta las instituciones del país, sea no sólo la aportación de la inteligencia que la comunidad de la UAM, acechada desde dentro y desde fuera, última de las universidades federales creadas por los gobiernos de la república, ha convocado no sólo para dar testimonio y juicio, sino para llevar por los horizontes de la patria un llamado que vuelva a incendiar las conciencias y reviva la pasión por la libertad y la justicia social que alientan, todavía y a pesar de todas las adversidades, la Constitución del Estado social de todos los mexicanos, promulgada hace casi 100 años y que hoy, con razón, celebramos.

Fuentes de Consulta

Del Palacio Díaz, Alejandro. *Agonía y muerte de la Revolución Mexicana*. Mexico, Claves Latinoamericanas, 1986.

———. *La Constitución traicionada*. México, Ceid, 2013.

———. *El asalto a la Constitución. El Estado ausente*. México. Ceid. 2015.

³ Alejandro del Palacio Díaz, *El asalto a la Constitución. El Estado ausente*. México, Ceid, 2015, pp. 97 y sigs.

Yeney
Aceá Valdés*

*El sistema de propiedad
intelectual y la protección
de los conocimientos
tradicionales. Apuntes
necesarios*

Resumen

Los conocimientos tradicionales son bienes de preciado valor cuya protección puede estar enmarcada en el ámbito de la Propiedad Intelectual, siempre que se den los requisitos para ello, sin embargo, no puede decirse que esta ubicación esté exenta de cuestionamientos y esto obedece a la naturaleza heterogénea de esta institución. En este sentido, resulta trascendental el análisis de las ventajas y desventajas de las formas de protección que ofrece la Propiedad Intelectual, entiéndase por tales, patentes, registro de marcas, registro de diseños industriales, secreto empresarial, represión de la competencia desleal o certificado de obtentor; las cuales presentan limitaciones importantes en relación con las características de los conocimientos tradicionales.

Abstract

Traditional knowledge is valuable goods whose protection can be framed in the field of Intellectual Property, provided that the requirements for this are met, however, it can not be said that this location is exempt from questioning and this is due to the heterogeneous nature Of this institution. In this sense, the analysis of the advantages and disadvantages of the forms of protection offered by Intellectual Property, such as patents, trademark registration, registration of industrial designs, business secrecy, Unfair competition or breeder's certificate; Which have significant limitations in relation to the characteristics of traditional knowledge.

SUMARIO: Introducción / I. Delimitación conceptual de los conocimientos tradicionales / II. El sistema de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales. Principales limitaciones / III. Conclusiones necesarias / Fuentes de consulta

* Profesora del Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos, Universidad de la Habana, colaboradora de la cátedra de Teoría Sociopolítica de la Facultad de Filosofía de la Universidad de la Habana.

Introducción

La propiedad intelectual,¹ como rama del derecho, agrupa dos áreas con características afines pero divergentes a la vez:² la propiedad industrial y el derecho de autor y derechos conexos. La primera otorga protección tanto a las creaciones técnicas, biotecnológicas, agrícolas, así como a aquellas relativas a la identificación y protección en el mercado del empresario, sus bienes y servicios; por su parte, el derecho de autor y derechos conexos confiere protección a las creaciones derivadas del espíritu, interpretaciones, ejecuciones, emisiones de radiodifusión. Sin embargo, existen creaciones que pueden ser situadas en ambos terrenos o cuya ubicación resulta cuestionable, tal es el caso de los conocimientos tradicionales, pues su diversidad y naturaleza compleja hacen que puedan ser protegidos a través de diferentes instituciones de la propiedad intelectual.³

Los conocimientos tradicionales son el conjunto de saberes y experiencias que se transmiten de generación en generación y se nutren de la savia que imponen las cambiantes condiciones económicas, políticas, sociales, y ambientales.

La ubicación de los conocimientos tradicionales en el ámbito de la propiedad intelectual no constituye un debate zanjado, lo que se debe, en gran medida, a la insuficiencia de los mecanismos de propiedad intelectual en lo que respecta a la protección; a lo que es preciso añadir la falta de consenso a nivel internacional en torno a la adopción de un instrumento internacional contentivo de los principios y objetivos que han de guiar la protección, así como la complejidad de la institución jurídica y de su propia naturaleza.

El presente estudio se centra en la definición de los conocimientos tradicionales como base para identificar los aciertos y desaciertos de la protección a través del sistema de propiedad intelectual.

¹ La Propiedad Intelectual abarca un amplio sector de creaciones intelectuales referidas a obras de arte, fijaciones de fonogramas, interpretaciones y ejecuciones, emisiones de radiodifusión, soluciones técnicas, variedades vegetales, signos que distinguen productos, servicios, establecimientos o empresarios, así como la represión de la competencia desleal. En torno a esta denominación, existen algunas objeciones ya que es asociada a criterios económicos y no técnicos, además engloba instituciones sobre las que no existe tal propiedad, como es el caso de la represión de la competencia desleal (En este caso constituye una institución jurídica y no una modalidad de la Propiedad Industrial en tanto no otorga derechos exclusivos sino que, constituye un segundo muro de contención al ofrecer una protección secundaria a las modalidades, ya sea por ausencia de legislación especial o por insuficiencia de la misma). Véase Dánice de la C. Vázquez D'Alvaré. "La Competencia Desleal en el mercado Cubano", Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2004, p. 12) o los secretos empresariales.

² En este sentido Baylos Corroza refiere que la conjunción de estos elementos obedece a cuestiones metodológicas no contradictorias, en primer lugar su tratamiento en instrumentos internacionales y estudios doctrinales obedecen a criterios de especialización y en segundo lugar, las instituciones agrupadas en esta rama se conectan con otras categorías, como la competencia económica, relación de suma importancia al limitar el uso de las creaciones. Véase Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Editorial Civita, 1978, p. 50.

³ Véase OMPI, *Panorama de las cuestiones globales de la Propiedad Intelectual: la protección del folclore, los conocimientos tradicionales y la biodiversidad*, Ginebra, 17-21 de abril de 2000, p. 4.

I. Delimitación conceptual de los conocimientos tradicionales

En el tema que se presenta, una adecuada definición tendrá trascendencia en las formas de protección que se pretendan utilizar y en las tipologías de conocimientos tradicionales susceptibles de protección.

La aplicación de una u otra expresión para la identificación de los conocimientos tradicionales, está en dependencia del área, la esfera política y los instrumentos a los que se refiere. Esta variedad responde a la importancia que presenta esta institución jurídica para los diferentes ámbitos, entre las denominaciones se pueden encontrar las siguientes:

[...] “innovaciones, prácticas y conocimientos tradicionales” en el contexto de la conservación y la utilización equitativa de los recursos biológicos; “patrimonio de los pueblos indígenas” y “derechos del patrimonio indígena”; “conocimientos médicos tradicionales” en el contexto de la política sanitaria; “expresiones del folclore” en el contexto de la protección del Derecho de Autor; “folclore” o “cultura tradicional y popular” en el contexto de la salvaguardia de la cultura tradicional; “patrimonio cultural inmaterial”; “propiedad intelectual indígena” y “propiedad intelectual y cultural indígena”; “conocimientos ecológicos tradicionales”; y “tecnología, conocimientos, habilidades y prácticas tradicionales y locales”.⁴

En este sentido, existen diversos criterios en correspondencia con la significación de los vocablos utilizados, según los estudios del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales (CIG),⁵ en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) las opiniones han ido en diferentes sentidos.

En lo que respecta a la palabra *conocimientos* ha sido relegada por algunos⁶ en relación con *innovaciones*, situación que se produce en aquellos supuestos de crea-

⁴ Existen otros términos también utilizados, tales como; *conocimientos tradicionales, conocimientos indígenas, conocimientos comunitarios, conocimientos ecológicos tradicionales, conocimientos locales, conocimientos medioambientales tradicionales, tradición aborígen, patrimonio cultural, folclore, expresiones del folclore, patrimonio cultural, medicina tradicional, propiedad cultural, (Derechos) del patrimonio indígena, (Derechos) de la propiedad intelectual y cultural indígena, propiedad intelectual indígena, derechos del patrimonio consuetudinario, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, cultura popular, componente intangible*. Véase OMPI, *Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9* y anexo núm. 1, Ginebra, 2002, p. 13 y 20, respectivamente en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

⁵ Desde la propia denominación de este Comité se observan como elementos separados; el tratamiento de los recursos genéticos, las expresiones culturales tradicionales (folclore, cultura popular) y los conocimientos tradicionales, que en su segunda sesión se distingue entre conocimientos tradicionales *per se* y conocimientos tradicionales en general, destinando los primeros a las creaciones no artísticas.

⁶ Crucible Group, *Seeding Solutions* (Proyecto), 2001, p. 61, citado en OMPI, *Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9, ob. cit.*, p. 4.

ciones asimilables a las invenciones y modelos de utilidad; sin embargo, a nuestro juicio, resulta más abarcadora la palabra *conocimientos* al aludir al conjunto de creaciones y experiencias que integran este grupo.

En relación con el término *tradicional* se ha referido⁷ que restringe en cierta medida la protección de los conocimientos tradicionales, al excluir todos aquellos aportes nuevos o que resultan del fruto de las adaptaciones a la realidad cambiante, lo que también se conoce como tradiciones vivas. Lo antes referido podría acarrear que la protección jurídica solo ampare aquellos supuestos que manifiesten fidelidad a las creencias, prácticas y conocimientos más antiguos. Otro sector de la doctrina⁸ manifiesta que con el *carácter tradicional* se refiere a la forma en que surgen dichos conocimientos y no a la fecha en que se aprendieron o construyeron, ya que se trata de una producción constante que responde a los reclamos y necesidades ambientales, económicas y sociales. Es destacable que existen conocimientos tradicionales que pueden ser catalogados como antiguos por algunas comunidades; sin embargo, pueden ser nuevos para otros sectores sociales, aspecto que a criterio de la autora, resulta acertado, por ende, lo tradicional debe ser asociado con el contexto en que surgen, se desarrollan y actualizan estos conocimientos.

No obstante, podría ser un obstáculo la necesidad de demostrar la autenticidad de las tradiciones antes de que puedan invocarse determinados derechos. En una posición distinta se encuentra el término *consuetudinario*, al cual se le atribuye la alusión a *prácticas y creencias tradicionales que han sido transmitidas y reinterpretadas por generaciones sucesivas. Si bien las costumbres están en armonía con las tradiciones que las han originado, recogen y reflejan asimismo prácticas y creencias indígenas contemporáneas.*⁹

Por su parte, el término *folclore* ha suscitado varios debates al ser considerado un arcaísmo y un vocablo peyorativo que en sus inicios hacía referencia a las clases inferiores, sin embargo, los defensores resaltan el nuevo significado que en la actualidad ha adquirido.¹⁰

⁷ T. Simpson, *The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, IWGIA, 1997, p. 21, citado en OMPI, *Documento WIPO/GTRKF/IC/3/9, ob. cit.*, p. 5.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ El término *folclore* fue creado por el arqueólogo Thoms (Jhon Thoms, William (1803-1885), fue un escritor británico, famoso por acuñar el término *folklore*. Véase <http://jorgefolklore.es.tl/William-Jhon-Thoms.htm>, consultado en fecha 1ro de agosto de 2014) y propuesto a la revista inglesa *Athenaeum* en 1846 para denominar lo que hasta ese momento era conocido como antigüedades populares. Su surgimiento se debe al contraste entre la cultura de la élite y la cultura del pueblo, en el marco de la desaparición de las tradiciones populares; no obstante, se oficializó a partir de 1878 con la fundación en Londres de la *Folklore Society*.

Etimológicamente está compuesto de dos palabras *folk* que significa *pueblo o gente* y *lore*, *conocimiento, saber*; por ende, alude a la sabiduría popular.

En este sentido Corso, aboga por el término *tradición popular* ya que tradición alude a historia, costumbre, mientras que *lore* significa lección, enseñanza. Véase http://www.treccani.it/enciclopedia/raffaele-corso_%28Dizionario-Biografico%29/, consultado en fecha 1ro de agosto de 2014.

Otro nudo gordiano es en relación con los *conocimientos tradicionales* y los *conocimientos indígenas* debido a que, no todos los conocimientos tradicionales son conocimientos indígenas, pues estos últimos responden a la pertenencia a una comunidad indígena, en cambio el término conocimientos tradicionales es más amplio,¹¹ al incorporar los conocimientos de otras comunidades, como las campesinas.

Lo conocimientos indígenas, son aquellos utilizados *por una población que se reconoce a sí misma como autóctona de un lugar y que se basan en*

*una combinación de características culturales propias y una ocupación territorial previa con respecto a una población llegada más tarde con su propia cultura característica posteriormente dominante.*¹² Mientras, los conocimientos tradicionales corresponden al conjunto de todos los conocimientos y prácticas, explícitos o implícitos, que se utilizan en la gestión de las facetas ecológicas y socioeconómicas de la vida. Estos conocimientos se basan en las experiencias pasadas y la observación, y suelen ser propiedad colectiva de un grupo. Las aportaciones que se producen a lo largo del tiempo inciden en su modificación y ampliación. Se trata de la trasmisión dinámica y variable de saberes de generación en generación.

Como puede observarse, la terminología puede variar según los autores e idiomas, pero la esencia es la misma, pues se trata de las creencias, costumbres y tradiciones de las clases populares. De todo lo anterior pueden colegirse algunos de sus prin-

Por su parte, el término folclore ha suscitado varios debates al ser considerado un arcaísmo y un vocablo peyorativo que en sus inicios hacía referencia a las clases inferiores, sin embargo, los defensores resaltan el nuevo significado que en la actualidad ha adquirido.

Otros autores le atribuyen el significado de algo sin vida, estático, que ha de preservarse ante la posibilidad de pérdida. En 1984, en la reunión del Grupo de Expertos sobre la protección de expresiones del folclore a través de la Propiedad Intelectual, los exponentes de los países hispanohablantes, al referirse al vocablo, lo tildaron como un arcaísmo con la trascendencia de ser relacionado con *la connotación peyorativa de ser asociado a las creaciones de civilizaciones inferiores y obsoletas*. En el mismo certamen, con una opinión opuesta, se señaló el nuevo significado adquirido por el vocablo como algo vivo y que responde no a la antigüedad de los conocimientos sino a la forma en que surgieron, se transmiten y preservan. Véase OMPI, "Derecho de Autor", *Revista mensual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, número 40, Ginebra, 1985, p. 41 en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

Son disímiles las acepciones del término folclore en la actualidad, ya sea en el plano nacional o internacional, muestra de ello lo constituyen las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO, así como los documentos de trabajo de la OMPI al abordar el tema, no obstante, en los últimos tiempos se observa una tendencia hacia la utilización de la frase *expresiones culturales tradicionales*, también para referirse al tema.

¹¹ J. Mugabe, *Protección de la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales, Propiedad intelectual y derechos humanos*, OMPI, Ginebra, 1999, pp. 97 - 99.

¹² Véase OMPI: *Documento OMPI/GRTKF/IC/1/10*, OMPI, Ginebra, 2001, p. 2 en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.



Los conocimientos tradicionales son saberes individuales o colectivos sobre el entorno natural y social, sin dejar al margen los constantes cambios sociales.

grupo de elementos, ellos son, la elección de un término o términos apropiados para describir la materia objeto de protección, la identificación o descripción de la materia objeto de protección que abarcará el término o términos seleccionados y la determinación del alcance de la materia a la que se concederá realmente protección jurídica.¹⁵

Según Núñez Jover el conocimiento es una construcción social, al menos porque lo que lo constituye como conocimiento es el proceso de aceptación y consenso al que se le somete;¹⁶ por tanto, toma como base elementos de racionalidad y las ideas sistematizadas por la práctica social a partir de la interacción colectiva.

Los conocimientos tradicionales son saberes individuales o colectivos sobre el entorno natural y social, sin dejar al margen los constantes cambios sociales. Este proceso de socialización se convierte en una relación de acción e interacción, cuyos resultados se reflejan en la vida diaria. En dicha concepción se observa la presencia

principales rasgos: popular,¹³ aprendido (es el resultado de procesos de aprendizaje y experimentación), colectivo (corresponde generalmente a un grupo de personas, pues excepcionalmente pueden ser individuales), funcional (da respuesta a determinadas problemáticas o necesidades sociales), tradicional (debido a las formas de aparición y trasmisión)¹⁴ y anónimo (es imposible depositar la autoría en cabeza de una persona, más sí, en cabeza de una o varias comunidades). Consideramos que esclarecer la terminología adecuada pasa por un

¹³ *La noción de lo popular se asocia a la búsqueda del espíritu de un pueblo.* Véase Renato Ortiz, *Notas históricas sobre el concepto de cultura popular* (documento digital), p. 4.

¹⁴ El elemento tradicional se asocia con la transmisión a través de generaciones de hechos y costumbres. Véase Francisco Alvero Francés, *Cervantes, Diccionario manual de la lengua española*, tomo 2, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 2008, p. 826.

¹⁵ Véase OMPI: *Documento WIPO/GTRKF/IC/3/9, ob. cit.*, p. 7.

¹⁶ Jorge Núñez Jover, *La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2009, p. 120.

del *interaccionismo simbólico*,¹⁷ lo que se refleja en lo referido a la forma en que se manifiestan las herramientas utilizadas para el estudio de las condiciones sociales y la correspondiente adecuación, así como la posición del individuo como agente generador y trasmisor de la actividad.¹⁸

En relación con el *interaccionismo simbólico* como concepción, existe una fuerte influencia de la teoría del pragmatismo,¹⁹ en virtud de la cual el conocimiento y experiencia de las personas tiene como base todo lo útil, transformando todo aquello que no lo es, elemento este que permite justificar unas de las características de los conocimientos tradicionales, el dinamismo, de ahí que no se considere como algo arcaico o estático.

Existen instrumentos que se refieren a la definición de los conocimientos tradicionales como ejemplo, de manera que estén comprendidos aquellos que no están referidos en la norma.²⁰ Otros, por su parte, se refieren a ellos a partir de la descripción

¹⁷ *Teoría de la sociología que, según Ritzer, se centra en el análisis de la interacción entre el actor y el mundo, concepción del actor y del mundo como un proceso dinámico y la capacidad del actor de interpretar el mundo social. Se le critica que exagera los elementos individuales en detrimento de lo social.* Véase, Yenisei Machado Trelles, *Los saberes tradicionales populares. Un acercamiento desde el Interaccionismo simbólico*, en Colectivo de autores: *Gestión del conocimiento tradicional. Experiencias desde la red GESTCON*, Bogotá, Gente Nueva Editorial, 2008, pp. 25-36. (página de la cita 27).

¹⁸ Los principios básicos del interaccionismo son:
Los seres humanos están dotados de capacidad de pensamiento
La capacidad de pensamiento esta modelada por la interacción social
En la interacción social las personas aprenden los significados y los símbolos que usan en la acción y la interacción sobre la base de su interpretación de la situación.
Los significados y los símbolos permiten a las personas interactuar de una manera distintivamente humana.
Las personas son capaces de modificar o alterar los significados y los símbolos que usan en la acción y la interacción sobre la base de la interpretación de la situación.
Las personas son capaces de introducir esas modificaciones y alteraciones debidas, en parte, a su capacidad de interactuar consigo mismas, lo que les permite examinar los posibles cursos de acción, y valorar sus ventajas y desventajas relativas para luego elegir una.
Las pautas entrettejidas de acción e interacción constituyen los grupos y las sociedades.
Idem, p. 28.

¹⁹ G. Ritzer, *Teoría sociológica contemporánea*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2003, p. 215. En este sentido es válido destacar los exponentes más significativos del movimiento pragmatista, ellos son: Charles Peirce, William James, George Hebert Mead en Estados Unidos, Ferdinand Schiller en Inglaterra, Giovanni Papini, Giuseppe Prezzolini y Giovanni Vailati y Mario Calderoni en Italia, Hans Vaihinger en Alemania y Miguel de Unamuno en España. De lo anterior es deducible el carácter diverso y complejo de la filosofía pragmatista, para profundizar en este sentido puede consultarse a Giovanni Reale y Dario Antiseri, *Pragmatismo*, disponible en el sitio <http://www.olimon.org/uan/Reale3.htm>, consultado el 27 de noviembre de 2014.

²⁰ *La definición ofrecida por la OMPI engloba las creaciones artísticas y no artísticas: (...) las obras literarias, artísticas o científicas basadas en las tradiciones, las ejecuciones, las invenciones, los descubrimientos científicos, los diseños, las marcas, los nombres y los símbolos, la información no divulgada y todas aquellas otras innovaciones y creaciones (basadas en la tradición) y que resultan de la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario y artístico.* OMPI, *Panorama de las cuestiones globales de la Propiedad Intelectual: la protección del folclore, los conocimientos tradicionales y la biodiversidad*, Ginebra, 17-21 de abril de 2000, p. 4, disponible en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

de determinadas características,²¹ como es el caso de la Ley de 1984 de Protección del Patrimonio de los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres de Australia,²² en la cual se hace alusión al contexto en que estos conocimientos tradicionales se desenvuelven al emplear el término tradición aborígen. Por su parte la Ley No. 7788, Ley de Biodiversidad, de 23 de abril de 1998 de Costa Rica en su artículo 7.2) establece lo que se entiende por biodiversidad, con lo que delimita el objeto de protección a aquellos conocimientos tradicionales asociados a los recursos bioquímicos y genéticos. En igual sentido, es posible citar la Decisión 391 relativa al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (Comunidad Andina).²³ Por su parte la Decisión 486 del Patrimonio Biológico y Genético y de los Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones²⁴ alude a los conocimientos de las comunidades locales y también al tipo de conocimientos tradicionales relacionados con los recursos biológicos.

En materia de propiedad intelectual, aunque son varios los ejemplos²⁵ en los que no se define la institución jurídica, se ofrecen enumeraciones no taxativas de los ele-

²¹ *La referencia puede ser subjetiva, o sea, del ámbito en que surgen, dígame conocimientos tradicionales de comunidades locales o indígenas; también puede ser objetiva, dirigida al conocimiento tradicional per se, por ejemplo cuando se alude a los conocimientos tradicionales biológicos, los asociados a recursos genéticos o aquellos que añaden un valor al producto que son incorporados. En otro sentido, se utiliza también como referencia el hecho de encontrarse en dominio público, lo que resulta objetable ya que no resulta así en todos los casos, particularmente aquellos que pueden ser objeto de protección a través de los secretos empresariales. Idem, pp. 18-19.*

²² *Artículo 3 c): (...) Tradición aborígen, se refiere al cuerpo de tradiciones, prácticas, costumbres y creencias de los aborígenes en general o de una comunidad particular o grupo de aborígenes, e incluye cualquier tradición, práctica, costumbre o creencia relacionada con personas, lugares, objetos o relaciones particulares. Véase www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/aatsihpa1984549.txt, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.*

²³ *Componente intangible: todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.*

²⁴ *Artículo 3: Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.*

Artículo 136. g): consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

²⁵ *El Convenio de París no ofrece una definición exclusiva de los términos que describen la materia protegida por los derechos de Propiedad Industrial, tales como invención, dibujo o modelo industrial, signos distintivos; de igual manera el Acuerdo sobre los ADPIC no define los términos. No obstante, la Ley Tipo de la OMPI para los Países en Desarrollo sobre Invenciones de 1979 ofrece una definición de conocimientos tradicionales. Véase www.wipo.int/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?bib=17401, consultado en fecha 15 de agosto de 2014.*

mentos que en ella pudieran quedar comprendidos, una estimación conceptual en sede de conocimientos tradicionales contribuye a delimitar el objeto de protección.

El elemento consuetudinario cumple un rol fundamental, más allá de influir en una definición adecuada, su impacto está también en la forma de protección. Asimismo, los conocimientos tradicionales confieren determinada identidad a las comunidades, aspecto también valorable para una definición.



museotextidecoaxaca.wordpress.com

Asimismo, los conocimientos tradicionales confieren determinada identidad a las comunidades, aspecto también valorable para una definición.

Existen sistemas de conocimientos tradicionales que se encuentran codificados,²⁶ los cuales no constituyen una generalidad. Una situación similar se manifiesta en relación con la trasmisión de generación en generación y la producción de forma colectiva, elementos clave al momento de ofrecer una definición, pues de lo contrario, quedarían fuera del ámbito de protección algunas tipologías.

La definición debe ser lo suficientemente abarcadora sin enmarcarse en categorías de conocimientos tradicionales o formas de protección. No obstante, existen elementos que no deben ser marginados,²⁷ tales como, el contexto en que se desarrollan, preservan y transmiten, la relación con la comunidad de la que provienen, la obligación de preservación de las comunidades y el rechazo a la apropiación indebida, el amplio ámbito de conocimientos tradicionales y la identificación como tal por parte de los poseedores.

²⁶ La TKDL es el resultado de la colaboración y esfuerzo de varias instituciones indias relacionadas con la medicina, ciencia y tecnología, especialistas en Propiedad Industrial. Para la conformación de esta biblioteca virtual se hizo una catalogación de los conocimientos tradicionales a disposición del público en forma de literatura existente relacionada con la medicina Ayurveda, Unani, Siddha y Yoga, y en formato digital en cinco idiomas internacionales, inglés, alemán, francés, japonés y español. Para mayor información véase OMPI, *La OMPI y la India colaboran en la protección de los Conocimientos Tradicionales contra la apropiación indebida*, en Documento PR/2011/682, Ginebra, 2011, disponible en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 14 de noviembre de 2011.

La base de datos china de patentes sobre Medicina Tradicional contiene más de 12 124 registros indizados de información en materia de patentes sobre medicina tradicional y fue creada por la Oficina Estatal de Propiedad Intelectual de la República Popular China. OMPI, Documento OMPI/GRTKF/IC/7/7, OMPI, Ginebra, 2004, p. 5, disponible en www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

²⁷ OMPI: Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9, *ob. cit.*, p. 16.

A propósito del tema, diversos autores han referido sus consideraciones, expresado su opinión algunas de ellas se citan a continuación:

Para John Mugabe: (...) los conocimientos tradicionales corresponden al conjunto de todos los conocimientos y prácticas, explícitos o implícitos, que se utilizan en la gestión de las facetas socioeconómicas y ecológicas de la vida. Estos conocimientos se basan en las experiencias pasadas y en la observación y suelen ser propiedad colectiva de una sociedad”.²⁸

Por su parte, George Hobson establece que “Los conocimientos tradicionales son los conocimientos y las interpretaciones acumulados sobre el lugar que ocupan los seres humanos en el mundo, tanto en el sentido ecológico como espiritual”.²⁹

De acuerdo con Gustavo Capdevilla: “Los conocimientos tradicionales se definen como los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales e indígenas que encarnan estilos de vida tradicionales, así como las tecnologías locales e indígenas”.³⁰

La Secretaría de Estado de Medio Ambiente de Canadá propone que “Los conocimientos ecológicos tradicionales se definen como los conocimientos adquiridos por pueblos locales e indígenas a través de generaciones de contacto directo con el medio ambiente”.³¹

Ley No. 27811 de 2002 del Perú, por su parte, define el “Conocimiento colectivo como el conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica (...)”.³²

Elementos comunes de estas definiciones son: la pertenencia a una comunidad específica (bien sea local o indígena) y la trasmisión entre generaciones. En correspondencia con estos elementos, a nuestro juicio, deben ser definidos como “el conjunto de saberes y experiencias individuales o colectivas que se transmiten y desarrollan en el marco de una comunidad, localidad o grupo social y que llevan en sí mismos la impronta temporal y espacial de cada momento, ya sea en el campo artístico, técnico, científico o agrícola, por solo citar algunos”.

²⁸ John Mugabe, *La protección de la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales. Un análisis de la orientación de las normas de política internacional*, Documento preparado para la OMPI, Ginebra, 1998, disponible en el sitio <http://www.acts.or.ke>, consultado en fecha 14 de noviembre de 2013.

²⁹ George Hobson, *Traditional Knowledge is Science*, disponible en el sitio <http://www.carc.org/pubs/v20no1/science.htm>, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

³⁰ Gustavo Capdevilla, *Indigenous Peoples Defend Traditional Knowledge*, Inter Press Third World News Agency (IPS), 2000, disponible en el sitio www.forest.org/archive/general/indefkno.htm, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

³¹ OMPI, Documento WIPO/GTRKF/IC/3/9, Ginebra, 2002, p. 8, disponible en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 14 de noviembre de 2013.

³² Ley No. 27811 del Perú promulgada el 24 de julio de 2002 que establece un Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica. Para conocer sobre el proceso de aprobación y cuestiones asociadas a esta norma véase Manuel Ruiz Muller, *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América latina*, UICN, BMZ, SPDA, Lima, 2006, p. 128.

El vocablo *saber* significa conocimiento profundo de una o más materias, también tiene la acepción de cultura, ciencia o arte, por ejemplo, el saber filosófico, el saber de una comunidad determinada, por ende, los saberes son conocimientos que se tienen sobre algo, como es el caso de la institución jurídica objeto de estudio. Por su parte, las experiencias son conocimientos que se adquieren como resultado del desempeño práctico,³³ a partir de estas reflexiones se sostienen los vocablos empleados en el concepto ofrecido; los conocimientos tradicionales no sólo son fruto de la recepción sino también de la labor empírica.

En lo atinente al carácter individual o colectivo, estará en función de quien lo posea, ya sea una colectividad³⁴ o persona individual.

El empleo de los términos comunidad, localidad o grupo social, responde más bien a cuestiones organizativas, de división territorial o intereses sociales. Según el diccionario *Cervantes*, la comunidad es la *congregación de personas que viven unidas bajo ciertas constituciones o reglas*.³⁵ Montero³⁶ considera que existen acepciones disímiles del vocablo *comunidad*, pero resulta similar en muchas de ellas el hecho de *compartir aspectos comunes*, proceso de interacción que implica hacer, conocer y sentir en un ámbito social no distante. Se trata de *percibir la comunidad como sentimiento y no como territorio*,³⁷ el solo hecho de compartir un espacio no genera comunidad, si bien la autora lo considera un elemento importante, alerta que no es decisivo, se trata de una construcción física y emocional de la cual se apropian los individuos y de la que ellos resultan también objetos de apropiación. El término *localidad*, es entendido como sinónimo de territorio, ciudad, pueblo;³⁸ lo que implica una delimitación espacial desde el punto de vista político-administrativo, de ahí que constituya, a juicio de la autora, un ámbito más limitado que el que ocupa una comunidad, según lo antes referido. Esto explica el porqué se han usado en la definición ambos vocablos.

³³ Francés Alvero, *ob. cit.*, tomo 1, p. 322.

³⁴ *Entre sus acepciones se encuentra la de posesión común*. Véase Francés Alvero, *ob. cit.*, p. 185.

³⁵ Francés Alvero, *ob. cit.*, p. 192.

³⁶ Maritza Montero, *Introducción a la psicología comunitaria. Desarrollo, conceptos y procesos*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 195.

³⁷ Maritza, *ob. cit.*, p. 196. *Una comunidad es un grupo en constante transformación y evolución (su tamaño puede variar), que, en su interrelación, genera un sentido de pertenencia e identidad social, al tomar sus integrantes conciencia de sí como grupo, y fortalecerse como unidad y potencialidad social. La comunidad es, además, un grupo social histórico, que refleja una cultura preexistente al investigador; que posee una cierta organización, cuyos grados varían según el caso, con intereses y necesidades compartidos; que tiene su propia vida, en la cual concurre una pluralidad de vidas provenientes de sus miembros; que desarrolla formas de interrelación frecuentes marcadas por la acción, la afectividad, el conocimiento y la información. No debe olvidarse que, como parte de su dinámica, en esas relaciones internas puede también llegar a situaciones conflictivas conducentes a su división, su disgregación y a la pérdida de identidad.* En relación al tema véase también Héctor Arias Herrero, *Estudio de las comunidades*, en Colectivo de autores, Rayza Portal Moreno y Milena Recio Silva (compiladoras), *Lecturas sobre comunicación en la comunidad (documento digital)* La Habana, 2006, pp. 24-34.

³⁸ Véase *Diccionario de sinónimos, antónimos-parónimos. Uso de la Lengua Española*, Lima, Lexus Editores, 2008.

Por último, se incluye la categoría *grupo social*³⁹ en el concepto ofrecido y se debe a lo que encierra: es el conjunto de personas que se identifica con un objetivo social común, aun cuando no pertenezca a la misma localidad o comunidad, por ejemplo, los estudiantes, los agricultores, los artistas.

II. El sistema de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales. Principales limitaciones

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, cada una de las instituciones que ella engloba, puede ofrecer distintos tipos de protección en relación con los conocimientos tradicionales, no obstante, resulta oportuno destacar que pese a la cobertura que puedan brindar las diversas posiciones doctrinales o el tratamiento del tema en instrumentos internacionales, corresponde a las legislaciones nacionales la concesión o no de derechos, así como el reconocimiento del valor de estos conocimientos tradicionales.

- Patentes⁴⁰

Las patentes ofrecen protección a las creaciones cuando reúnen los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial. Es atinado que las normas de patentes ofrezcan cierta flexibilidad en aras de dar espacio a aquellas creaciones que tienen como base conocimientos tradicionales.⁴¹

³⁹ En este sentido es válido traer a colación los conceptos sistematizados por el profesor Calviño, desde la voz de diferentes autores:

Entendemos por grupo a un número de personas que se comunican a menudo entre sí, durante cierto tiempo y que son suficientemente pocas para que cada una de ellas pueda comunicarse con todas las demás, de no segunda mano, a través de otra, sino cara a cara (Homans 1950).

Un grupo consiste en dos o más personas que comparten normas con respecto a ciertas cosas y cuyos roles sociales están estrechamente vinculados, (Newcomb 1964).

Es probable que cuando una serie de personas constituya un grupo, la caracterizará una o más de las siguientes afirmaciones: a) participan en interacciones frecuentes; b) se definen entre sí como miembros; c) otros la definen como pertenecientes al grupo; d) comparten normas respecto a temas de interés común; e) participan en un sistema de papeles entrelazados; f) se identifican entre sí como resultado de haber buscado en su súper ego el mismo objeto modelo o los mismos ideales; g) encuentran que el grupo es recompensante; h) persiguen metas promovedoramente independientes; i) tienen una percepción colectiva de su unidad; j) tienden a actuar de modo unitario respecto al ambiente (Cartwright y Zanders 1971).

Véase Manuel Calviño, *Trabajar en y con grupos. Experiencias y reflexiones básicas*, La Habana, Editorial Academia, 1997.

⁴⁰ *Posición jurídica que corresponde a una persona, el inventor o su causahabiente (titular de la Patente), en la relación jurídica creada por el acto administrativo de concesión. (...) Como posición jurídica, la Patente consiste en un conjunto de facultades y deberes, derechos y obligaciones, asignados a su titular.* Véase Yudesky González Zaldívar, *La regulación jurídica de la patente, a partir del Acuerdo sobre los ADPIC: consecuencias para Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Camagüey, 2008, p. 19.

⁴¹ Ejemplo de ello es la regulación de Cuba, Decreto - Ley 290/ 2012, que en su artículo 21.1 ofrece una

No obstante, existen incompatibilidades⁴² entre los sistemas tradicionales de protección y la propia naturaleza de los conocimientos tradicionales, las cuales no siempre resultan resueltas a través de las flexibilidades antes referidas, a ello hay que añadir la carestía del sistema de patentes, la complejidad en cuanto a la presentación de la documentación para la aprobación de una solicitud de patentes y la temporalidad a que está sujeta la protección.

La patente como mecanismo de protección de los conocimientos tradicionales, más allá de conceder derechos exclusivos, su valor está en el carácter preventivo que puede tener el sistema al incorporar todo lo relativo a los conocimientos tradicionales en la documentación de patente, o sea, el carácter preventivo de la protección,⁴³ ya sea dirigida a impedir que se concedan derechos a personas ajenas a sus legítimos poseedores o a que se reviertan los efectos de una concesión ilegítima.⁴⁴

Otra de las medidas que en este sentido han sido adoptadas, están asociadas con la exigencia de divulgar la fuente de la invención, así como la obligación de acceder a las bases de datos de conocimientos tradicionales por parte de las administraciones nacionales al momento de realizar las búsquedas.

No obstante, la cuestión se torna controversial en aquellos países donde, las divulgaciones orales o su utilización fuera del marco de su jurisdicción, no forman parte del estado de la técnica, de ahí que no impiden la concesión de derechos de patente, dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales pueden ser objeto de apropiación indebida, pueden ser patentados, con los correspondientes derechos que esto implica,⁴⁵ por personas ajenas a sus reales poseedores.

La patente, como forma de protección, está destinada a aquellos supuestos en los que a partir del uso de los conocimientos tradicionales se obtienen creaciones susceptibles de ser patentadas, o se trata de procedimientos patentables.

definición de invención amplia que permite incorporar todos aquellas creaciones que cumplan con los requisitos de patentabilidad, entre ellas, los conocimientos tradicionales.

⁴² Dichas incompatibilidades están referidas al fin que se persigue con los diferentes sistemas de protección, así como a la forma en que se ponen en práctica o se explotan estos conocimientos por parte de las comunidades. La visión del mundo y la naturaleza de estas comunidades es diferente.

⁴³ *V. gr.* el PCT y la Clasificación Internacional de Patentes.

⁴⁴ Puede encontrarse evidencia de ellos en el Convenio de París, donde se reconoce el derecho del inventor de ser mencionado como tal en la patente; la ampliación de la documentación mínima del PCT, en el sentido de incluir una diversidad de publicaciones sobre conocimientos tradicionales; la revisión de la Clasificación Internacional de Patentes, en 2006, con el objetivo de ampliar su alcance y abarcar un tipo específico de materia relacionada con los conocimientos tradicionales.

⁴⁵ Impedir que terceros usen la invención, de manera que no se les impida en el futuro, a los propios poseedores, la utilización.

La patente, como forma de protección, está destinada a aquellos supuestos en los que a partir del uso de los conocimientos tradicionales se obtienen creaciones susceptibles de ser patentadas, o se trata de procedimientos patentables, supuestos en los que el examinador habrá de ser extremadamente cuidadoso en pos de salvaguardar a los legítimos poseedores.

- Variedades vegetales

Para el abordaje de esta institución jurídica, consideramos pertinente tomar como referencia el sistema de protección refrendado en la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV),⁴⁶ el cual surgió con la adopción del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales en el seno de la Conferencia Diplomática del 2 de diciembre de 1961, en París. Dicho Convenio ha sido objeto de revisión en 1972, 1978 y 1991, fortaleciendo cada vez los derechos de los obtentores.

Sobre la base de lo que establece la norma antes citada, para que las variedades vegetales generen derechos exclusivos se exigen cuatro requisitos: distintividad, homogeneidad, estabilidad y novedad desde el punto de vista comercial. Se trata de un sistema *sui generis* que difiere del sistema de patentes en cuanto exige otros requisitos y el objeto de protección es diferente. No obstante, no existe referencia a la protección de los conocimientos asociados a estas variedades, o sea, el procedimiento para la obtención de la variedad no es protegible. Cuestión distinta puede resultar que dentro del concepto y requisitos legales ofrecidos de variedad vegetal, queden comprendidas aquellas que resultan de la utilización de conocimientos tradicionales. En este supuesto se manifestaría una protección indirecta de los conocimientos tradicionales.

- Secreto empresarial

Los secretos empresariales, también denominados, *know-how* o información no divulgada, constituyen informaciones secretas que implican una ventaja competitiva en el mercado. Esta institución jurídica puede ser de gran utilidad en aquellos casos de conocimientos tradicionales no divulgados.

En el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁴⁷ (Acuerdo sobre los ADPIC) se define como una información secreta con valor comercial y objeto de medidas razonables que impidan su conocimiento fuera del marco establecido, dicha protección se extiende a la divulgación o adquisición de la información de forma desleal.

⁴⁶ Véase www.upov.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2016.

⁴⁷ Entró en vigor el 1 de enero de 1995 y se negoció en la Ronda de Uruguay de 1994. Sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados Miembros de la Organización Mundial del Comercio, Cuba entre ellos.

La referida forma de protección es aplicable a un gran número de conocimientos tradicionales, pero también deja fuera otra parte importante.⁴⁸ Aspectos positivos y negativos de esta forma de protección, existen disímiles y estarán en función de la repercusión en la esfera del poseedor, el mantenimiento del valor patrimonial de la información y su consecuente explotación.

Entre las ventajas de esta forma de protección puede mencionarse que no se requiere divulgación, no hay sujeción a temporalidad alguna, no se precisa de un registro que declare la existencia de derechos, por ende, no se necesitan recursos financieros para su protección o mantenimiento, ni la obligada explotación para la conservación del derecho.

Sin embargo, subsisten desventajas: que se revelen los conocimientos sin que exista título legal que lo respalde y con ello que desaparezca su valor comercial; que estos conocimientos estén en posesión de otra comunidad y que esta decida patentarlos o divulgarlos, lo que da al traste con los intereses comerciales o espirituales que pudiera tener la otra comunidad,⁴⁹ de ahí que se trata de una protección débil en comparación con aquella que ofrece el derecho de patentes.

En función de la protección, por esta vía debe tenerse en cuenta que el carácter secreto puede estar dado por el desconocimiento fuera de la comunidad; que el valor comercial no siempre es apreciable por las comunidades en comparación con el valor espiritual o cultural y por último, las medidas razonables⁵⁰ pueden ser de carácter consuetudinario. Consideramos que para que esta institución jurídica sea empleada

⁴⁸ Todas aquellas creaciones susceptibles de ser explotadas sin que impliquen la posibilidad de llegar a ellas a través de ingeniería inversa, pueden ser susceptibles de protección a través de la institución jurídica de los secretos empresariales, tal es el caso de los modos de fabricación de determinados alimentos, las técnicas de cultivo y obtención de productos. Como ejemplo puede citarse el caso de Canadá, donde la empresa pesquera *Unaaq Fisheries* del pueblo Inuit, ubicado al norte de Quebec y de la Isla Baffin, negocia tecnologías de su propiedad con otras comunidades bajo la protección del secreto empresarial. Véase OMPI, *Documento OMPI/GRTKF/IC/2/9*, Ginebra, 2001, p. 6, disponible en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

También existen conocimientos tradicionales secretos y sagrados que pueden ser protegidos por esta vía y se han otorgado indemnizaciones por abuso de confianza o acto contrario a las leyes consuetudinarias cuando son revelados. OMPI, *Documento WIPO/GRTKF/IC/6/4*, Ginebra, 2004, p. 24, disponible en el sitio www.wipo.int, consultado en fecha 10 de marzo de 2013.

Los que se encuentran divulgados quedan fuera del ámbito de aplicación de esta institución jurídica, de ahí la necesidad de apelar a otras vías.

⁴⁹ Véase Andryth Aguilar Villán, *Los secretos empresariales como parte de la Propiedad Industrial. Reflexiones en el caso cubano*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2008, p. 41.

⁵⁰ *Son tomadas por la persona que legítimamente posee y controla la información. Este punto está situado en el plano subjetivo, referido a la voluntad que efectivamente tenga el poseedor de la información en mantenerla y protegerla como secreto empresarial.*

Ante este requisito se presenta una interrogante ¿es necesario que se manifieste esa voluntad, o basta con una voluntad interna? Se entiende que es necesario que se materialicen las medidas para que exista efectividad en su protección. No basta, el ánimo y la voluntad de mantener el carácter reservado; es indiscutible que de alguna forma y en alguna medida se debe mostrar interés y preocupación por impedir que terceros lleguen a conocer esa información sin el consentimiento de su poseedor. Andryth, *ob. cit.*, p. 23.

se necesita que el sistema de propiedad intelectual incorpore los elementos del derecho consuetudinario⁵¹ para brindar una real protección.

- Represión de la competencia desleal

En el Convenio de la Unión de París⁵² (Convenio de París) se establece la obligación de los Estados de proporcionar protección contra actos desleales, entonces, ¿qué entender por acto desleal y un conjunto de actos que con carácter particular han de prohibirse? Los actos desleales son aquellos contrarios a la buena fe concurrencial, entre sus manifestaciones se encuentran; la imitación, el engaño, la inducción a error, la publicidad comparativa, la violación de normas, la violación de secretos, por sólo citar algunas.⁵³

Esta forma de protección será de aplicación a aquellos productos obtenidos a partir del empleo de métodos tradicionales pertenecientes a comunidades específicas; cuando sean comercializados sin el debido reconocimiento de su origen, asimismo, podrá aplicarse a actos que impliquen la revelación de información confidencial sin el debido consentimiento.

No obstante, surge una interrogante, cuándo se establece un acto de competencia desleal, que es, todo aquel acto *contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*, ¿incluirá también lo que se considera desleal para las comunidades indígenas y locales de acuerdo a sus normas consuetudinarias?

Este supuesto, aun cuando quede fuera del marco del legislador no debe escapar del juicio de valor del operador jurídico. Es nuestra posición que debe ser tenido en cuenta el criterio de las comunidades al momento de determinar el carácter desleal o no del acto, elemento que refuerza una vez más el valor del derecho consuetudinario.

- Signos distintivos

Los signos distintivos engloban un grueso grupo de creaciones, entre ellas se encuentran las marcas, lemas comerciales, denominaciones de origen e indicaciones geográficas. En este caso la protección que ofrecen es indirecta, ya que contribuyen a acreditar la autenticidad de los productos que distinguen al ser elaborados sobre una base tradicional.

Las normas sobre signos distintivos resultan también valiosas al impedir o anular el registro cuando este pudiera afectar derechos existentes o vaya en contra de las

⁵¹ El derecho consuetudinario es la costumbre convertida en derechos y obligaciones. Hacia lo interno de los Estados existen comunidades que mantienen sus sistemas jurídicos ancestrales, los cuales se caracterizan por ser orales y tener una fuerte interrelación con su cultura. Véase Manuel, *ob. cit.*, pp. 148–153.

⁵² El Convenio de la Unión de París del 20 de marzo de 1883 (Publicaciones OMPI, Ginebra, Suiza, 1996) ha sido objeto de revisión en contadas ocasiones, en Washington 1911, La Haya 1934, Lisboa 1958, Estocolmo 1967.

⁵³ Véase Dánice, *ob. cit.*

costumbres de las comunidades poseedoras de conocimientos tradicionales.⁵⁴

Es válido resaltar en este acápite el contenido del artículo 7 bis 1⁵⁵ del Convenio de París, donde se confiere la opción de proteger las marcas de las colectividades, entiéndase por tales, comunidades indígenas y locales.

- Diseños industriales⁵⁶

La protección que esta institución jurídica ofrece no recae sobre el contenido de los conocimientos tradicionales, y su mayor incidencia se encuentra en el terreno de las expresiones culturales tradicionales al brindar protección a las artesanías de las comunidades. No obstante, puede identificarse una forma de protección indirecta a algunos conocimientos tradicionales, particularmente cuando los diseños están estrechamente vinculados con un sistema particular de conocimientos tradicionales, como una forma de producir herramientas o instrumentos musicales, o de fabricar artesanía. De forma general, se requieren como requisitos la novedad u originalidad, según las cuestiones de interés que consideren los Estados al momento de abordar el tema en sus respectivas legislaciones nacionales.

- Derecho de Autor y Derechos Conexos

La protección que ofrecen las creaciones provenientes del Derecho de Autor y Derechos Conexos no protegen el conocimiento tradicional *per se*, mas sí las expresiones de la cultura popular tradicional. No obstante, constituye un mecanismo útil en lo que concierne a la preservación de la información para las generaciones futuras, ejemplo de ello son las bases de datos y compilaciones, cuando por la selección o disposición del contenido que se ha hecho gocen de originalidad, lo que no implica que dichos conocimientos no puedan ser utilizados por terceros.

Autoras como De Couto Gálvez y Gil Delgado consideran que la obra científica puede ser también una opción cuando se haya expresado y sea original, aunque de manera irreductible siempre se presentan inconvenientes, como lo son la determinación de la autoría y el inicio del cómputo de duración de los derechos.⁵⁷

⁵⁴ En este caso aunque no es específica la referencia, queda bajo la égida de la prohibición de registrar signos en contra de la moral y el orden público.

⁵⁵ *Los países de la Unión se comprometen a admitir el depósito y a proteger las marcas colectivas pertenecientes a colectividades cuya existencia no sea contraria a la ley del país de origen, incluso si estas colectividades no poseen un establecimiento industrial o comercial.*

⁵⁶ Baylos Corroza refiere que *tanto los dibujos como los modelos industriales, como partes integrantes del supra concepto de diseños industriales, son concepciones relativas a la forma y a la apariencia de los productos que sin modificar sus cualidades propias desde el punto de vista de la utilidad que prestan, contribuyen, sin embargo, a darles un aspecto más agradable o atrayente.* Véase Hermenegildo, *ob. cit.*, p. 561.

⁵⁷ Véase María de los Reyes Corripio Gil Delgado y Rosa María de Couto Gálvez: “Los derechos de propiedad intelectual en el sector biotecnológico agrario y la protección de los conocimientos tradicionales”,

Las disposiciones relativas a los Derechos Conexos, tienen mayor relevancia en el terreno de las expresiones culturales tradicionales,⁵⁸ sin embargo, un fonograma de una interpretación o ejecución tradicional, utilizado para transmitir conocimientos tradicionales dentro de una comunidad, puede protegerse como tal y esto limitaría la distribución de la grabación, el acceso a la misma y por ende el acceso a los conocimientos tradicionales comunicados a través de esa fijación. Nuestra opinión en este sentido es emplear esta opción para evitar apropiaciones indebidas, así como garantizar la preservación de la información para las generaciones futuras, lo que no impide que de la adquisición por terceros de los fonogramas se obtenga una retribución económica.

III. Conclusiones necesarias

De forma general, a nuestro juicio, puede observarse que las instituciones de la propiedad intelectual resultan de aplicación en determinados supuestos, no así para la generalidad de conocimientos tradicionales, incluso en determinados casos la aplicación no puede ser *mutatis mutandis* debido a su propia naturaleza.

Los conocimientos tradicionales, se caracterizan por su naturaleza versátil en consonancia con los aspectos locales y culturales. Desde el punto de vista de la protección, necesitan de la rica savia del derecho consuetudinario, aun cuando exista el acompañamiento de los sistemas nacionales de protección en sede de propiedad intelectual o se adopten formas *sui generis*, lo que ratifica que los mecanismos en sede de propiedad intelectual por sí solos resultan insuficientes.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Aguilar Villán, Andryth. *Los secretos empresariales como parte de la Propiedad Industrial. Reflexiones en el caso cubano*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2008.

Alvero Francés, Francisco. *Cervantes. Diccionario manual de la lengua española*. Tomo 2, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 2008.

icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 75, Universidad Pontificia Comillas, septiembre-diciembre 2008, pp. 63-73 (página de la referencia 72).

⁵⁸ Véase Oscar Alberto Pérez Peña, *Protección de la cultura popular por el derecho de autor: especial referencia a Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Las Villas, 2012, p. 48.

- Arias Herrero, Héctor. "Estudio de las comunidades" en Colectivo de autores, Rayza Portal Moreno y Milena Recio Silva (compiladoras). *Lecturas sobre comunicación en la comunidad*, (documento digital) La Habana, 2006.
- Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid, Editorial Civita, 1978.
- Calviño, Manuel. *Trabajar en y con grupos. Experiencias y reflexiones básicas*. La Habana, Editorial Academia, 1997.
- Capdevila, Gustavo. *Indigenous Peoples Defend Traditional Knowledge*. Inter Press Third World News Agency (IPS), 2000, disponible en el sitio www.forest.org/archive/general/indefkno.htm.
- Diccionario de sinónimos, antónimos-parónimos. Uso de la Lengua Española*. Lima, Lexus Editores, 2008.
- González Zaldivar, Yudesky. *La regulación jurídica de la patente, a partir del Acuerdo sobre los ADPIC: consecuencias para Cuba*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Camagüey, 2008.
- Machado Trelles, Yenisei. *Los saberes tradicionales populares. Un acercamiento desde el Interaccionismo simbólico* en Colectivo de autores: *Gestión del conocimiento tradicional. Experiencias desde la red GESTCON*. Bogotá, Gente Nueva Editorial, 2008.
- Montero, Maritza. *Introducción a la psicología comunitaria. Desarrollo, conceptos y procesos*. Buenos Aires, Paidós, 2004.
- Núñez Jover, Jorge. *La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar*. La Habana, Editorial Félix Varela, 2009.
- Pérez Peña, Oscar Alberto. *Protección de la cultura popular por el derecho de autor: especial referencia a Cuba*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Las Villas, 2012.
- Ritzer, G. *Teoría sociológica contemporánea*. La Habana, Editorial Félix Varela, 2003.
- Ruiz Muller, Manuel. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América latina*. Lima, UICN, BMZ, SPDA, 2006.
- Vázquez D'Alvaré, Dánice de la C. *La Competencia desleal en el mercado Cubano*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2004.

Hemerográficas

- Corripio Gil Delgado, María de los Reyes y Rosa María de Couto Gálvez. "Los derechos de propiedad intelectual en el sector biotecnológico agrario y la protección de los conocimientos tradicionales", *icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 75, Universidad Pontificia Comillas, septiembre-diciembre, 2008.
- OMPI. *Panorama de las cuestiones globales de la propiedad intelectual: la protección del folclore, los conocimientos tradicionales y la biodiversidad*. Ginebra, 17-21 de abril de 2000, disponible en el sitio www.wipo.int.

Sección Doctrina

_____. “Derecho de Autor”. *Revista mensual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, núm. 40, Ginebra, 1985.

Documentales

Mugabe, John. *La protección de la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales. Un análisis de la orientación de las normas de política internacional*. Documento preparado para la OMPI, Ginebra, 1998, disponible en el sitio <http://www.acts.or.ke>.

OMPI. *Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9* y anexo núm. 1. Ginebra, 2002, disponible en el sitio www.wipo.int.

_____. *Documento OMPI/GRTKF/IC/1/10*. OMPI, Ginebra, 2001, disponible en el sitio www.wipo.int.

_____. *La OMPI y la India colaboran en la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida*. En documento PR/2011/682, Ginebra, Suiza, 2011, disponible en el sitio www.wipo.int.

_____. *Documento OMPI/GRTKF/IC/7/7*. OMPI, Ginebra, 2004, disponible en www.wipo.int.

_____. *Documento OMPI/GRTKF/IC/2/9*. Ginebra, 2001, disponible en el sitio www.wipo.int.

_____. *Documento WIPO/GRTKF/IC/6/4*. Ginebra, 2004, disponible en el sitio www.wipo.int.

Otras

Hobson, George. *Traditional Knowledge is Science*. Disponible en el sitio <http://www.carc.org/pubs/v20no1/science.htm>.

Reale, Giovanni y Dario Antiseri. *Pragmatismo*. Disponible en el sitio <http://www.olimon.org/uan/Reale3.htm>.

Legislativas

El Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883. (Publicaciones OMPI, Ginebra, Suiza, 1996) ha sido objeto de revisión en contadas ocasiones, en Washington 1911, La Haya 1934, Lisboa 1958, Estocolmo 1967.

Ley tipo disponible en el sitio www.wipo.int/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?bib=17401.

Ley No. 27811 del Perú promulgada el 24 de julio de 2002 que establece un Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica.

Karla Beatriz García Arteaga*
Fabián Ricardo Acero Galindo**
Arcadio Zebadúa Sánchez***

*Matrimonio igualitario:
un derecho violentado en
Chiapas*

Resumen

En el presente artículo se expone el tema del matrimonio igualitario, derecho que en los últimos meses ha buscado ser visibilizado. El contexto del tema obedece al territorio chiapaneco, plagado de una ideología diversa, proveniente de su propia constitución: grupos indígenas, migrantes y habitantes en general. Se hace una descripción breve del contexto, el marco jurídico y una exposición del tema que incita a la lectura de una asignatura pendiente en el estado de Chiapas.

Abstract

This article discusses the issue of egalitarian marriage, a right that has sought to be seen in recent months. The context of the theme is due to the Chiapas territory, plagued by a diverse ideology from its own constitution: indigenous groups, migrants and inhabitants in general. A brief description of the context, legal framework and an exposition of the subject that incites the reading of a pending subject in the state of Chiapas is given.

Sumario: Introducción / I. Antecedentes / II. Marco jurídico / III. Contexto socio-cultural en el estado de Chiapas / IV. Derechos violentados V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dra. en Estudios Organizacionales por la UAM-I, Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Chiapas.

** Lic. en Derecho, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

*** Dr. en Estudios Organizacionales por la UAM-I., Profesor en la Universidad Autónoma de Chiapas.

Introducción

El reconocimiento de los vínculos y relaciones que establecen las personas del mismo sexo, ha generado un cambio en el paradigma de la concepción no solo de la familia tradicional, sino también un desafío para el Estado. Este reconocimiento ha tenido sus antecedentes en dos factores para un pleno goce de los derechos: por una parte la validación y reconocimiento de la figura del matrimonio igualitario, en la Ciudad de México, lo que ha producido en varios de los estados de la República Mexicana, un efecto cascada y por otra parte, el reconocimiento y ampliación de derechos que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a partir de la jurisprudencia que se ha pronunciado desde 2011 a la fecha, en donde no sólo se reconoce la igualdad de este tipo de vínculos en una pareja heterosexual. Se hace alusión a la pareja homosexual, ya que este sector es el que promovió a través de sus actores y simpatizantes, la legalización del matrimonio igualitario en Chiapas, sin embargo, este tema trastoca los espacios de la comunidad LGBTI.¹

Este artículo expone un acercamiento al hecho de que el matrimonio igualitario es un derecho violentado. Es un tema latente en el estado de Chiapas y en la sociedad mexicana de todo el país. El matrimonio igualitario ha trastocado la vida social, económica y política mundial, sobre el cual ha habido pronunciamientos y ha despertado expectativas en muchas latitudes. En el estado de Chiapas han habido manifestaciones que exponen las demandas de la comunidad LGBTI; así también, alusiones al tema por parte de las corrientes religiosas, las asociaciones de la sociedad civil en pro de la familia tradicional, las organizaciones con tintes políticos, etcétera. Este tema tiene incidencia en otros aspectos que se derivan de él como es el derecho a la seguridad social, la adopción, el derecho a heredar, etcétera. En cuanto a la importancia del tema, ha de mencionarse que las nuevas realidades sociales, imponen una serie de paradigmas de tolerancia en la integración de lo diverso, como una forma efectiva de lograr una ciudadanía plena.²

I. Antecedentes

Durante la historia de la humanidad, la homosexualidad ha sido tratada con recelo, por cuanto no corresponde a un comportamiento socialmente aceptado, aunque ha habido diversas posturas al respecto. En la antigüedad, la homosexualidad era bastante extendida y considerada dentro de la normalidad en las relaciones interpersonales. El emperador Nerón se casó con otro hombre. Así pues, las diferentes cosmovisiones en los diversos periodos históricos, han marcado a la persona que se

¹ Acrónimo de Lesbiana, gay, bisexual, transexual e intersexo.

² Débora Kantor, "Minorías Sexuales: sobre el paradigma de la tolerancia y el paradigma de la ciudadanía plena", *Política y cultura*, 2011, pp. 111-128.

identifica, con una orientación sexual LGBTI, como alguien que tiene un problema psicológico o comportamental.

Sumado a esto, el rechazo social que demanda la aceptación de otro género, que no se determina entre el rol masculino o femenino y que tenga una preferencia biológica determinada (sea hombre con mujer y viceversa), no sólo dentro de la ideología judeo-cristiana ha sido objeto de persecución, castigo y represión de cualquier forma de expresión con contenido homosexual o lésbico sino también en diversas épocas y momentos históricos en que los individuos han sido condenados y perseguidos.

La homosexualidad ha estado presente desde los inicios de la humanidad³ sin embargo como manifestación pública, ha sido limitada, y en una especie de clandestinidad social aceptada pero siempre guardando las normas de decoro o teniendo relaciones “fachadas” o una doble vida, en donde el engaño y la doble moral son predominantes.

A lo largo de la historia misma, se ha afirmado que la homosexualidad es una enfermedad de orden mental, y por lo tanto a muchas personas con una orientación LGBTI clara, se les proporcionaban y aun se realizan, tratamientos agresivos psiquiátricos, para tratar de aliviar esta condición. En pleno siglo XX, en 1973 la Asociación Americana de Psiquiatría eliminó de su Manual de Diagnóstico de los Trastornos Mentales a la homosexualidad, como una enfermedad mental. Esta acción coadyuvó para vislumbrar paulatinamente un posicionamiento de cómo eran vistos los grupos que luchaban contra la segregación de gays y lesbianas. Es en 1990, cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS), hace el mismo retiro de la homosexualidad de su listado de enfermedades mentales y aunque esto ha abierto la posibilidad para una mejor apertura de la población LGBTI, dentro de la sociedad occidental, aún persisten lugares en donde no sólo se cataloga a la homosexualidad como una enfermedad psiquiátrica, sino que se imponen medidas preventivas de encarcelamiento, o la pena de muerte, presentándose esta situación en gran parte de los países del medio oriente.

El auge del tema homosexual en la actualidad, en especial por su exigencia de reconocimiento del derecho y la necesidad de legalizar los vínculos entre los individuos interesados por medio de figuras como el matrimonio o los pactos de convivencia, se debe, en gran medida, no sólo a la apertura social posterior a la revolución sexual de la década de los 60's y 70's en Estados Unidos, sino también a la posición y apertura de espacios que han ganado las personas del mismo sexo en ambientes económicos, culturales y políticos. En tal sentido, se puede llegar a afirmar que la exigencia para el reconocimiento de una figura legal que garantice los derechos de las personas y las parejas del mismo sexo, no sólo es un capricho sino también una lógica de evolución social que busca enmarcarse dentro de un paradigma social, y así lograr una normalización de esta situación diferenciada.⁴

³ Margherita Mussi, *Earliest Italy: an overview of the italian paleolithic and mesolithic*. EUA, Springer 2002.

⁴ Frédéric Martel, *Global Gay: Cómo la revolución gay está cambiando al mundo*. Madrid, Taurus, 2013.

En todo este proceso, pocos son los países⁵ en el mundo que se han atrevido a establecer normas jurídicas para dar cabida a nuevas formas de expresión social y familiar en el reconocimiento pleno de las uniones civiles de las parejas del mismo sexo, sea bajo la figura del matrimonio o de figuras “similares” como los pactos de convivencia, el reconocimiento de concubinatos o de uniones maritales entre personas con orientación sexual LGBTI.

Los procesos para llegar a este cambio transformador en la visión de la familia y en las relaciones de parentesco, han primado no sólo la exigencia de condiciones sociales favorables dentro de cada uno de los países que han legislado sobre el tema, en cuyo origen han permeado factores culturales, políticos y judiciales; este último aspecto ha sentado sus bases por medio de sendos pronunciamientos de los tribunales constitucionales de la mayor parte de estos países, posibilitando que se llegue a armonizar una situación de notorio desequilibrio y discriminación en una parte de la población. Así también, de protección y reconocimiento no sólo de derechos fundamentales de la persona, sino de una amplitud de derechos que están inmersos dentro de la figura del matrimonio, como son el derecho a heredar, la posibilidad de adoptar o en su efecto a registrar a los hijos que surjan de esta relación por medio de tratamientos científicos o de subrogación de vientre, y en especial, la posibilidad de afiliación en calidad de derechohabiente al sistema de salud o al sistema de seguridad social integral de su concubina correspondiente, para que goce de los beneficios, garantías y prestaciones que este sistema genere, no sólo al afiliado principal sino al entorno familiar, y que en la mayoría de casos se niega la efectiva inscripción del servicio por razones discrecionales, pero determinadas como un claro acto de discriminación y desigualdad.

México como Estado Federal, presenta una particularidad en este sentido de la reglamentación y elaboración de normas y reformas de las ya existentes, y en especial en el desarrollo de legislación de los vínculos de las personas del mismo sexo, ya que le otorga a las entidades federativas, la facultad de legislar en la materia, y está en su competencia el decidir sobre las condiciones de la persona y sus relaciones familiares bajo las normas civiles de cada Estado de la Unión.⁶

En tal sentido, se han promovido sendas acciones para modificar las legislaciones y códigos civiles de varios de estos estados para permitir no sólo la figura de los pactos de convivencia, sino el de la figura del matrimonio entre personas del mismo

⁵ En la actualidad son 17 países que permiten dentro de sus legislaciones, la figura del matrimonio a personas del mismo sexo, entre los que figuran: Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay, etcétera. En nuestro país, figuran entidades como: Distrito Federal, Quintana Roo y Jalisco. En abril pasado, Colombia se suma al bloque de los países que avalan estas uniones, sin embargo, aún hay trabajo que realizar en lo relacionado con la legislación; esto ha implicado una batalla jurídica ya que se pretendía que las uniones entre las parejas gays siguieran reconociéndose sólo como vínculos solemnes, avalados por la Corte en 2011, pero sin la posibilidad de llamar a esa unión, un matrimonio.

⁶ Elí Rodríguez M., “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”, México, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011.

sexo, siendo el Distrito Federal la pionera en la reforma del Código Civil. Este mandato posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo desde el año 2009 y confirmada luego de ser demandada la constitucionalidad de esta reforma, ante la SCJN.⁷

Así mismo, el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, es un proceso social que se ha venido gestando, y que paulatinamente las entidades federativas están adoptando, aunque con ciertas reservas por los contextos y las particularidades de cada entidad. Esto ha implicado diferentes repercusiones en los estados,

como las manifestaciones abiertas de distintos grupos a favor y en contra, de declaraciones de grupos religiosos y de pronunciamientos en las redes sociales, etcétera.

La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal, abrió una ventana de posibilidades al reconocimiento de derechos humanos, anterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, y que se ha fortalecido aún más en el presente jurídico y normativo, con el desarrollo del principio pro persona y del control de convencionalidad, que han hecho posible que el reconocimiento pleno de derechos, siga un camino dentro de la progresividad en la garantía de los derechos humanos y que se extiende al derecho a la salud de la población LGBTI.

Así mismo, el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, es un proceso social que se ha venido gestando, y que paulatinamente las entidades federativas están adoptando, aunque con ciertas reservas por los contextos y las particularidades de cada entidad.

II. Marco jurídico

Para puntualizar el aspecto sobre la discriminación en las personas con orientación sexual LGBTI, se debe mencionar sobre el reciente desarrollo de un marco normativo a nivel internacional que va en razón con la apertura del reconocimiento de derechos de personas con orientación sexual LGBTI, y también de sus vínculos filiales; por una parte la reciente adopción de la resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En donde se hace un llamado en este sentido, a la universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y especificados ulteriormente en otros instrumentos de derechos humanos, como el Pacto

⁷ Rogelio López S. y Luis Fernando Zepeda G., El matrimonio homosexual en México. Hacia un paulatino reconocimiento en las entidades federativas, *Argumenta*, 2013, pp. 63-76.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos fundamentales relevantes de derechos humanos. Se precisa también que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Se expresa gran preocupación por los actos de violencia y discriminación que, en todas las regiones del mundo, se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género, acogiendo con beneplácito los positivos avances a nivel internacional, regional y nacional en la lucha contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.⁸

En la esfera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha planteado una posición de protección del individuo y de su esfera personal, con base en el principio pro persona, y en específico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al concepto de familia, independientemente de la orientación sexual de la persona, por lo que se puede observar que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares, donde las partes tienen vida en común fuera del matrimonio.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fijado una posición en cuanto al respeto de la orientación sexual del individuo, en una doble vía, en cuanto al respeto y garantía de la obligatoriedad, establecida en el artículo 1.1 y del derecho a la igualdad en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual menciona que al tener en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, así como lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.

En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Debido a lo anterior, en referencia al ámbito nacional, el 18 de mayo de 2016, el Congreso recibió las iniciativas de ley que firmó el presidente de la República Mexicana, el C. Lic. Enrique Peña Nieto para modificar el artículo 4º Constitucio-

⁸ Este pronunciamiento fue realizado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre de 2014.

nal y diversos artículos del Código Civil Federal, que garantiza la igualdad y la no discriminación de la comunidad LGBTI. Esta acción es de enorme envergadura para el país y la comunidad de la diversidad sexual. Aunado a lo anterior, el pasado 18 de noviembre, en el Foro organizado por el Instituto Belisario Domínguez, del Senado de la República, se pronunciaron el rector Enrique Graude de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Salvador Vega y León de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) y el director general del Instituto Politécnico Nacional, Enrique Fernández Fassnacht en favor del matrimonio igualitario y de la reforma al artículo 4º Constitucional. En el foro, participaron decenas de activistas, académicos, personalidades de la comunidad lésbico, gay y transgénero en donde se resaltaron los retos y desafíos a los que se enfrenta este tema.⁹

III. Contexto socio-cultural en el estado de Chiapas

La regulación del matrimonio igualitario surge, como una forma de darle seguridad jurídica a las parejas que desean establecer una unión marital, y así lograr un equilibrio y generar derechos, como a la protección de los derechos familiares, sucesorios y sociales de las personas partícipes del concubinato. Debe de ser reconocida esa capacidad y seguridad jurídica, para evitar actos dolosos de terceros, en cuanto al derecho del haber hereditario en el derecho a la sucesión o al reconocimiento de la pensión alimentaria, porque se puede llegar a deducir un estado de indefensión y de desprotección legal.

Asimismo para profundizar acerca de la contextualización, ha de indicarse a grosso modo el contexto local que expone el presente artículo, en tal sentido valga decir que el estado de Chiapas, se encuentra ubicado al sureste de los Estados Unidos Mexicanos, con una población total de 4,796,580 personas;¹⁰ presenta en su población una diversidad cultural y social, en donde existe un alto porcentaje de población indígena, que representa cerca del 27% del total de su población, así como por ser frontera con Guatemala, vive una situación particular en cuanto a la migración regular e irregular de personas en su territorio.

En cuanto al Índice de Desarrollo Humano,¹¹ Chiapas se sitúa en el último puesto del rango entre las entidades federativas, con un índice de 0.648 (rango medio-bajo), lo cual indica que la entidad presenta varias complejidades en cuanto al desarrollo, la provisión de las necesidades básicas de la población; como una vida digna y saludable, educación y nivel de vida adecuados. Se resalta en este aspecto que la edu-

⁹ Jenaro Villamil (18 de noviembre de 2016), *Revista Proceso*, Obtenido de Rectores de la UNAM, UAM e IPN se pronuncian por el matrimonio igualitario: <http://www.proceso.com.mx/463152/rectores-la-unam-uam-e-ipn-se-pronuncian-matrimonio-igualitario>.

¹⁰ INEGI, *Censo de población y vivienda*, México, INEGI, 2010.

¹¹ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano*, New York, USA, PNUD, 2014.



Dentro de este contexto, la homosexualidad en el estado de Chiapas, es todavía un tema al cual se le tiene mucho recelo, en cuanto al reconocimiento expreso dentro de la población, dado las cosmovisiones, el factor identitario y la discriminación de la persona con orientación sexual LGBTI.

cación, la salud, la pobreza y la falta de acceso a posibilidades de empleo, son una constante en el estado. El rezago en educación, ocasiona escaso acceso a oportunidades laborales, además de que el estado ha presentado en los últimos dos mandatos, un retraso económico considerable. La población con bajos recursos es la más vulnerable y carece de una satisfacción de sus necesidades básicas, lo que debilita en alguna medida que pueda concebir el autoreconocimiento como sujeto de derechos, facilitando su manipulación por factores externos como

la religión, los medios de comunicación y los políticos oportunistas.

Además, el rezago en educación y el analfabetismo, limitan el pleno desarrollo de las personas y su participación en la sociedad, pues repercuten en su ciclo vital, afectando el entorno familiar, restringiendo el acceso a los beneficios del desarrollo y obstaculizando el goce de otros derechos humanos,¹² lo que también puede tener una evidencia en la intolerancia hacia lo diverso y la discriminación a cualquier manifestación personal, que atente directamente su cosmovisión.

Otro factor a resaltar dentro de este contexto local, es la diversidad de las creencias religiosas, en donde predomina el culto católico que asciende al 58% de la población total de la entidad,¹³ asimismo se tiene una presencia de cultos no católicos (entre los que podemos categorizar a los cultos evangélicos y/o cristianos), con 27.4% del total de la población, siendo Chiapas uno de los estados con la más alta concentración de población con religión diferente a la católica, junto con Tabasco (24%) y Campeche (21.1%).¹⁴

Dentro de este contexto, la homosexualidad en el estado de Chiapas, es todavía un tema al cual se le tiene mucho recelo, en cuanto al reconocimiento expreso dentro

¹² Hilda M. Jimenez Acevedo, "Inequidad educativa en Chiapas, un asunto de justicia social#", *Espacio I + D Innovación y Desarrollo*, 2013, pp. 1-8.

¹³ INEGI, *Censo de población ... op. cit.*, 2010.

¹⁴ *Idem*.

de la población, dado las cosmovisiones, el factor identitario y la discriminación de la persona con orientación sexual LGBTI.

La percepción general frente al trato a la persona LGBTI, es de aceptación parcial o rechazo. Se percibe una fuerte discriminación por cualquier manifestación que pueda catalogarse como homosexual o lesbica, lo que origina un choque frontal a los roles determinados (mujer y hombre), por el simple hecho de ser un factor diferenciador, dentro de una sociedad tradicional; sumado a esto, se hace un juicio valorativo acerca del estereotipo de ser gay, en donde en el imaginario colectivo de gran parte de la población del estado (sobre todo de los estratos bajo y medio), es referente a que una persona que se reconozca como gay (en el caso de los hombres) debe de comportarse como una mujer (tanto en los gestos, ademanes y aspecto físico) y travestirse (vestirse como una mujer), así como ejercer una clase de “oficio propio”, para este grupo poblacional como ser estilista o prostituto.

En el mismo tenor, en el estado de Chiapas así como en otras latitudes, cuando una persona es identificada como lesbiana, con un rol y estereotipo totalmente masculinizado, al igual que el gay, se considera que debe comportarse de acuerdo a un conjunto de acciones (cabello corto, ropa masculina, gestos y además toscos). Todo ello obedece a estereotipos establecidos a lo largo del tiempo.

Esta diferenciación habla de cómo es percibido y etiquetado el rol de una persona homosexual (sea hombre o mujer), por el simple hecho de tener una orientación sexual determinada, ya que esto no es necesariamente así, sino más bien es un acto notorio de discriminación, que da cuenta de una ideología con respecto de la concepción que se tiene acerca del comportamiento de la población LGBTI.

Otro aspecto, es que en el estado, es una constante el uso de palabras denotativas y vulgares hacia este grupo de la población, en el que se detecta el uso de un lenguaje despectivo, lo cual es una clara manifestación de discriminación y diferenciación.

Se debe resaltar, que los crímenes de odio por razones de orientación sexual LGBTI, han sido una constante en el estado, y sobre todo en la población transexual desde la década de los 90's del siglo XX,¹⁵ y que aún persisten en la entidad, como factor de intolerancia hacia lo diverso. En los últimos dos años, ha tomado gran auge el matrimonio igualitario en la entidad, esto debido a los diferentes pronunciamientos de la comunidad LGBTI y a las acciones logradas por la presión social y política ejercida por asociaciones civiles como Unidos Diferentes, A.C. (UDAC)¹⁶ y el Colectivo de Mujeres (COLEM)¹⁷ de San Cristóbal de las Casas, entre otros. Sin

¹⁵ Brito, A., Chiapas: Exterminio de homosexuales, ausencia de derechos humanos, *Debate feminista*, 1993, pp. 295-299.

¹⁶ Es una asociación civil a favor de los derechos igualitarios y lucha contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Su misión es incidir en la consolidación global de una cultura de respeto y convivencia armónica, donde la orientación sexual o identidad de género no sean motivo de discriminación, segregación, violencia o castigos.

¹⁷ Es una asociación civil en Chiapas con más de 25 años de experiencia en la defensa de los derechos humanos y contra la violencia hacia las mujeres, sobre todo indígenas.

embargo, el trayecto ha sido un tanto lento y las políticas en favor del matrimonio igualitario en la entidad han transitado por diversos vaivenes. Los elementos a los que obedece tal inefectividad son debido a la presión social y política de los grupos religiosos, las manifestaciones mostradas por grupos civiles a favor de la familia tradicional y por conveniencia política, etcétera.

En la actualidad, aunque las iniciativas tuvieron un respaldo inicial por parte del gobierno del estado de Chiapas,¹⁸ surtieron más efecto las presiones de los cultos evangélicos, por lo cual la iniciativa no ha progresado en el Congreso del Estado de Chiapas.

En este panorama, se debe resaltar que siguiendo la línea progresista en materia legislativa a favor de los matrimonios igualitarios, iniciada por el Distrito Federal en 2010, y que han continuado varios Estados de la nación, se han presentado ante el Congreso del estado de Chiapas, varias iniciativas para reformar el Código Civil (en específico el artículo 145) y el Código de Procedimientos Civiles del Estado; para que de esta forma el concepto de matrimonio sea “la unión entre dos personas”, y no “entre un hombre y una mujer”, con lo que las parejas homosexuales podrían contraer nupcias.

En la actualidad, aunque las iniciativas tuvieron un respaldo inicial por parte del gobierno del estado de Chiapas,¹⁸ surtieron más efecto las presiones de los cultos evangélicos, por lo cual la iniciativa no ha progresado en el Congreso del estado de Chiapas.

La falta de voluntad política en cuanto a un abordaje integral del tema, y el hecho de que quien lleva la ponencia ante el Congreso del estado de Chiapas, es una diputada del Partido de la Revolución Democrática (PRD), y quienes son minoría en el órgano legislativo estatal, figuran entre las causas por las que no han impulsado realmente esta iniciativa.

Por otra parte, es oportuno mencionar en este apartado, que en el año 2015 y lo que va del presente, se han promovido desde el medio jurisdiccional, la interposición de juicios de amparo, y en especial se ha de mencionar el juicio de amparo N°1428/2014 promovido ante el Juzgado Segundo de Distrito en el estado de Chiapas, el cual fue interpuesto bajo la novedosa figura del amparo colectivo, en donde un grupo de parejas del mismo sexo, solicita el amparo de derechos, en especial la exigibilidad para poder contraer matrimonio.

Este amparo se encontraba en revisión, puesto que el Congreso del Estado de Chiapas, interpuso el recurso. Se encuentra asignado en revisión ante el Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito del estado de Chiapas, bajo el número

¹⁸ S/N. (18 de febrero de 2014), *Notimex*, Obtenido de Chiapas quiere legalizar matrimonio gay: <http://www.sdpmoticias.com/gay/2014/02/18/chiapas-quiere-legalizar-matrimonio-gay>,

139/2015. En la actualidad este expediente fue enviado a la SCJN, ya que a criterio del tribunal, el asunto tiene una trascendencia social y cultural relevante, por lo cual se solicitó que la SCJN reasumiera su competencia para la revisión de dicho amparo.

Después de múltiples acciones interpuestas, se logró en el estado de Chiapas, que contrajeran matrimonio una pareja de mujeres el día 17 de diciembre de ese mismo año mediante la interposición de juicios de amparo. A la fecha, se han interpuesto 12 amparos, de los cuales 8 se han fallado a favor y se han logrado casar 5 y 3 están en espera de que les resuelvan.¹⁹ Entre las acciones interpuestas destacan la estrategia de no repetición con la acción de inconstitucionalidad 32/2016, promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ante la SCJN en contra del Código Civil de Chiapas, para invalidar, en breve, los artículos que aún impiden el matrimonio igualitario en la entidad chiapaneca. Se vislumbra que este asunto se tratará en enero de 2017. Así también, se elaboró, junto con la Comisión de Equidad y Género del Congreso de Chiapas, una iniciativa de ley para reformar los artículos 144 y 145 del Código Civil que debió ser presentada en junio de este año; sin embargo fue sacada del orden del día y hasta el momento se mantiene sin ser presentada para su análisis, discusión y posible aprobación. En este mismo año, se realizó un Foro Estatal sobre el matrimonio igualitario en Chiapas, el primero en su naturaleza, que contó por primera vez con la participación simultánea del Poder Legislativo del estado de Chiapas, la CNDH, la SCJN y organizaciones defensoras de los derechos de la población LGBTI y la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). En octubre de 2016, se logró una sentencia favorable por parte del Poder Judicial de la Federación (PJF) contra las omisiones de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, obligándola a pronunciarse a favor de legislar el matrimonio igualitario, convocar a la formación de un grupo interdisciplinario para dar seguimiento al tema y, sobre todo, presentar una nueva iniciativa de reforma para eliminar los candados del Código Civil local que aún impiden el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo de igual manera que lo hacen las parejas heterosexuales, en referencia a los trámites a realizar, a la atención brindada por las autoridades y sin anteponer un amparo.

IV. Derechos violentados

En este apartado, es posible mencionar algunos de los derechos violentados al no reconocimiento del matrimonio igualitario:

Derecho a la igualdad: Se vulnera este derecho en la situación de desventaja tanto en materia legal como en la garantía efectiva de derechos de las personas y parejas del mismo sexo, en buena parte de la República Mexicana. Esto se hace

¹⁹ Datos proporcionados por los abogados defensores de derechos humanos que llevaron el caso.



Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

nas con orientación sexual LGBTI, es la discriminación, lo cual se evidencia en el acceso en igualdad de condiciones a un puesto de trabajo, o a la burlas o rechazo tanto de la familia, grupos de amigos, compañeros de trabajo y de escuela, por el sólo hecho de tener una condición sexual LGBTI.

Este derecho está fundado en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su último párrafo, en donde expresa: Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Derecho a la integridad personal: En cuanto a la calidad de la persona, para el goce efectivo de derechos, así como la plenitud de las funciones orgánicas y psíquicas que le son propias.²⁰ En cuanto a la materialidad de este derecho, la calidad de vida de una persona con orientación LGBTI, se ve limitada en cuanto al ejercicio y exteriorización de su sentir, por cuanto la sociedad tiene determinado un conjunto de roles y esquemas sociales, lo que hace que la persona se sienta disminuida y acomplejada.

²⁰ Alejandra Reyes V., *El derecho a la integridad personal*, Bogotá, Colombia, Imprenta Nacional de Colombia, 2001.

evidente cuando se requiere el reconocimiento de algún derecho (sean civiles y políticos y/o los derechos económicos, sociales y culturales), por parte de alguna entidad del Estado, en la mayoría de los casos está implícita una negativa de facto en cuanto al requerimiento, lo que provoca si la persona o la pareja del mismo sexo lo asume y/o interpone acciones judiciales, lo cual no sólo resulta desgastante.

Derecho a la no discriminación: Según la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México de 2010, el 52% de los encuestados indicó que el principal problema al que se enfrentan la perso-

Cabe señalar que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha proferido con fecha 19 de junio de 2015, las tesis jurisprudenciales Núm. 43, 45 y 46 de 2015, en donde hace un llamado a todos los Estados de la Federación a atender lo referente a la armonización de las leyes para evitar la discriminación imperante ante las parejas del mismo sexo y los matrimonios igualitarios. Así mismo, es jurisprudencia obligatoria para los jueces del fuero federal.

En este sentido, el ejercicio de la integridad personal, sumado a la desigualdad manifiesta y a la discriminación, son los principales derechos que son vulnerados, no sólo a las parejas del mismo sexo, sino a la persona en sí por querer expresar libremente su sentir, su forma de ser y demostrar con orgullo su orientación sexual divergente de la que la sociedad demanda.

V. Conclusiones

Así pues, el presente artículo expone una realidad en cuanto a la manifiesta discriminación y desigualdad de las parejas y personas que tienen una preferencia sexual hacia el mismo sexo, para acceder no sólo a la institución del matrimonio sino también al reconocimiento pleno de un conjunto de derechos, como son los derechos a la seguridad social y al derecho a la salud, por cuanto existen un conjunto de prohibiciones claras o vacíos legales en la legislación que impiden su acceso a ellos.

Actualmente, la realidad chiapaneca en este ámbito, se ha visto colmada de diversos esfuerzos realizados por organizaciones civiles y sus adeptos, en la búsqueda de exigir y hacer visible este derecho que tienen las parejas del mismo sexo, sin embargo, el panorama no se avicina fácil, ya que el contexto, está plagado de diferencias ideológicas en el ámbito de los grupos indígenas y religiosas que proliferan en el territorio, así como el manejo político en donde se vierten diferentes intereses que retrasan y sabotean las acciones emprendidas.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Martel, F. *Global Gay: Cómo la revolución gay está cambiando al mundo*. Madrid, Taurus, 2013.

Mussi, M. *Earliest Italy: an overview of the italian paleolithic and mesolithic*. USA, Springer, 2002.

Reyes Venegas, A. *El derecho a la integridad personal*. Bogotá, Colombia, Imprenta Nacional de Colombia, 2001.

Electrónicas

S/N. (18 de febrero de 2014). *Notimex*. Obtenido de Chiapas quiere legalizar matrimonio gay: <http://www.sdpnoticias.com/gay/2014/02/18/chiapas-quiere-legalizar-matrimonio-gay>.

Villamil, J. (18 de noviembre de 2016). *Revista Proceso*. Obtenido de Rectores de la UNAM, UAM e IPN se pronuncian por el matrimonio igualitario: <http://www.proceso.com.mx/463152/rectores-la-unam-uam-e-ipn-se-pronuncian-matrimonio-igualitario>.

Hemerográficas

Brito, A. “Chiapas: Exterminio de homosexuales, ausencia de derechos humanos”. *Debate feminista*, 1993, pp. 295-299.

Jimenez Acevedo, H. “Inequidad educativa en Chiapas, un asunto de justicia social”. *Espacio I + D Innovación y Desarrollo*, 2013, pp. 1-8.

Kantor, D. “Minorías Sexuales: sobre el paradigma de la tolerancia y el paradigma de la ciudadanía plena”. *Política y cultura*, 2011, pp. 111-128.

López Sánchez, R. y Zepeda García, L. F. “El matrimonio homosexual en México. Hacia un paulatino reconocimiento en las entidades federativas”. *Argumenta*, 2013, pp. 63-76.

Rodríguez Martínez, E. “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”. México, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011.

Otras

INEGI. *Censo de población y vivienda*. México, INEGI, 2010.

PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano*. New York, EUA, PNUD, 2014.

*Los progresos recientes
en el desarrollo del
derecho ambiental
mexicano: del comando
y control a la reparación
del daño ambiental*

José Juan González Márquez*
Ivette Montelongo Buenavista**
Anayeli C. Cedeño León***

Resumen

Este trabajo identifica los principales progresos de la legislación ambiental mexicana en los últimos años. La investigación se centra en el proceso de incorporación en la estructura tradicional del derecho ambiental basada en la técnica del comando y control de los principios y reglas principales dirigidos a obtener la reparación del daño ambiental. Finalmente, el estudio evalúa la eficiencia de la nueva Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. Basado en este análisis, este documento concluye que la nueva Ley de Responsabilidad Ambiental, confronta claramente el principio de no regresión.

Abstract

This paper identifies the main progresses in Mexican Environmental Law during last years. The survey focuses on the process of incorporating into traditional command and control based approach of environmental legislation, those principles and rules aimed at making restoration of environmental damages possible. Eventually, the study evaluates the efficiency of the new Federal Law of Environmental Liability. Based on such analysis, this document concludes that the new Environmental Liability Act clearly confronts the non-regression principle.

SUMARIO: / I. Antecedentes / II. Las reformas constitucionales / III. El acceso a la justicia ambiental en la legislación secundaria / IV. La reparación del daño ambiental / V. El carácter regresivo de la LFRA / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesor Titular del Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel III.

** Profesora de la Licenciatura y Posgrado en Ingeniería Ambiental de la UAM A.

*** Ayudante de Investigador Nacional.

I. Antecedentes

La historia del derecho ambiental mexicano se puede dividir en cuatro etapas.¹ La primera, comenzó en 1972, cuando se aprobó la Ley Federal para Prevenir y Combatir la Contaminación Ambiental,² y terminó en 1982, cuando la Ley Federal de Protección al Ambiente (LFPA) derogó a la de 1972.³ La legislación ambiental de estos años muestra las siguientes características:

1. A pesar de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) no reservaba la facultad para legislar en esta materia al Congreso Federal, esta legislación era de carácter federal y, por tanto las entidades federativas no legislaron en la materia, por lo que puede sostenerse fundadamente la inconstitucionalidad de esas leyes.⁴
2. Su objeto era combatir la contaminación ambiental más que la protección integral del ambiente.
3. Estaba basada, exclusivamente, en la técnica jurídica del comando y control y, por tanto, anclada en el derecho administrativo.⁵

La segunda etapa en el desarrollo del derecho ambiental mexicano comenzó en 1987, cuando fue reformada la CPUM para introducir dos nuevos principios rectores de la política y la gestión ambientales: *a*) el sistema de competencias concurrentes para legislar en materia ambiental (artículo 73, sección XXIX-G) y *b*) el concepto de equilibrio ecológico como objeto de protección legal en sí mismo (artículo 27).⁶

Bajo estas nuevas bases constitucionales, en 1988 el Congreso de la Unión aprobó la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA),

¹ Véase: Koh, Khen-Lian. “The First Generation of Environmental Laws in Asia”, en: Lin-Heng, Lye and Maria Socorro Z. Manguiat (editors). *Second Generation in Environmental Laws in Asia and Pacific Region*. Switzerland and Cambridge, IUCN, 2003.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 de marzo de 1971.

³ Publicada en el *DOF* el día 11 de enero de 1982.

⁴ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reservaba la facultad para legislar en esta materia al Congreso de la Unión ni explícita ni implícitamente. De igual forma, no podría decirse que el Congreso Federal tuviera facultad para legislar en materia ambiental con base en el derecho a la salud pues este principio se incorporó en la Carta Magna hasta 1983, véase *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983. Sobre la falta de fundamento constitucional de la Ley de 1972, véase, Raúl Brañes, *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, FCE-Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 1994, pp. 73-78.

⁵ La técnica del comando y control, se caracteriza por la idea de que “(...) la tutela del ambiente se puede lograr mediante la predisposición de parte del poder público de una serie de normas rígidas y de procedimientos de carácter administrativo, dirigidos a asegurar el cumplimiento de esas normas”, véase: José Juan González Márquez, *Teoría del derecho ambiental*, vol. 1, *Los fundamentos jurídicos de la sostenibilidad*, México, IMIDA, 2014, p. 83.

⁶ Reforma publicada en el *DOF* el 10 de agosto de 1987.

y por primera vez los gobiernos locales adoptaron su propia legislación ambiental regulando las materias que la Ley general calificaba como locales.⁷

El marco legal ambiental construido durante esta etapa enfocó el estudio de los problemas ambientales desde una perspectiva holística, es decir, considerando al ambiente como un todo y no sólo como la sumatoria de los diferentes recursos naturales.

En efecto, tanto las leyes federales, como las locales estaban dirigidas a tratar los problemas ambientales desde la óptica de equilibrio ambiental, pero, como ocurrió en el caso de las leyes de 1972 y 1982, los ordenamientos jurídico-ambientales de esta época fueron edificados con base en la metodología del comando y control, sin considerar otro tipo de instrumentos de política ambiental. De la misma manera, las leyes ambientales generales y locales hicieron hincapié en el aspecto preventivo del derecho ambiental y no incluyeron disposiciones relacionadas con la restauración del medio ambiente para aquellos casos en que este hubiese sido dañado. En tanto que el derecho ambiental hasta ese tiempo seguía fuertemente anclado en el derecho administrativo. La eficacia del derecho ambiental en el cumplimiento de su objeto era en esos tiempos una cuestión que se confiaba a la acción de las autoridades administrativas competentes para ejercer actos de autoridad, tales como la inspección, vigilancia y sanción en casos violación a la normatividad, pero el Poder Judicial era aún ajeno a la aplicación y cumplimiento de ese entramado jurídico.

A pesar de lo anterior, para principios de la década de los noventa, bajo la influencia de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁸ el gobierno mexicano comenzó a aplicar la política ambiental de forma más rigurosa que en los años previos. Para ello, en 1992 fue creada la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), como la principal agencia administrativa encargada de hacer cumplir las leyes medioambientales.⁹ Esta segunda etapa concluyó en 1996, cuando la LGEEPA fue reformada por primera vez.¹⁰ La reforma a la Ley general significó que también las 32 leyes locales ambientales requirieran ser actualizadas. Entre otras cosas, la reforma de marras introdujo en la Ley ambiental

⁷ La Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente fue publicada en el *DOF* el 28 de enero de 1988. A partir de ese año las entidades federativas comenzaron a publicar sus propias leyes locales en la materia. Este proceso concluyó hasta 1994.

⁸ “Canadá y Estados Unidos pusieron en práctica un tratado de libre comercio en 1989, en 1994 a través del TLCAN se amplió el área de libre comercio al incluir a México”. Las negociaciones entre México, Estados Unidos y Canadá comenzaron desde 1990 cuando estos tres países acuerdan establecer un tratado de libre comercio, para posteriormente iniciar con las negociaciones formalmente en 1991, para firmar el tratado en 1992, el cual entraría en vigor hasta 1994. “Tratado de libre comercio de América del Norte”, *TLCANHOY.ORG*. Consultado el 12 de septiembre del 2016, disponible en: http://www.tlcanhoy.org/facts/default_es.asp.

⁹ La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente fue creada en el Reglamento Interior de la Secretaría de Desarrollo Social publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de junio de 1992. Posteriormente, el 17 de julio de ese mismo año se publicó el Acuerdo que Regula la Organización y Funcionamiento del Instituto Nacional de Ecología y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

¹⁰ Esta reforma fue publicada en el *DOF* el 13 de diciembre de 1996.

algunas referencias a los llamados instrumentos económicos de política ambiental, tales como los permisos para contaminar comercializables, los tributos ambientales y los fondos ambientales, pero no los desarrolló,¹¹ y serían posteriores reformas legales las que intentarían dar cuerpo a estos nuevos instrumentos. De la misma manera, la reforma de 1996 incorporó a la legislación ambiental la metodología del derecho reflexivo,¹² al reconocer la importancia de la autorregulación y las auditorías ambientales como instrumentos preventivos de daños al ambiente.

En paralelo a la reforma de la LGEEPA, en 1996 también se reformó el Código Penal Federal para incorporar en el mismo un nuevo Título XXV denominado “Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental” que se integra por cinco capítulos, de los cuales, los primeros cuatro agrupan a más de veinte tipos penales relacionados con *a)* actividades tecnológicas y peligrosas, *b)* biodiversidad, *c)* bioseguridad, y *d)* gestión ambiental; mientras que el capítulo quinto contiene las disposiciones comunes relacionadas con penas y medidas de seguridad novedosas.¹³

Sin embargo, aún en esta segunda etapa de la historia del derecho ambiental, la legislación se sigue enfocando en la prevención de daño ambiental y ni siquiera las reformas a la LGEEPA de 1996 se ocupan claramente de la reparación del daño al entorno.

Aunque la tutela penal del ambiente no era novedad en México, la reforma comentada abrió la expectativa de un fortalecimiento del poder del Estado para hacer cumplir las obligaciones ambientales mediante la técnica de un derecho penal ambiental más sistemático y mejor adaptado a las particularidades de bien jurídico tutelado, a saber: el ambiente. Sin embargo, aún en esta segunda etapa de la historia del derecho ambiental, la legislación se sigue enfocando en la prevención de daño ambiental y ni siquiera las reformas a la LGEEPA de 1996 se ocupan claramente de la reparación del daño al

entorno. Esta tendencia habría de tomar un camino distinto durante la tercera etapa.

El tercer periodo en la historia del derecho ambiental mexicano se extiende de 1996 hasta los primeros años del siglo XXI. Durante este periodo ocurren dos circunstancias relevantes:

- a) Se reforma la Constitución para incorporar dos principios fundamentales del derecho ambiental: el derecho al ambiente adecuado en el artículo 4º y el principio del desarrollo sustentable en el artículo 25;¹⁴ y

¹¹ Estos instrumentos económicos de política ambiental encuentran su fundamento en el principio de contaminador pagador. Ejemplos de estos instrumentos son las eco etiquetas, los tributos ambientales, los sistemas de incentivos y la negociación del derecho de contaminar. Véase: González Márquez, *op. cit.*, p. 85.

¹² El derecho reflexivo plantea que el sistema jurídico reduzca las formas de regulación directa para dar paso a mecanismos de regulación indirecta y autorregulación. Véase: González Márquez, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

¹³ La reforma el Código Penal fue publicada en el *DOF* el 13 de diciembre de 1996.

¹⁴ Publicada en el *DOF* el día 28 de junio de 1999.

- b) Por otra parte, se observa una proliferación de ordenamientos legales en materia ambiental, tales como la Ley General de Vida Silvestre del 2000,¹⁵ La Ley General del Desarrollo Forestal Sustentable de 2003,¹⁶ la Ley General de Prevención y Gestión Integral de los Residuos del 2003.¹⁷

A cada uno de estos ordenamientos legales siguieron las correspondientes leyes locales, aunque no en todos los casos, el proceso legislativo local ha concluido.

Los nuevos ordenamientos legales ambientales se caracterizan por la tendencia a:

- a) Reconocer el derecho a la información,¹⁸ participación pública¹⁹ y, en un sentido limitado, el derecho al acceso a la justicia ambiental.²⁰
- b) Incorporar, aunque de manera asistemática, la preocupación por daño ambiental y su reparación.

Sin embargo, la incorporación del derecho a un ambiente adecuado en la Carta Magna era aún deficiente e incompleta, pues no se acompañaba de un reconocimiento amplio del interés jurídico en esta materia, como ocurre en otros países del mundo en los que, como consecuencia de la adopción de las Declaraciones de Estocolmo (1992) y Río de Janeiro (1992), el mencionado principio fue adoptado casi de inmediato.

De igual manera, la integración de la idea de sustentabilidad al artículo 25 de la Carta Magna tampoco tuvo consecuencias que se vieran reflejadas en el contenido de la legislación secundaria arriba mencionada.

Finalmente, el cuarto periodo de la historia del derecho ambiental comienza a dibujarse desde el 2010 con una serie de reformas constitucionales dirigidas a facilitar el acceso a la justicia ambiental, así como un gran número de modificaciones a la legislación secundaria para llevar a cabo esas reformas constitucionales.²¹

En esta última etapa, se hizo hincapié en dos aspectos: *a)* acceso a la justicia ambiental, a través de una serie de reformas procesales; y *b)* la reparación del daño

¹⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 3 de julio del 2000.

¹⁶ Publicada en el *DOF* el día 25 de febrero de 2003.

¹⁷ Publicada en el *DOF* el día 8 de octubre de 2003.

¹⁸ Derecho a la información ambiental: Artículos 159 BIS a 159 BIS 6 LGEEPA, “El derecho a la información impone al gobierno dos tipos de cargas: por un lado, la obligación de producir información en respuesta a una petición; por el otro la obligación de recabar y distribuir cierta información entre el público en general sin que haya sido solicitada”. Véase: González Márquez, *op. cit.*, p. 57.

¹⁹ Participación pública: Artículo 157 a 159 LGEEPA, “La participación pública se refiere a los variados mecanismos que los individuos o grupos sociales pueden usar para comunicar sus puntos de vista sobre un asunto público”. Véase: González Márquez, *op. cit.*, p. 57.

²⁰ Derecho a la justicia ambiental: Artículos 160 a 204 LGEEPA. El acceso a la justicia es “La adecuada protección del bien jurídico medio ambiente y el pleno ejercicio del derecho al medio ambiente adecuado”. Véase, González Márquez, *op. cit.* p. 59.

²¹ En esta etapa también se promulga la Ley General de Cambio Climático, publicada en el *DOF* el 6 de junio de 2012.



Las reformas constitucionales que fueron aprobadas durante el periodo de análisis tuvieron el objetivo de facilitar el acceso a la justicia ambiental.

ambiental, mediante la aprobación, en 2013, de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.²² Con ello, se abre la posibilidad de que el Poder Judicial tenga una mayor participación en la aplicación de la política ambiental.

Este trabajo busca analizar la última de las cuatro etapas. El análisis está dividido en tres secciones. La primera, discute las reformas constitucionales respecto al acceso de la justicia ambiental; la segunda analiza las reformas legislativas dirigidas a implementar el acceso a la justicia ambiental de dichas reformas constitucionales; y la tercera, explica brevemente el contenido de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA) de 2013.

II. Las reformas constitucionales

Las reformas constitucionales que fueron aprobadas durante el periodo de análisis tuvieron el objetivo de facilitar el acceso a la justicia ambiental. Bajo esa consideración, como se explica en seguida, el fundamento constitucional del derecho humano a un medio ambiente adecuado fue fortalecido por las reformas a los artículos 4º, 17, 94, 103, 10º y 107 de la CPEUM.

²² Publicada en el *DOF* el día 7 de junio del 2013.

La primera de las reformas constitucionales a que aludimos fue aprobada en julio de 2010. Esta reforma agregó un tercer párrafo al artículo 17 de la Constitución,²³ el nuevo texto es el siguiente:

Artículo 17, párrafo tercero.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Una de las materias a las que habrían de aplicarse las acciones colectivas, lo es precisamente la materia ambiental, puesto que por su propia naturaleza la tutela legal del bien jurídico ambiente es de carácter colectiva.

Una segunda reforma constitucional, que modificó los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución, fue aprobada en 2011.²⁴ Estos artículos regulan uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos humanos en México: el Juicio de Amparo. La reforma al artículo 107 significó que por primera vez la acción de amparo podía funcionar no sólo para proteger intereses individuales y directos, como lo establecía el texto original de la Constitución, sino también en defensa de los llamados intereses “indirectos y colectivos”, como lo es por ejemplo, el interés colectivo en la defensa del bien jurídico medio ambiente. El artículo 107 reformado señala:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:²⁵

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un *interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

La tercera reforma constitucional ocurrió también en 2011.²⁶ De acuerdo con esta reforma, todas las garantías individuales son ahora consideradas como derechos humanos, esto incluye el derecho humano a un medio ambiente sano; el cual ya había sido incluido en la Constitución en 1999 como garantía individual. La reforma constituye un cambio fundamental. Las garantías individuales son aquellos derechos

²³ Publicada en el *DOF* el día 29 de julio del 2010.

²⁴ Publicada en el *DOF* el día 6 de junio del 2011.

²⁵ Publicada en el *DOF* el 6 de junio de 2011.

²⁶ Publicada en el *DOF* el día 10 de junio del 2011.

fundamentales reconocidos a los individuos por la Constitución que no pueden ser afectados por ninguna autoridad administrativa, mientras que los derechos humanos son derechos fundamentales, inherentes a las personas, incluidos en los tratados internacionales, que el ordenamiento jurídico interno debe reconocer.²⁷

En 2012, el artículo 4° de la CPEUM fue reformado para introducir dos nuevos principios ambientales:²⁸

- a) El principio de responsabilidad ambiental como mecanismo para hacer efectivo el derecho humano a un medio ambiente adecuado.
- b) El principio de acceso al agua limpia.

Los párrafos quinto y sexto del artículo mencionado quedaron redactados como sigue:

Artículo 4°

Párrafo quinto: Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. *El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.*²⁹

Párrafo sexto: Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Cabe señalar que la modificación al párrafo quinto del artículo 4°, dio fundamento a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental aprobada en 2013 por el Congreso de la Unión³⁰ y que la enmienda al párrafo sexto, permite la emisión de una nueva Ley General de Aguas Nacionales, cuya aprobación está aún pendiente.³¹

Finalmente, en 2013 la CPEUM fue reformada a fin de incluir nuevas disposiciones para regular el sector energético y sus posibles efectos negativos en el ambiente. Esta modificación incluye cambios a los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución.³²

²⁷ Jorge Carpizo, “Los Derechos Humanos: Naturaleza Denominación y Características”, *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio- diciembre 2011, p. 14.

²⁸ Publicada en el *DOF* el día 8 de febrero del 2012.

²⁹ Párrafo adicionado el 08 de febrero del 2012.

³⁰ De hecho, el artículo segundo transitorio del Decreto de Reforma Constitucional, otorgó al Congreso de la Unión un plazo de 180 días para “incorporar las disposiciones relativas al derecho a un medio ambiente sano y las responsabilidades por el daño y deterioro ambiental.

³¹ El artículo tercero transitorio del Decreto de Reforma Constitucional otorgo al Congreso de la Unión un plazo de 360 días para emitir una Ley General de Aguas, pero esa ley no ha sido aún aprobada.

³² Publicada en el *DOF* el día 20 de diciembre del 2013.

El principal objetivo de esta última reforma fue el abrir oportunidades a la inversión privada, nacional y extranjera en el sector energético, aunque también incluyó consideraciones en materia ambiental.

De este modo, el artículo 25 modificado, hace hincapié en el principio de sostenibilidad como la piedra angular del desarrollo económico. En la misma línea, los artículos transitorios de esta reforma constitucional³³ se refieren a los efectos ambientales de la reforma energética y obligan al Congreso de la Unión a aprobar una reforma legislativa que trate a las cuestiones ambientales relacionadas con el sector energético.

Por ejemplo, el artículo transitorio número XIX sostiene que: “Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico para crear la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos”. De acuerdo con el mismo artículo, la Agencia estará facultada para regular y supervisar las actividades del sector de hidrocarburos en lo que se refiere a la seguridad industrial y la protección del ambiente. En el mismo sentido, el artículo transitorio número XVII también señala que el “Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico, para establecer las bases en las que el Estado procurará la protección y cuidado del medio ambiente, en todos los procesos relacionados con la materia del presente Decreto en los que intervengan empresas productivas del Estado, los particulares o ambos”. Las nuevas leyes del sector energético han incorporado una serie de principios ambientales específicos para ese sector.

III. El acceso a la justicia ambiental en la legislación secundaria

Con base en las reformas constitucionales analizadas en el apartado anterior, en los meses siguientes a su promulgación fueron aprobadas por el Congreso de la Unión varias reformas a la legislación secundaria, con el fin de proteger los intereses colectivos en los asuntos ambientales.

En enero del 2011, el Congreso de la Unión aprobó una reforma al artículo 180 de la LGEEPA, para conceder a las comunidades afectadas por una decisión de las autoridades ambientales el derecho de interponer la acción de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. El artículo 180 reformado prescribe:³⁴

³³ Los artículos transitorios son disposiciones legales cuyo objetivo es aclarar la forma en que se le dará cumplimiento a la nueva ley o reforma. Normalmente establecen la fecha de entrada en vigor de las nuevas disposiciones, pero en el caso de reformas constitucionales, estos artículos transitorios pueden obligar al Congreso de la Unión a aprobar las leyes necesarias para dar cumplimiento a las mismas.

³⁴ Publicada en el *DOF*, el 28 de enero de 2011.

ARTÍCULO 180.- Tratándose de obras o actividades que contravengan las disposiciones de esta Ley y de aquéllas a las cuales se aplica de manera supletoria, así como de los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de las mismas, los programas de ordenamiento ecológico, las declaratorias de áreas naturales protegidas o los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de la misma, las personas físicas y morales que tengan interés legítimo tendrán derecho a impugnar los actos administrativos correspondientes, así como a exigir que se lleven a cabo las acciones necesarias para que sean observadas las disposiciones jurídicas aplicables, siempre que demuestren en el procedimiento que dichas obras o actividades originan o pueden originar un daño al medio ambiente, los recursos naturales, la vida silvestre o la salud pública.

Para tal efecto, de manera optativa podrán interponer el recurso administrativo de revisión a que se refiere este Capítulo, o acudir al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Para los efectos del presente artículo, tendrán interés legítimo las personas físicas o morales de las comunidades posiblemente afectadas por dichas obras o actividades.³⁵

Este artículo añade que todos los individuos o grupos de individuos de las comunidades que pudieran ser afectadas por trabajos, actividades ilegales, o no autorizadas, pueden optar entre presentar recurso de revisión ante la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, o bien, para pedir la nulidad del acto ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Posteriormente, en agosto del 2011, el artículo primero del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) fue modificado para establecer que la regla tradicional, en virtud del cual se concede legitimación para interponer acciones de daños únicamente a las personas directamente afectadas por daño,³⁶ no es aplicable en casos de protección de los intereses difusos o colectivos, y por tanto no es aplicable cuando se trata de una acción civil por daños al ambiente.³⁷

Con base en la reforma constitucional de 2010, en agosto de 2011, fueron aprobadas reformas legislativas para introducir las llamadas acciones colectivas a la legislación mexicana. Estas reformas tienen el objetivo de ampliar el alcance de la legitimación procesal en los casos en que se involucran intereses colectivos, como ocurre en los conflictos ambientales.³⁸ Con ese objetivo, entre otras modificaciones,

³⁵ Publicado en el *DOF*, el 28 de enero de 2011.

³⁶ El texto original del artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Civiles señala que: “Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga interés en contrario”.

³⁷ Publicada en el *DOF*, el 30 de agosto de 2011.

³⁸ Las leyes que sufrieron cambios por la reforma fueron: Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General

la reforma introdujo una nueva sección dentro del Código Federal de Procedimientos Civiles (el nuevo Libro Quinto) que regula las “Acciones colectivas” y modificó el artículo 202 de la LGEEPA para armonizar su contenido con las nuevas disposiciones del CFPC.

El nuevo libro quinto del CFPC, se compone de los artículos 578 a 626, que establecen las reglas procedimentales para proteger los derechos e intereses colectivos. De acuerdo con las nuevas disposiciones de este Código procesal, los intereses y derechos colectivos se dividen en:

- a) Derechos o interés colectivos o difusos.³⁹
- b) Derechos o intereses individuales con incidencia colectiva.⁴⁰

Estos derechos colectivos pueden ser protegidos mediante el ejercicio de las siguientes acciones:

- a. La acción colectiva difusa.⁴¹
- b. La acción colectiva en sentido estricto.⁴²
- c. La acción legal homogénea.⁴³

El libro quinto del CFPC regula la legitimación procesal, el procedimiento para presentar este tipo de acciones, el alcance de la sentencia, las medidas cautelares, la

del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código Civil Federal.

³⁹ El interés colectivo es de naturaleza transindividual e indivisible, lo anterior derivado de una relación jurídica existente y determinada, que afecta a un grupo de personas categorizado por ciertas características o rasgos que los hacen distinguibles de otros grupos sociales. Entonces, si la relación jurídica es existente o determinada, estaremos frente a un interés colectivo, mientras que, si el interés es indeterminado y no deviene de una relación jurídica que, por lo tanto, establezca un derecho subjetivo, estaremos en presencia de un interés difuso, que puede ser hecho valer por cualquier integrante de un grupo indeterminado de personas.

⁴⁰ Los derechos o intereses individuales con incidencia colectiva, también se conocen como “intereses homogéneos”. Este tipo de interés puede ser ejecutado por una acción de grupo, tal como pueden ser ejercidos los intereses colectivos y difusos, pero se distingue de estos, porque éste es un interés naturalmente individual que se convierte en accidentalmente colectivo por su homogeneidad, lo cual significa que determinada acción tendrá consecuencias y alcance a los demás individuos del colectivo, aunque éstos no hayan litigado; recibiendo tal beneficio de forma accidental.

⁴¹ La acción colectiva difusa es aquella que se puede hacer valer por cualquier miembro del colectivo, teniendo la sentencia carácter de transindividual. Este tipo de acciones pueden hacerse valer, cuando la afectación se haga a los derechos difusos —tales como el medio ambiente—, y se verá beneficiado todo el colectivo sin distinción alguna, por el carácter general de la sentencia, aunque los miembros beneficiados no hayan formado parte de la *litis*.

⁴² La acción colectiva en sentido estricto, es la ejercida por un determinado grupo de personas que tienen un mismo interés. Éste tipo de acción solamente tendrá efectos para las personas que litigaron, aunque haya miembros fuera del colectivo en *litis*, que se encuentren en la misma circunstancia.

⁴³ La acción legal homogénea, en principio es de carácter naturalmente individual, por lo que la acciona uno o varios elementos del colectivo por tener un interés jurídico afectado, pero por la misma naturaleza de la acción, se vuelve accidentalmente colectiva, teniendo efectos hacia todas aquellas personas que tengan la misma vulneración a sus derechos, aunque no hayan litigado.

relación entre las acciones colectivas e individuales y la creación de un fondo cuyos recursos provienen de las indemnizaciones que ordenen las sentencias pronunciadas en juicios en los que se ejerza una acción colectiva.

Asimismo, el artículo 202 de la LGEEPA reformado sostiene:

ARTÍCULO 202. La procuraduría Federal de Protección al Ambiente, en el ámbito de sus atribuciones, está facultada para iniciar las acciones que procedan, ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación administrativa o penal.

Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, la procuraduría Federal de Protección al Ambiente, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.

Lo anterior también será aplicable respecto de aquellos actos, hechos u omisiones que violenten la legislación ambiental de las entidades federativas.⁴⁴

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo transitorio de la reforma de los artículos 103 y 107 de la CPEUM, en 2013 fue aprobada una nueva Ley de Amparo.⁴⁵ Esta nueva ley, reconoce legitimación para interponer acciones de amparo por todos aquellos que ostenten un interés individual, colectivo o, incluso, un interés simple.⁴⁶

IV. La reparación del daño ambiental

La serie de reformas constitucionales y legales descritas en los aparatos anteriores, ilustran cómo se va abriendo el camino hacia la edificación de un sistema jurídico avocado a la regulación de la responsabilidad ambiental y, concomitantemente, muestran que el derecho ambiental va dejando de descansar exclusivamente en la técnica del comando y control propia de las legislaciones primigenias para dar cabida a otros métodos jurídicos de protección al entorno, incluso, una reforma constitucional obligó al Congreso de la Unión a legislar sobre el tema.

⁴⁴ Artículo adicionado y publicado en el *DOF* el 30 de agosto del 2011.

⁴⁵ Publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013.

⁴⁶ El reconocimiento del interés simple o jurídico parte de la existencia de una relación jurídica que contenga un derecho legítimamente tutelado, personal, directo y sujeto a la posibilidad de ser exigido cuando la norma de relación es transgredida por algún particular o autoridad, así como la posibilidad de poder acceder a la restitución del derecho violentado.

En efecto, el derecho a la reparación del daño ambiental se incorporó recientemente al artículo 4° de la CPEUM y con base en ese principio constitucional, en 2013 el Congreso de la Unión aprobó la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA).⁴⁷ Sin embargo, como se verá, este no es el único ordenamiento jurídico que se ocupa de la materia, sino que otras leyes ambientales regulan también mecanismos de reparación del daño ambiental que complementan sus disposiciones y en ocasiones la contradicen.



www.noticiasms.com

Sin embargo, como se verá, este no es el único ordenamiento jurídico que se ocupa de la materia, sino que otras leyes ambientales regulan también mecanismos de reparación del daño ambiental que complementan sus disposiciones y en ocasiones la contradicen.

La LFRA está compuesta por 56 artículos organizados en tres títulos. El primer título hace referencia a la responsabilidad ambiental, e incluye tres capítulos que regulan cuestiones como: definir el alcance del concepto de daño medio ambiental, las consecuencias legales del daño ambiental, la restauración del daño ambiental, el procedimiento judicial para imputar la responsabilidad ambiental, incluyendo la legitimación procesal, las providencias precautorias, la carga de la prueba y los alcances de la sentencia; también hace referencia a la creación de un Fondo para la Restauración Ambiental. En general, el título introduce una serie de modificaciones a los principios tradicionales de responsabilidad civil relativos a la restauración y compensación de daños ambientales.

El segundo título regula los medios alternativos de solución de controversias, mientras que el título tercero contiene disposiciones que están destinadas a complementar el sistema de responsabilidad penal previsto en el Código de la materia.

De acuerdo con esta nueva Ley, la responsabilidad administrativa es objeto de regulación de otras leyes generales medio ambientales. Sin embargo, la LFRA incluye algunas disposiciones que complementan la regulación de las multas económicas que se establecen en otras leyes ambientales, tales como la LGEEPA o la Ley General de Vida Silvestre.

⁴⁷ Publicada en el *DOF* el 7 de julio de 2013.

IV.1 El objeto de la LFRA

Como lo reconoce el párrafo segundo de su artículo primero, esta Ley es reglamentaria del artículo 4º constitucional y por lo tanto sus objetivos consisten en garantizar los derechos humanos que en materia ambiental consagra ese precepto de la Carta Magna, a saber: el derecho humano a un medio ambiente sano y el derecho humano a exigir la responsabilidad generada por el daño y el deterioro ambiental. Sin embargo, el párrafo citado también señala como objetivo de este ordenamiento jurídico el consistente en la protección, la preservación y la restauración del ambiente y el equilibrio ecológico, por lo que debiera entonces señalarse que también es reglamentaria de los artículos 27 y 73, fracción XXIX-G, aunque con relación a este último precepto constitucional, como lo explicaremos más adelante, existe un problema de incompatibilidad, lo cual quizá explica la omisión que se hace del artículo 73, fracción XXIX-G como fundamento de este ordenamiento jurídico.

Para lograr sus objetivos, la LFRA regula la responsabilidad ambiental que nace de daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños.

Por lo tanto, esta Ley es aplicable únicamente cuando coinciden dos circunstancias:

- a) La existencia de un daño al ambiente.
- b) Que esa responsabilidad y reparación sean exigibles a través de:
 - i) los procesos judiciales federales previstos por el artículo 17 constitucional, es decir a través de acciones colectivas,
 - ii) los mecanismos alternativos de solución de controversias,⁴⁸
 - iii) los procedimientos administrativos, y
 - iv) aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

A la luz de lo anterior, el adecuado análisis del contenido de esta Ley exige explicar, primero ¿qué se entiende por daño ambiental?, para luego definir ¿cuáles son los mecanismos para la reparación y compensación del daño ambiental que ese ordenamiento establece?

Ambas cuestiones se analizan en los apartados siguientes.

IV.2 El daño al ambiente en la LFRA

La LFRA define al daño ambiental en el artículo 2º, fracción tercera como:

⁴⁸ Artículo 1º fracción XII LFRA: Mecanismos alternativos: Los mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación, la conciliación y los demás que permitan a las personas prevenir conflictos, o en su caso, solucionarlos, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para garantizar la legalidad y eficacia del convenio adoptado por los participantes y el cumplimiento del mismo.

Pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitat, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan. Para esta definición se estará a lo dispuesto por el artículo 6o. de esta Ley [...].

Sin embargo, este concepto no es del todo claro, ya que no acota en qué momento el cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos sobre los hábitats se convierte en daño. Tampoco es preciso porque confunde al daño que ocurre sobre el bien jurídico ambiente, con el daño que afecta a los elementos que lo integran; más aún, confunde la contaminación con el daño ambiental.

Esta falta de certeza jurídica generada por una inadecuada redacción del precepto citado, puede hacer más difícil el cumplimiento de esta la Ley. De hecho, el artículo 6° dispone que no se considerará que hay daño ambiental cuando los menoscabos, pérdidas, afectaciones, modificaciones o deterioros no sean adversos, en virtud de:

- I. Haber sido expresamente manifestados por el responsable y explícitamente identificados, delimitados en su alcance, evaluados, mitigados y compensados mediante condicionantes, y autorizados por la Secretaría, previamente a la realización de la conducta que los origina, mediante la evaluación del impacto ambiental o su informe preventivo, la autorización de cambio de uso de suelo forestal o algún otro tipo de autorización análoga expedida por la Secretaría; o de que,
- II. no rebasen los límites previstos por las disposiciones que en su caso prevean las Leyes ambientales o las normas oficiales mexicanas.

En consecuencia, en el caso de estos dos supuestos, aunque de hecho exista un daño ambiental, el sistema de responsabilidad que la Ley regula no será aplicable, y por tanto, no habrá restauración posible al amparo de la misma.

La excepción que establece la fracción I del artículo 6° tiene a su vez otra excepción, pues el último párrafo de este precepto señala que “La excepción prevista por la fracción I del presente artículo no operará, cuando se incumplan los términos o condiciones de la autorización expedida por la autoridad”.

La desconsideración por los principios fundamentales del derecho llega a su máximo cuando en el artículo 7° esta ley señala que:

Artículo 7°

A efecto de otorgar certidumbre e inducir a los agentes económicos a asumir los costos de los daños ocasionados al ambiente, la Secretaría deberá emitir paulatinamente normas oficiales mexicanas, que tengan por objeto establecer caso por caso y atendiendo la Ley de la materia, las cantidades mínimas de deterioro, pérdida, cambio, menoscabo, afectación, modifi-

cación y contaminación, necesarias para considerarlos como adversos y dañosos [...].

El daño es un menoscabo sobre cuya existencia el afectado debe tener el derecho de ofrecer probanzas y no una creación producto de la decisión de la administración pública.

El mismo artículo 7° citado agrega que:

Para ello, se garantizará que dichas cantidades sean significativas y se consideren, entre otros criterios, el de la capacidad de regeneración de los elementos naturales.

La falta de expedición de las normas referidas en el párrafo anterior, no representará impedimento ni eximirá al responsable de su obligación de reparar el daño a su estado base, atendiendo al concepto previsto en el artículo 2°, fracción III, de esta Ley.

Es decir, el Congreso de la Unión le dio a la autoridad administrativa la facultad de decidir cuándo hay y cuándo no hay daño ambiental, lo cual resulta absurdo pues el daño ambiental existirá siempre que se rompa de manera permanente el equilibrio entre las funciones ambientales de una forma tal que se prive al ambiente de su capacidad de ser un adecuado soporte de vida. El legislador llega a esa aberración que mezcla consideraciones de derecho civil con principios del derecho administrativo debido a que de origen no identifica cuál es el bien jurídico que pretende tutelar y por tanto, tampoco acota qué es el daño ambiental, entonces confunde al ambiente con los elementos base del mismo (aire, agua, suelo, etcétera), y al daño con contaminación. En nuestra opinión el daño ambiental es evidente sólo cuando ocurre un desequilibrio entre las funciones ambientales que desempeñan los elementos de base del ambiente (aire, agua, suelo, flora y fauna), de una envergadura tal que se priva al ambiente de la capacidad para ser soporte de vida. Esta cuestión no puede decidirse por la vía de normas oficiales mexicanas, sino que deberá evaluarse con mecanismos de prueba idóneos que la ley debiera contener.

El objetivo central de todo sistema de responsabilidad ambiental debe ser la reparación del daño, pues la prevención de este evento ya ha sido materia de otros sistemas normativos, tales como el derecho administrativo ambiental.

Un aspecto positivo es que el artículo 4° de esta ley reconoce que el daño medio ambiental es diferente al civil causado a los propietarios de los recursos naturales, que ya está regulado en los Códigos Civiles, además de que también señala que la responsabilidad ambiental es diferente de la responsabilidad administrativa o penal. Sin embargo, jamás logra delimitar las fronteras del daño ambiental, y por tanto fracasa en su objetivo.

IV.3 Los mecanismos para reparación del daño ambiental

El objetivo central de todo sistema de responsabilidad ambiental debe ser la reparación del daño, pues la prevención de este evento ya ha sido materia de otros sistemas normativos, tales como el derecho administrativo ambiental. En los apartados siguientes analizamos como se trata este tema en la LFRA y en otras leyes ambientales.

I. La reparación en la LFRA

La LFRA reconoce tres mecanismos para la reparación del daño ambiental: a) la reparación *in natura*, b) la reparación *in natura* sustituta, y c) la sanción económica, al señalar en su artículo 10° que toda persona física o moral que con su acción u omisión ocasione directa o indirectamente un daño al ambiente, será responsable y estará obligada a la reparación del daño, o bien, cuando la reparación no sea posible, a la compensación ambiental que proceda.

La reparación *in natura* implica devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el daño se produjera. Como señala el artículo 13 de la LFRA, la reparación del daño ambiental consistirá en restituir a su *estado base* los hábitats, los ecosistemas, los elementos y recursos naturales, sus condiciones químicas, físicas o biológicas y las relaciones de interacción que se dan entre estos, así como los servicios ambientales que proporcionan.

Este principio, si bien es deseable, en la práctica resulta complicado realizarse pues para ello, es menester conocer cuál era ese estado primigenio del ambiente, y esa información no siempre se encuentra disponible y, por otra parte, la LFRA no define instrumentos legales que permitan arribar a tal certeza.

En un intento para enfrentar esa problemática, el precepto de marras señala que la reparación *in natura* se logra mediante la restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación, lo cual resulta evidentemente tautológico y confuso, pues nos conduce al absurdo de sostener que el daño ambiental se repara reparándolo.

El artículo 13 de la LFRA señala una serie de principios que rigen a la reparación del daño ambiental, a saber:

[..]

La reparación deberá llevarse a cabo en el lugar en el que fue producido el daño.

Los propietarios o poseedores de los inmuebles en los que se haya ocasionado un daño al ambiente, deberán permitir su reparación, de conformidad a esta Ley. El incumplimiento a dicha obligación dará lugar a la imposición de medios de apremio y a la responsabilidad penal que corresponda.

Los propietarios y poseedores que resulten afectados por las acciones de reparación del daño al ambiente producido por terceros, tendrán derecho de repetir respecto a la persona que resulte responsable por los daños y perjuicios que se les ocasionen.

Sin embargo, esos principios no cubren la laguna jurídica que hemos expuesto.

Por su parte, la reparación *in natura* sustituta, consiste en la reparación de un daño ambiental similar al producido cuando este último no sea susceptible de reparación. Este mecanismo de reparación del daño ambiental está referido en el artículo 17 de la LFRA, según el cual, la compensación del daño ambiental consistirá en la inversión o las acciones que el responsable haga a su cargo, que generen una mejora ambiental, sustitutiva de la reparación total o parcial del daño ocasionado al ambiente, según corresponda, y equivalente a los efectos adversos ocasionados por el daño. Al igual que en el caso de la reparación *in natura*, el precepto en comentario también establece algunos criterios que rigen a la reparación *in natura* sustituta, a saber:

Artículo 17.- [...]

La inversión o acciones deberán hacerse en el ecosistema o región ecológica en donde se hubiese ocasionado el daño. De resultar esto materialmente imposible, la inversión o las acciones se llevarán a cabo en un lugar alternativo, vinculado ecológica y geográficamente al sitio dañado y en beneficio de la comunidad afectada. En este último caso, serán aplicables los criterios sobre sitios prioritarios de reparación de daños, que en su caso expida la Secretaría en términos de lo dispuesto por la Sección Cinco, Capítulo Tercero del presente Título. El responsable podrá cumplir con la obligación prevista en el presente artículo, mediante la contratación de terceros.

Es decir, el precepto citado consagra el principio de la reparación *in natura*, que implica devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el daño se produjera, pero con relación a otro daño distinto a aquel que fue objeto de la acción de responsabilidad por daños al ambiente.

La LFRA también se refiere a una sanción económica que, de conformidad con el artículo 19, no es sustitutiva, como ocurre en el caso de la responsabilidad civil, sino accesoria de la reparación *in natura* en cualquiera de sus formas.

Esta sanción pecuniaria consistirá en el pago de una cantidad de dinero equivalente a:

Artículo 19.- [...]

De trescientos a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción, cuando el responsable sea una persona física. De mil a seiscientos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción, cuando la responsable sea una persona moral.

De conformidad con el artículo 23 de la LFRA, la sanción económica será determinada por el juez tomando en cuenta la capacidad económica de la persona responsable para realizar el pago, así como los límites, requisitos y garantías previstos en su favor por la CPEUM, la gravedad del daño ocasionado y el carácter intencional o negligente de la violación, asegurándose que se neutralice el beneficio económico obtenido, si lo hubiere, y se garantice prioritariamente el monto de las erogaciones del actor o actores que hayan sido necesarias para acreditar la responsabilidad. En cada caso, el órgano jurisdiccional preverá que la sanción económica sea claramente suficiente para lograr los fines de inhibición y prevención general y especial a que hace referencia el artículo 2º, fracción XI de esa Ley.

La sanción económica a que nos referimos también es un mecanismo de reparación del daño ambiental pues, aunque el artículo 2º de la misma señala que la sanción económica consiste en “El pago impuesto por la autoridad judicial para penalizar una conducta ilícita dañosa, dolosa con la finalidad de lograr una prevención general y especial e inhibir en el futuro comportamientos prohibidos”, de conformidad con el artículo 46 esa sanción económica se destina al Fondo de Responsabilidad Ambiental.

Este precepto señala:

Artículo 46.- [...]

El Fondo estará bajo la vigilancia, supervisión y coordinación de la Secretaría, y su patrimonio se integrará con:

- I. La sanción económica referida en la fracción XIV del artículo 2o. de la presente Ley.
- II. Los demás recursos que obtenga por cualquier otro concepto.

Ahora bien, en términos del artículo 45 de la propia LFRA:

El Fondo de Responsabilidad Ambiental tendrá como objeto el pago de la reparación de los daños que sean ocasionados al ambiente, en los casos que por razones de urgencia o importancia determine la administración pública federal, además del pago de los estudios e investigaciones que el juez requiera realizar a la Secretaría o la Procuraduría durante el proceso jurisdiccional de responsabilidad ambiental.

Por lo tanto, la sanción económica no es ni una indemnización pecuniaria al estilo del derecho civil, ni una multa en términos del derecho administrativo, sino un mecanismo de reparación genérica del daño ambiental cuyo monto, a través de Fondo, se dirige al pago de daños al ambiente.

II. *La reparación del daño en otras leyes ambientales*

Como lo comentamos al inicio de este apartado, la LFRA no es el único ordenamiento jurídico que se refiere a la reparación del daño ambiental. Por ejemplo, el

artículo 68 de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (LGPGIR) señala que “quienes resulten responsables de la contaminación de un sitio, así como de daños a la salud como consecuencia de esta, estarán obligados a reparar el daño causado, conforme a las disposiciones legales correspondientes”.

En complemento, el artículo 77 del mismo ordenamiento indica que “las acciones en materia de remediación de sitios y de reparación y compensación de daños ocasionados al ambiente, previstas en este capítulo, se llevarán a cabo de conformidad con lo que señale el Reglamento, y a lo dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental”.

Ahora bien, el Reglamento de la LGPGIR es mucho más detallado que la LFRA en cuanto a los mecanismos de reparación del daño. Al respecto, el artículo 132 del Reglamento de la LGPGIR señala que cuando se contamine un sitio derivado de una emergencia⁴⁹ o cuando exista un pasivo ambiental,⁵⁰ deberá elaborarse un programa de remediación; y el artículo 134 prescribe que:

Artículo 134.- Los programas de remediación, según corresponda, se integran con:

- I. Estudios de caracterización;
- II. Estudios de evaluación de riesgo ambiental;
- III. Investigaciones históricas; y
- IV. Las propuestas de remediación.

Como se observa, este Reglamento contempla mecanismos que permiten identificar cuál era el “estado base” del ambiente dañado,⁵¹ así como criterios para determinar el vínculo de causalidad,⁵² elementos que están ausentes en la LFRA.

En el mismo sentido, la LGEEPA establece un estándar de reparación del daño ambiental distinto al que contiene la LFRA.

⁴⁹ De acuerdo al artículo 132 del mencionado reglamento, existe emergencia: cuando la contaminación del sitio derive de una circunstancia o evento indeseado o inesperado; que ocurra repentinamente y que traiga como resultado la liberación no controlada, incendio o explosión de uno o varios materiales peligrosos o residuos peligrosos que afecten la salud humana o el medio ambiente, de manera inmediata.

⁵⁰ En el mismo artículo 132, se define a pasivo ambiental, como aquellos sitios contaminados por la liberación de materiales o residuos peligrosos, que no fueron remediados oportunamente para impedir la dispersión de contaminantes, pero que implican una obligación de remediación. En esta definición se incluye la contaminación generada por una emergencia que tenga efectos sobre el medio ambiente.

⁵¹ Artículo 134, párrafo tercero: “Los programas de remediación se elaborarán con base en el estudio de caracterización y, en su caso, en el de evaluación de riesgo ambiental. En la elaboración de los programas de remediación para pasivos ambientales también se considerarán las investigaciones históricas”.

⁵² Artículo 134, párrafo cuarto: “Estas investigaciones tendrán como finalidad establecer las actividades causantes de los daños ambientales realizadas en el sitio contaminado, los sucesos que condujeron a la contaminación del suelo, el subsuelo y los mantos acuíferos, las condiciones geo-hidrológicas que prevalecieron en el sitio, con base en informaciones documentales, así como la relación de quienes hubieren sido poseedores y de los usos que haya tenido el predio o predios en los cuales se localice el sitio contaminado”.

En efecto, el artículo 152 BIS de la LGEEPA dispone que:

Cuando la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos produzca contaminación del suelo, los responsables de dichas operaciones deberán llevar a cabo las acciones necesarias para recuperar y restablecer las condiciones del mismo, con el propósito de que éste pueda ser destinado a alguna de las actividades previstas en el programa de desarrollo urbano o de ordenamiento ecológico que resulte aplicable, para el predio o zona respectiva.

Sin embargo, esta Ley no establece mecanismos para llegar a ese objetivo, por lo que, en su caso, es aplicable el Reglamento de la LGPGIR.

Por su parte, la Ley General de Vida Silvestre (LGVS) en su artículo 70 se refiere a la restauración cuando se trata de problemas de destrucción, contaminación, degradación, desertificación o desequilibrio del hábitat de la vida silvestre. En estos casos, la Ley indica que el mecanismo de restauración consiste en la elaboración y ejecución por parte de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) de “programas de prevención, de atención de emergencias y de restauración para la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propician la evolución y continuidad de los procesos naturales de la vida silvestre, tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 78, 78 BIS y 78 BIS 1 de la LGEEPA, y de conformidad con lo establecido en el reglamento y las demás disposiciones aplicables”.

Por su parte, la Ley General de Vida Silvestre (LGVS) en su artículo 70 se refiere a la restauración cuando se trata de problemas de destrucción, contaminación, degradación, desertificación o desequilibrio del hábitat de la vida silvestre.

De igual forma, el artículo 39 de la LGVS, indica que las unidades de manejo para la conservación de la vida silvestre, tienen entre otros, los objetivos de la restauración, protección, mantenimiento, recuperación, reproducción, repoblación, reintroducción, investigación, rescate, resguardo, rehabilitación, exhibición, recreación, educación ambiental y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre, con lo cual, dichas unidades de manejo son también mecanismos de restauración del daño ambiental y no están previstos por la LFRA.

Finalmente, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable en su artículo 127 introduce también un mecanismo de reparación del daño ambiental al señalar que:

[...] cuando se presenten procesos de degradación o desertificación, o graves desequilibrios ecológicos en terrenos forestales o preferentemente forestales, la Comisión formulará y ejecutará, en coordinación con los propietarios, programas de restauración ecológica con el propósito de que

se lleven a cabo las acciones necesarias para la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propicien la evolución y continuidad de los procesos naturales que en ellos se desarrollaban, incluyendo el mantenimiento del régimen hidrológico y la prevención de la erosión y la restauración de los suelos forestales degradados.

El precepto agrega que los propietarios, poseedores, usufructuarios o usuarios de terrenos forestales o preferentemente forestales están obligados a realizar las acciones de restauración y conservación que se establezcan en esos programas.

En consecuencia, de conformidad con esta Ley los planes de restauración ecológica son mecanismos de reparación del daño ambiental que tampoco están previstos en la LFRA. Como hemos señalado, el daño ambiental consiste en un desequilibrio permanente entre las funciones ambientales que priva al ambiente de su capacidad para ser soporte de vida. Por tanto, la reparación del daño ambiental debe consistir en devolver al ambiente dañado esa capacidad. Diversas leyes ambientales que aquí se han señalado contienen disposiciones que se acercan más a esta idea que la propia LFRA, por lo que se impone una revisión de esa ley a este respecto.

V. El carácter regresivo de la LFRA

El principio de no regresión o de no retroceso consiste en que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si ello implica retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.⁵³ El análisis de la LFRA muestra que hay un sinnúmero de razones para considerarla una ley regresiva.

En primer lugar, de conformidad con el artículo 73, fracción XXIX-G de la Carta Magna en materia ambiental rige el principio de competencias concurrentes, lo que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) significa que en esta materia pueden legislar los tres niveles de gobierno, pero que será el Congreso de la Unión el que en *leyes generales* determine la esfera de competencias de cada uno de ellos.⁵⁴ El sistema de competencias concurrentes fue introducido por una reforma a la Constitución en el año de 1987 bajo la premisa de que en materia ambiental no es conveniente la centralización de funciones, sino que se requiere de la participación de todos los niveles de autoridad.⁵⁵ Por ello, como se ha señalado, la mayoría de las leyes en esta materia son de carácter general y no federal.

A pesar de lo anterior, la nueva LFRA es de naturaleza federal. Esto significa que las legislaturas locales no tienen permitido aprobar su propia legislación en esta

⁵³ Véase: González Márquez, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴ Véase al respecto: Tania García López, *Derecho ambiental mexicano. Introducción y principios*, México, Bosch, 2013, pp. 47-50.

⁵⁵ Véase: José Juan González Márquez y Miguel Angel Cancino, “La distribución de competencias en materia ambiental”, en: González Márquez, José Juan (coord.), *Derecho ambiental*, México, UAM, 1994.

materia y, en consecuencia, esta nueva ley podría tener efectos inconstitucionales pues incumple con lo dispuesto por el artículo de la Norma fundamental citado.

En segundo lugar, a pesar de que un análisis comparativo de los regímenes de responsabilidad ambiental en otras jurisdicciones, muestra la tendencia a considerar la responsabilidad ambiental como responsabilidad objetiva,⁵⁶ la LFRA establece en el artículo 11 que “La responsabilidad por daños ocasionados al ambiente será subjetiva, y nace de actos u omisiones ilícitos con las excepciones y supuestos previstos en este Título”.⁵⁷

Incluso, el artículo 151 de la LGEEPA fue reformado en 1996 para consagrar el principio de responsabilidad objetiva, por el manejo y disposición final de residuos peligrosos. Este precepto reza:

La responsabilidad del manejo y disposición final de los residuos peligrosos corresponde a quien los genera. En el caso de que se contrate los servicios de manejo y disposición final de los residuos peligrosos con empresas autorizadas por la Secretaría y los residuos sean entregados a dichas empresas, la responsabilidad por las operaciones será de éstas independientemente de la responsabilidad que, en su caso, tenga quien los generó.

De la misma forma, según un criterio aislado de los Tribunales Colegiados de Circuito, 152 bis adicionado a la LGEEPA, también en 1996, refrendaba este principio. El criterio señala:

Época: Décima Época

Registro: 2009576

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 20, Julio de 2015, Tomo II

Materia(s): Administrativa

Tesis: I.Io.A.101 A (10a.)

Página: 1758

RESPONSABILIDAD AMBIENTAL POR CONTAMINACIÓN DEL SUELO. SU NATURALEZA ES OBJETIVA, YA QUE EL PRESUPUESTO LEGAL PARA SU ACTUALIZACIÓN ES LA MANIPULACIÓN DE MATERIALES PELIGROSOS.

⁵⁶ Véase al respecto: José Juan González Márquez, *Teoría del derecho ambiental. Vol 2. La responsabilidad por el daño ambiental*, México, IMIDA, 2014, pp. 61-79.

⁵⁷ Véase al respecto: José Juan González Márquez, *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, México, PNUMA, 2003.

La responsabilidad objetiva constituye una especie de la responsabilidad civil extracontractual, puesto que no deriva del incumplimiento a un pacto, sino del uso de objetos peligrosos que, por producir un riesgo, generan consecuencias y obligaciones a quien los empleó, con independencia de si el sujeto involucrado actuó ilícitamente, con dolo o en forma culposa. Por otro lado, el artículo 152 Bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente dispone que la obligación derivada de la contaminación del suelo se genera por el manejo o la disposición final de materiales o residuos peligrosos que produzca esa alteración. En ese sentido, el empleo por el legislador de la frase “manejo o disposición” y la referencia a “materiales o residuos peligrosos” implican que, a efecto de verificar quién debe responder por el daño al suelo, únicamente cobra relevancia, en principio: 1) la utilización o manipulación del bien, y 2) que ese material constituya un riesgo, lo que es suficiente para concluir que el precepto de que se trata regula una responsabilidad objetiva. Consecuentemente, en esos casos, las investigaciones de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente deben encaminarse a determinar quién fue el que materialmente creó el riesgo y, eventualmente, si existió alguna irregularidad o negligencia que lo incrementara o si, por el contrario, se trató de un caso fortuito que rebasó las medidas razonablemente necesarias para prevenirlo; de ahí que sólo está facultada para investigar y sancionar a partir del riesgo objetivo, lo que, por su naturaleza, involucra el análisis de las circunstancias materiales del evento.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 844/2014. Kansas City Southern de México, S.A. de C.V. 19 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Joel Carranco Zúñiga. Secretario: Rodolfo Alejandro Castro Rolón.

Esta tesis se publicó el viernes 3 de julio de 2015 a las 9:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Por tanto, la LFRA es regresiva con relación a las tendencias dominantes que muestra el derecho comparado, los avances de la legislación doméstica e incluso con relación a la postura de la jurisprudencia nacional.

Además de lo anterior, la LFRA es confusa, pues establece cuatro excepciones al principio de responsabilidad subjetiva en el artículo 12, a saber:

Artículo 12.- Será objetiva la responsabilidad ambiental, cuando los daños ocasionados al ambiente devengan directa o indirectamente de:

- I. Cualquier acción u omisión relacionada con materiales o residuos peligrosos;
- II. El uso u operación de embarcaciones en arrecifes de coral;

- III. La realización de las actividades consideradas como Altamente Riesgosas, y
- IV. Aquellos supuestos y conductas previstos por el artículo 1913 del Código Civil Federal.

El objetivo del artículo 12 no es claro. En primera instancia, pareciera que las fracciones I, II y III intentarían limitar los casos en que la responsabilidad ambiental será considerada objetiva.

Sin embargo, la LFRA también excluye del principio la responsabilidad subjetiva en los casos establecidos en el artículo 1913 del Código Civil Federal (CCF). El artículo de referencia sostiene que:

Artículo 1913: Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El análisis del artículo anterior muestra que este incluye todos los casos mencionados por las fracciones I, II, y III del artículo 12 de la LFRA y muchos otros, porque el alcance del artículo 1913 del CCF es muy amplio. Es razonable, concluir entonces, que de acuerdo con la LFRA, la responsabilidad ambiental carece de claridad.

En tercer lugar, mientras los regímenes modernos de responsabilidad alrededor del mundo han invertido la carga de la prueba con el fin de facilitar el acceso a la justicia ambiental y, con ello, de la reparación del daño,⁵⁸ el artículo 36 en el párrafo segundo, de la LFRA sostiene que “El nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta imputada al demandado debe probarse en la sustanciación del juicio”.

Lo anterior muestra claramente la regresividad de esta Ley que parece estar más dirigida a proteger los intereses de los causantes del daño que a facilitar la reparación de las agresiones al ambiente.

En cuarto lugar, aunque la LFRA da prioridad a la restauración sobre la compensación económica, la misma no define ningún criterio para determinar cuándo el daño ambiental ha sido reparado. Como lo hemos señalado el daño ambiental sólo se repara si se devuelve al ambiente la capacidad de ser soporte de vida.

El artículo 13 de la LFRA sostiene a este respecto que la restauración del daño ambiental consistirá en la restitución a su estado base los hábitats, los ecosistemas, los elementos y los recursos naturales, sus condiciones químicas, físicas o biológi-

⁵⁸ Véase: José Juan González Márquez, *La responsabilidad por el daño ambiental en México. El paradigma de la reparación*, México, UAM-Miguel Ángel Porrúa, 2002, pp. 167-205.

cas, así como los servicios ambientales que proporcionan, mediante la restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación; pero esta regla queda incompleta al no señalar que el objetivo de la reparación consiste en que el ambiente recupere sus atributos esenciales como soporte de vida.

La interpretación de los Tribunales Colegiados de Circuito ha recogido esta regla en la siguiente tesis:

Época: Décima Época

Registro: 159999

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2

Materia(s): Administrativa

Tesis: I.4o.A.810 A (9a.)

Página: 1808

MEDIO AMBIENTE. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS, DEBE INCLUIR SU REMEDIACIÓN, DE ACUERDO CON EXIGENCIAS DIVERSAS A LA MATERIA CIVIL.

A diferencia de lo que sucede con los daños causados en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, el daño ambiental no puede ser estudiado sólo desde una perspectiva meramente económica e individualista; por consiguiente, en tanto implica un impacto sucesivo al equilibrio ambiental, atento a lo cual, la indemnización por daños y perjuicios debe incluir la remediación del medio ambiente afectado. Al respecto, el artículo 3o., fracción XXXIII, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, establece el concepto de reparación o remediación del medio ambiente afectado como: “El conjunto de actividades tendentes a la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propician la evolución y continuidad de los procesos naturales”. Por lo tanto, resulta que la reparación del impacto ambiental no sólo incluye una dimensión económica, sino también se traduce en actividades de remediación, recuperación o mitigación de las consecuencias causadas por la actividad económica desplegada.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 167/2011. Desarrollo Marina Vallarta, S.A. de C.V. 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Flores Rodríguez.

En concordancia con lo señalado, de acuerdo con el artículo 14, la compensación económica procederá cuando la restauración es material o técnicamente imposible, lo cual es coherente con la tendencia mostrada por el derecho comparado. Empero, este artículo añade una serie de casos donde la restauración puede ser sustituida por una compensación económica, lo cual no es sencillo. Los casos son descritos en la fracción II del artículo 14 que básicamente sostiene que el daño resultado de las actividades llevadas a cabo sin tener la autorización de la evaluación del impacto ambiental o sin tener autorización sobre el cambio del uso de suelo, puede ser compensado con el fin de obtener dichas autorizaciones. Esta es otra razón para concluir que la LFRA es regresiva.

En quinto lugar, la LFRA no modifica los artículos del Código Federal Procedimientos Civiles (CFPC) en lo que se refiere al alcance de la sentencia. El artículo 349 del ordenamiento citado contiene una regla según la cual la sentencia se ocupará exclusivamente de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio. Pero en materia ambiental, este principio limita el adecuado acceso a la justicia, por lo que en muchos países las sentencias en materia ambiental tienen un alcance *erga omnes* para permitir que una vez probado el daño ambiental y determinado el vínculo de causalidad, puedan beneficiarse de la declaración judicial todos aquellos particulares que además de haber sido afectados en su disfrute del derecho a un medio ambiente adecuado, lo sean también en sus patrimonios.⁵⁹ Esta es otra de las deficiencias de la LFRA que hacen de este ordenamiento una ley regresiva.

Finalmente, la LFRA es regresiva porque en el caso de las organizaciones civiles, las personas morales civiles mexicanas sin fines de lucro, se limita su legitimación procesal a actuar como meros representantes de algún habitante de las comunidades afectadas, mientras que el CFPC reconoce que dichas asociaciones pueden iniciar una acción ambiental actuando a nombre propio (artículo 585, fracción III).

En efecto, el artículo 585, fracción III del CFPC señala que tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas entre otros, “las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código”.

En contraste, el artículo 28, fracción II, señala que se reconoce derecho e interés legítimo para ejercer acción y demandar judicialmente la responsabilidad ambiental, la reparación y compensación de los daños ocasionados al ambiente, el pago de la sanción económica, así como las prestaciones a las que se refiere el presente Título a “Las personas morales privadas mexicanas, sin fines de lucro, cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, o de alguno de sus elementos, cuando actúen en representación de algún habitante de las comunidades previstas en la fracción I”.

⁵⁹ José Juan González Márquez, “La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina”, *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*, Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, p. 116.

Por esta razón los artículos 28 fracción II y 29 de la LFRA han sido declarados, recientemente, inconstitucionales, tal como se desprende de la siguiente resolución de amparo:

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
5/8/16

[...] Aunado a ello, no debe perderse de vista que se aduce una violación al principio de progresividad, la cual también requiere una justificación específica, pues al versar sobre una posible regresión al goce de los derechos, no deben ser arbitrarias, sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido; así como proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas; máxime si se toma en cuenta que una medida regresiva no puede ser contraria al núcleo del derecho que se pretende limitar.

De esa forma, las llamadas acciones colectivas (previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles) constituyen una vía judicial, esto es, se trata de un mecanismo procesal y son precisamente acciones promovidas para la protección de derechos colectivos o difusos (derechos o intereses de grupo), es decir, se trata de una colectividad determinada o indeterminada. Así, las acciones colectivas permiten, por un lado, asegurar el acceso a la tutela judicial para defender derechos colectivos o difusos que, de otro modo, quedarían fuera, si partimos de que los sistemas jurídicos prevén por lo general medios de defensa de derechos en lo individual; por otro, coadyuvan a la economía procesal y evitan la emisión de resoluciones contradictorias.

En cambio, en el artículo 28, primer párrafo, fracción II, y segundo párrafo, de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, se restringió dicha prerrogativa, pues se establecieron como requisitos para que las personas morales privadas mexicanas sin fines de lucro, cuyo objeto social sea la protección al medio ambiente en general, demanden la responsabilidad ambiental.

Lo anterior evidencia que el legislador estableció claramente supuestos diversos de procedencia respecto de dos mecanismos de protección del medio ambiente; **sin que justificara el trato diferenciado, respecto de la legitimación de las asociaciones civiles, en acciones que tendrán un objeto similar, como lo es la protección al medio ambiente.**

En esas condiciones, como se afirma en la sentencia recurrida, en atención a la **razonabilidad que debe tener el legislador al modular derechos humanos, como lo es la implementación de los mecanismos de defensa al medio ambiente, era necesario que se justificara el trato diferenciado en la normatividad, respecto de la imposición de requisitos en la legitimación a asociaciones civiles, que inhiben el ejercicio de la acción, cuando ambas acciones tienen por objeto la protección de bienes**



www.eluniversal.com.mx

Asimismo, ese análisis ilustra cómo el derecho ambiental va pasando poco a poco del objetivo de la mera prevención hacia la reparación del daño ambiental.

jurídicos similares, como lo es el medio ambiente en términos del artículo 17 constitucional, ello con la finalidad de no generar incertidumbre jurídica en los particulares (...).

En consecuencia, también desde este punto de vista la LFRA es una Ley regresiva.

VI. Conclusiones

El análisis de las tendencias que muestra el derecho ambiental mexicano, durante las tres primeras etapas de su evolución, da cuenta de un proceso en el cual esta disciplina jurídica va adquiriendo su autonomía e identidad propia, desprendiéndose, al menos parcialmente, del derecho administrativo que en su origen le proporciona la técnica del comando y control como mecanismo para prevenir daños al entorno.

Asimismo, ese análisis ilustra cómo el derecho ambiental va pasando poco a poco del objetivo de la mera prevención hacia la reparación del daño ambiental.

De esta manera, durante la cuarta etapa de la historia del derecho ambiental mexicano ocurren una serie de reformas constitucionales y legales destinadas a promover el acceso a la justicia ambiental y a llamar la atención sobre la importancia de ponderar la reparación del daño ambiental y no sólo prevenir su ocurrencia.

Esas reformas amplían la legitimación procesal e introducen la posibilidad de entablar las acciones colectivas en defensa del ambiente. Más aún, claramente una reforma constitucional incorporó el principio de la responsabilidad por daño ambiental, dando base a la promulgación de una ley específica en materia de responsabilidad ambiental que vendría a complementar todos los progresos que el sector preventivo del derecho ambiental experimentó en las tres etapas previas.

Sin embargo, la LFRA promulgada en el año 2013, como conclusión de todo ese proceso evolutivo que se da en la cuarta etapa de la historia del derecho ambiental, quedó a deber mucho.

Esta Ley contiene muchos desaciertos. Contraviene lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXIX-G de la Carta Magna; encorseta la responsabilidad ambiental dentro del esquema de la responsabilidad subjetiva; exige la prueba del vínculo de causalidad a la víctima con las complicaciones que ello conlleva y limita seriamente la legitimación procesal de las agrupaciones de la sociedad civil que pretendan entablar una acción de responsabilidad por daños al ambiente.

Además de anterior, la LFRA es confusa en cuanto a qué se considera daño ambiental y cómo este se repara. Más aún, esta Ley ni siquiera se refiere a todos los mecanismos de reparación del daño ambiental que ya contemplan otras leyes generales.

Por todo ello, los autores consideramos que la LFRA es una Ley regresiva y, por tanto, la consolidación del derecho ambiental mexicano requerirá reformas adicionales que quizá en el futuro nos permitan hablar de una quinta etapa en su evolución.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Brañes, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano*. México, FCE-Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 1994.
- García López, Tania. *Derecho ambiental mexicano. Introducción y principios*. México, Bosch, 2013, pp. 47-50.
- González Márquez, José Juan. *Teoría del derecho ambiental, Volumen I, Los fundamentos jurídicos de la sostenibilidad*. México, IMIDA, 2014.
- . *Teoría del derecho ambiental*. Volumen 2. “La responsabilidad por el daño ambiental”. México, IMIDA, 2014, pp. 61-79.
- . “La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina”. *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*. Serie de documentos sobre derecho ambiental, 2003.
- . *La responsabilidad por el daño ambiental en México. El paradigma de la reparación*. México, UAM-Miguel Ángel Porrúa, 2002, pp. 167-205.

_____. “La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina”. México. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, 1996.

_____ y Miguel Angel Cancino. “La distribución de competencias en materia ambiental”, en: González Márquez, José Juan (coord.), *Derecho ambiental*. México, UAM, 1994.

Koh, Khen-Lian. “The First Generation of Environmental Laws in Asia”. En Lin-Heng, Lye and Maria Socorro Z. Manguiat (editors). *Second Generation in Environmental Laws in Asia and Pacific Region*. Switzerland and Cambridge, IUCN, 2003.

Electrónicas

“Tratado de libre comercio de América del Norte”, *TLCANHOY.ORG*. Consultado el 12 de septiembre de 2016, disponible en: http://www.tlcanhoy.org/facts/default_es.asp.

Semanario Judicial de la Federación. Consultado el 12 de septiembre de 2016, disponible en: <http://200.38.163.178/sifsist/Paginas/Tesis.aspx>.

Hemerográficas

Carpizo, Jorge. “Los derechos humanos: La naturaleza, denominación y características”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 25, julio-diciembre 2011.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Penal Federal.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Ley General de Cambio Climático.

Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

Ley Federal para Prevenir y Combatir la Contaminación Ambiental.

Ley Federal de Protección al Ambiente.

Ley General de la Vida Silvestre.

Ley General del Desarrollo Forestal Sustentable.

Ley General de Prevención y Gestión Integral de Residuos.

Ley de Amparo.

Reglamento de la Ley General de Prevención y Gestión Integral de Residuos.

Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

Diario Oficial de la Federación (DOF). Publicación del 11 de marzo de 1971

_____. Publicación del 11 de enero de 1982.

_____. Publicación del 10 de agosto de 1987.

_____. Publicación del 28 de enero de 1988.

_____. Publicación del 04 de junio de 1992.

Sección Doctrina

- _____ . Publicación del 17 de julio de 1992.
- _____ . Publicación del 13 de diciembre de 1996.
- _____ . Publicación del 28 de junio de 1999.
- _____ . Publicación del 03 de julio del 2000.
- _____ . Publicación del 25 de febrero del 2003.
- _____ . Publicación del 08 de octubre del 2003.
- _____ . Publicación del 06 de junio del 2012.
- _____ . Publicación del 07 de junio del 2013.
- _____ . Publicación del 29 de julio del 2010.
- _____ . Publicación del 06 de junio del 2011.
- _____ . Publicación del 10 de junio del 2011.
- _____ . Publicación del 08 de febrero del 2012.
- _____ . Publicación del 20 de diciembre del 2013.
- _____ . Publicación del 28 de enero del 2011.
- _____ . Publicación del 30 de agosto del 2011.
- _____ . Publicación del 02 de abril del 2013.
- _____ . Publicación del 07 de julio del 2013.

Resoluciones

Resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 5/8/16 e septiembre de 2016. Disponible en: <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>.

Antonio
Salcedo Flores*

*El sistema procesal penal
acusatorio mexicano.
Formalidades y
realidades¹*

Resumen

El 18 de junio de 2016 quedó implementado —en todo el territorio nacional— el sistema procesal penal acusatorio creado por la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia el año 2008. En el presente trabajo podremos constatar que dicho sistema se encuentra muy por abajo de los estándares del auténtico modelo procesal penal acusatorio. Analizaremos las experiencias de Chile y México y veremos que los dos trataron de adoptar el genuino sistema penal acusatorio, incluyeron parte de él en su legislación, fueron incapaces de operarlo y se vieron obligados a dar un golpe de timón de 180° (media vuelta). A Chile el revire le llevó diez años, a México dos meses. En ambos países se implantó un sistema acusatorio que podemos llamar desnaturalizado.

Abstract

On June 18, 2016 was implemented—throughout the national territory—the accusatory criminal procedural system created by the Constitutional Reform of Security and Justice in 2008. In the present work we can verify that this system is well below standards of the true model accusatory criminal procedural. We will analyze the experiences of Chile and Mexico and see that both tried to adopt the genuine accusatory criminal system, included part of it in their legislation, were unable to operate it and were forced to give a 180 degree swoop (half a turn). To Chile took ten years to return, and to Mexico two months. In both countries accusatory system was introduced that we can call denaturalized.

SUMARIO: I. El auténtico sistema procesal penal acusatorio / II. El sistema procesal penal acusatorio mexicano / III. El caso del Estado de México / IV. La experiencia de la República de Chile / V. La contra-revolución mexicana / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

¹ Sandra Salcedo González, *Reforma Constitucional de Derechos Humanos: la facultad de investigación de la SCJN a la CNDH*, Universidad Iberoamericana, artículo publicable, México, 2011. Proporciona los marcos procesal y sustantivo que son necesarios para entender las reformas jurídicas que se han dado en nuestro país en lo que va del siglo XXI.

I. El auténtico sistema procesal penal acusatorio

Por razones de método lo presentaré comparado con el inquisitorial.

El sistema procesal penal acusatorio es propio de las democracias; el inquisitorio lo es de los autoritarismos. El primero, además de reconocer al pueblo como único juez natural, es respetuoso de la persona y su dignidad, es decir, de los derechos humanos de la persona acusada, de la víctima del delito y de terceros; reconoce la presunción de inocencia y el derecho a una debida reparación; prohíbe el tormento, la incomunicación y la secrecía; facilita el acceso a un abogado y a un asesor, así como a la defensa adecuada; distingue con precisión a los sujetos de la relación procesal: juez, acusador y acusado, con sus respectivos roles; ordena la imparcialidad del juez; establece reglas procedimentales claras; hace uso de la prisión —preventiva y definitiva— de manera excepcional y como último recurso. Por su parte, el sistema inquisitorial reconoce al juez institucionalizado como el único competente; antepone el interés general y el derecho a gobernar y castigar, a cualquier otra prerrogativa; presume el dolo, exige prueba de la inocencia y del derecho a la reparación; se vale del tormento, la incomunicación, la secrecía y la negociación para obtener la confesión del indiciado, a quien le obstaculiza el acceso y la comunicación con su abogado, así como el ejercicio de la defensa; las funciones de acusar y de juzgar las deposita en una misma persona, individual o colectiva; ordena al juez que intervenga oficiosamente en actuaciones esenciales; contiene reglas procedimentales confusas; usa la prisión, cautelar y definitiva, de manera regular y sistemática.²

Considerando el marco teórico, político, filosófico y jurídico anterior, pasaré a ocuparme de los siguientes objetivos particulares: 1) analizar el sistema procesal penal que se instauró en México por medio de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del año 2008 y el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014,³ que la reglamenta; 2) demostrar que dicho sistema no es acusatorio, o que, en el

² Hernando Devis Echandía, *Teoría de la Prueba Judicial*, Tomo I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallia-Editor, 1981, pp. 71-75; Ottavio Sferlazza, *Proceso Acusatorio oral y delincuencia organizada*, Ciudad de México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C., Aquesta Terra, Fontamara, 2005, p. 66; José Daniel Hidalgo Murillo, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, Ciudad de México, Editorial Porrúa y Universidad Panamericana, segunda edición, Capítulos I y III, 2010, y *Debido Proceso Penal en el Sistema Acusatorio*, Ciudad de México, Flores Editor y Distribuidor y Universidad Panamericana, 2011, Capítulos I y II; María Elvira Buelna Serrano, *Indígenas en la Inquisición Apostólica de fray Juan de Zumárraga*, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, Capítulos 1 y 3; Luis González Obregón, y Tribunal de la Inquisición del Santo Oficio de La Nueva España (1539). *Proceso Inquisitorial del Cacique de Texcoco*, 53º Congreso Internacional de Americanistas, Ciudad de México, Secretaría de Cultura del Distrito Federal y Lito Nueva Época; 2009, pp. 27-102; Antonio Salcedo Flores y María Elvira Buelna Serrano, “La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia viola los Derechos Humanos”, *revista Alegatos* número 85, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2013; Antonio Salcedo Flores, “Chichimecatecotl frente a la Inquisición del Santo Oficio. Un estudio técnico procesal”, *revista Alegatos* número 93, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana, agosto de 2016, pp. 367-400.

³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

mejor de los casos, es un sistema acusatorio desnaturalizado, es decir, nació y sigue siendo despojado, consciente o inconscientemente, de las garantías más importantes que el auténtico proceso penal acusatorio ofrece, y 3) mostrar que en poco contribuirá a la solución de los grandes problemas que en materia de justicia penal padece México. Para apoyar algunos puntos de mi exposición, recurriré a las experiencias del Estado de México y de la República de Chile, entidades en las que el sistema procesal acusatorio se decretó instaurado en los años 2009 y 2000, respectivamente.

II. El sistema procesal penal acusatorio mexicano

A finales del año 2003 la Organización de las Naciones Unidas, a través del representante del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México, Anders Kompass, difundió un informe⁴ por el que hizo público que en nuestro país se violaban, en forma sistemática y de manera generalizada, los derechos humanos de acceso a la justicia, libertad personal y debido proceso de las personas involucradas en las investigaciones ministeriales y en los procesos judiciales del orden penal; por ello instó al gobierno mexicano a que cumpliera las obligaciones que contrajo cuando suscribió los diversos tratados y convenciones internacionales sobre la materia;⁵ recomendándole que revisara su sistema de justicia penal, pues al ser predominantemente inquisitorio, favorecía las arbitrariedades de las fuerzas armadas, la policía, el ministerio público y los jueces, en agravio —en principio— de las personas procesadas. Esos abusos, hizo ver el Alto Comisionado, eran menos frecuentes en los países que operaban con el modelo de justicia acusatorio, esquema que se apegaba a los estándares establecidos para la justicia penal por los diversos ordenamientos internacionales. El titular del Poder Ejecutivo Federal envió la Iniciativa de reformas, y el Congreso de la Unión, con la aprobación de las Legislaturas de los Estados, el mes de junio de 2008, reformó siete artículos⁶ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo, desde allí, el sistema procesal penal acusatorio. El modelo acusatorio nacional entró en vigor paulatinamente. En los estados que ya lo habían incorporado a sus propias legislaciones, a partir del día siguiente a aquel en el que el Decreto de Reformas fuera publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, publicación que tuvo lugar el 18 de junio del año 2008; en las otras en-

⁴ *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, diciembre de 2003*. http://www.hehr.org.mx/images/doc_pub/8diagnosticoCompleto.pdf. Consultado el 1 de julio de 2016.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional “San Salvador”, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; entre otros.

⁶ Del 16 al 22. Aunque también se reformaron los artículos 73, 115 y 123, éstos se refieren más a las facultades del Congreso, la seguridad pública y a las responsabilidades de algunos funcionarios públicos, que al sistema procesal penal acusatorio en sí.

tidades de conformidad con la implementación que del nuevo sistema hiciera cada entidad en su respectiva legislación. El plazo máximo para que entrara en vigor la reforma constitucional, a nivel nacional, fue el 18 de junio de 2016.

Según el texto constitucional y su reglamentación, el nuevo marco jurídico,⁷ además de ser acusatorio y oral, estará regulado por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; autoriza la secrecía del procedimiento⁸ y la incomunicación del procesado;⁹ amplía las ya de por sí excesivas facultades del ministerio público, a cuya función de investigar y acusar agregó la de juzgar que arrebató a los jueces, ya que ahora son los acusadores quienes, por medio de los criterios de oportunidad, los mecanismos alternativos de solución y la suspensión condicional del proceso, deciden a quién se debe juzgar y a quién no, por qué delito y cuándo.¹⁰ Es de esperarse que esto incremente la corrupción, la impunidad, la ineficacia y la incidencia delictiva que señorean nuestro país. La ampliación de facultades al fiscal también perjudicó a los procesados y a las víctimas del delito, con quienes el ministerio público simula negociar, pero que en realidad tortura,¹¹ extorsiona y somete para que confiesen y acepten las condiciones que él impone.¹² La reforma estableció reglas menos arbitrarias para la apreciación de la

⁷ Cuya legitimidad fue seriamente cuestionada en el artículo *La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia viola los Derechos Humanos*, citado en la nota 2 a pie de página de esta investigación.

⁸ En los casos y con las condiciones que señala el segundo párrafo de la fracción VI del apartado B del artículo 20 constitucional.

⁹ Para los procesados y los condenados por delincuencia organizada, pudiendo también aplicarse a otros internos que, según la ley, requieran medidas especiales de seguridad. Artículo 18 constitucional, *in fine*.

¹⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos del 201 al 207.

¹¹ “La tortura es generalizada en México. Ocurre especialmente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la justicia, y con fines de castigo e investigación (Resumen). [...] El Relator Especial recibió numerosas denuncias verosímiles de víctimas, familiares, sus representantes y personas privadas de libertad y conoció varios casos ya documentados que demuestran la frecuente utilización de torturas y malos tratos en diversas partes del país por parte de policías municipales, estatales y federales, agentes ministeriales estatales y federales, y las fuerzas armadas (Párrafo 23). [...] La tortura se utiliza predominantemente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad judicial, y con motivos de castigar y extraer confesiones o información incriminatoria (Párrafo 25). [...] La tortura y los malos tratos durante los momentos que siguen a la detención y antes de la puesta a disposición de la justicia son generalizados en México y ocurren en un contexto de impunidad. Generalmente la finalidad es castigar o extraer confesiones o información. Hay evidencia de la participación activa de las fuerzas policiales y ministeriales de casi todas las jurisdicciones y de las fuerzas armadas, pero también de tolerancia, indiferencia o complicidad por parte de algunos médicos, defensores públicos, fiscales y jueces (Párrafo 76). Las salvaguardias son débiles, especialmente para detectar e impedir la tortura en esos primeros momentos y asegurar su investigación pronta, imparcial y exhaustiva (Párrafo 77) [...]. Naciones Unidas. Asamblea General. “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Juan E. Méndez, diciembre de 2014. http://hchr.org.mx/images/doc_pub/G1425291.pdf Consultado el 25 de julio de 2016.

¹² La ONU en varias ocasiones ha recomendado al Gobierno mexicano que acote las desmedidas facultades del ministerio público, a quien tiene documentado como la autoridad más acusada de violar los derechos humanos en materia procesal penal. Si en verdad pretendemos mejorar la procuración y la administración de justicia, debemos comenzar practicando una amplia y profunda transformación del ministerio público.

prueba;¹³ dispuso la oralidad en un mayor número de actuaciones; creó a los jueces de control¹⁴ y a los jueces de ejecución;¹⁵ instrumentó lo que podemos considerar el alma del sistema procesal penal acusatorio latinoamericano, que paradójicamente es la semilla de su destrucción y lo ha hecho fracasar una y otra vez, como lo comprobaremos al analizar los casos del Estado de México y de la República de Chile. A ese cáncer estructural en México se le denominó Procedimiento Abreviado,¹⁶ por medio del cual, perversa e insidiosamente, se obliga a los indiciados a admitir su culpa, sea ésta real o inventada. Así mismo, la reforma redujo el procedimiento ordinario a tres etapas: a) de investigación inicial y complementaria, b) intermedia o de preparación, y c) de juicio, en la que se desahogan las pruebas, se exponen los alegatos y se emite el fallo. Sin que esté claro dónde concluye una etapa y dónde comienza la otra. Se precisó que la carga de la prueba pesa sobre el acusador;¹⁷ se

¹³ Anteriormente los jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, del Poder Judicial de la Federación y sus homólogos de los otros órganos jurisdiccionales, contaban con facultades prácticamente ilimitadas para valorar las pruebas, bastaba que “más o menos” encontraran relación entre la prueba y el hecho a probar, para que tuvieran a éste por demostrado. Tan amplia discrecionalidad se las conferían, respectivamente, los artículos 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establecía: “El ministerio público, los jueces y tribunales según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena” y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, que disponía: “Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena”.

Hoy el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 265 ordena: “El órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios”.

¹⁴ Encargados de impedir las violaciones a los derechos humanos consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales.

¹⁵ Para dar seguimiento al cumplimiento de la condena, atender los asuntos jurídicos durante la purgación de la pena y ordenar la liberación del reo cuando así corresponda.

¹⁶ Que revivió los *autos de fe y de gracia*, por los que la Inquisición del Santo Oficio, en el siglo XV, perdonaba al hereje si confesaba haber pecado de obra, pensamiento u omisión, y además juraba no volver a hacerlo. Sobre esto pueden verse las *Instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición, hechas en Sevilla, el año 1484, por fray Tomas de Torquemada*, cánones del I al VII. Ahora el procedimiento abreviado faculta al ministerio público para que deje de acusar si el indiciado confiesa haber cometido el delito; entonces, el caso concluye con una resolución carente de los requisitos, las formalidades, la calidad, la certeza y los alcances de la sentencia. El procesado, interesado en que le dicten pronto la resolución, así como en que le reduzcan la pena o se la suspendan, confiesa su culpa, la tenga o no, y renuncia a sus principales derechos procesales, entre los que se encuentran los de ofrecer pruebas, ser oído, vencido y debidamente juzgado; la víctima del delito, por su parte, se ve forzada a aceptar cualquier reparación que le ofrezcan el ministerio público y el procesado; el acusador-investigador deja de investigar, y el juez deja de juzgar; todo para salir del paso lo más pronto posible, terminar a como dé lugar, acumular cifras, cumplir con la estadística, ahorrar tiempo y dinero; la debida administración de justicia, para el procedimiento abreviado, pasa a segundo término. Esto se encuentra preceptuado —como ya se dijo— en los artículos del 201 al 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que reglamentó la reforma constitucional del año 2008, muy particularmente la fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional.

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, apartado A, fracción V.

No obstante lo anterior, hay quienes afirman que las reformas en cuestión es lo mejor que nos ha pasado en el último siglo, que casi por sí solas van a remediar la impunidad, la corrupción y la ineficacia que privan en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia criminal.

reconoció textualmente la presunción de inocencia;¹⁸ se incorporaron más derechos para la víctima del delito;¹⁹ se impuso un régimen especial (más severo) contra los acusados de delincuencia organizada;²⁰ se estableció la nulidad absoluta de cualquier acto realizado con violación de derechos humanos;²¹ se dispuso que sólo serán consideradas pruebas, las que se desahoguen en la audiencia de juicio (ante el juez)²² y que serán ilícitas aquellas probanzas cuya consecución haya implicado violación de derechos fundamentales;²³ se obligó al juez a imponer de oficio, en determinados casos, la prisión preventiva; y se constitucionalizó el arraigo.²⁴

Como ya se habrá podido deducir; con la secrecía, la incomunicación, la ampliación de facultades al acusador, la coincidencia y confusión de los roles de juez y parte, con la falta de claridad en las reglas procedimentales, la negativa a investigar y a juzgar —derivada de obligar a los indiciados a aceptar su culpa—, con la creación de dos regímenes: uno general y otro especial, con la prisión preventiva oficiosa y la constitucionalización del arraigo; las reformas a nuestro sistema procesal penal, desde un principio, estuvieron muy lejos de lo que verdaderamente es el sistema procesal penal acusatorio, del cual, como veremos, día a día nos alejamos más.

No obstante lo anterior, hay quienes afirman que las reformas en cuestión es lo mejor que nos ha pasado en el último siglo, que casi por sí solas van a remediar la impunidad, la corrupción y la ineficacia que privan en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia criminal;²⁵ otros piensan que son un buen comienzo, que si los operadores del derecho comprenden el sentido de los cambios, se capacitan y deciden ponerlos en práctica, estaremos viendo buenos resultados

¹⁸ *Ib.* Apartado B, Fr. I.

¹⁹ *Ib.* Apartado C.

²⁰ *Ib.* Artículos 16, que constitucionaliza el arraigo, y 18, que institucionaliza la incomunicación.

²¹ Artículo 97 del Código Nacional de Procedimientos Penales.- “Principio general. Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento”.

²² *Ib.* Artículo 20, apartado A, fr. III.

²³ Artículos 264 y 357 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

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

²⁵ Este discurso lo manejan funcionarios públicos del más alto nivel, entre los que se encuentran varios Legisladores, Gobernadores, Procuradores Generales y Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia.

aproximadamente en un cuarto de siglo;²⁶ otros más consideran que los grandes problemas del derecho procesal penal quedaron intocados, que se desaprovechó la oportunidad de hacer cambios significativos, se malgastaron los recursos públicos y las reformas dejaron al sistema procesal penal mexicano peor de como estaba.²⁷ Hay también quien opina que el sistema acusatorio no viene a resolver los problemas de la criminalidad, que sólo permitirá —en el mejor de los escenarios— abatir el rezago en las investigaciones y los procesos.²⁸

III. El caso del Estado de México

El modelo penal acusatorio, que hemos venido llamando desnaturalizado, quedó implantado en el Estado de México el día 1 de octubre de 2009 y a partir de entonces en esa entidad la incidencia criminal ha ido creciendo de manera incontenible, incluso viendo aparecer delitos de los considerados de alto impacto que antes prácticamente no se cometían, como el de extorsión. Conviene tener presente que Enrique Peña Nieto era el gobernador del Estado de México cuando en éste se adoptó el sistema acusatorio, que durante la última tercera parte de su mandato, de 2009 a 2011, con el sistema acusatorio operando a plenitud, tuvo que admitir —con cierta inquietud— la siempre ascendente incidencia delictiva,²⁹ que hizo del Estado de México la entidad más peligrosa del país. Doloroso primer lugar que ha retenido durante los años 2014,³⁰ 2015,³¹ primer trimestre de 2016³² y de abril a agosto del mismo año, 2016.³³

²⁶ Así se pronuncian las más importantes organizaciones sociales del país.

²⁷ Dicha posición la asumen destacados académicos y brillantes académicas.

²⁸ Así se manifiesta gente cercana a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quien además reconoce que los Agentes del Ministerio Público, en su gran mayoría, carecen de habilidades para investigar, debido a que son Licenciados en Derecho, no Investigadores.

²⁹ Como puede verse en el cuadro 1, Incidencia Delictiva en el Estado de México, elaborado de conformidad con las estadísticas publicadas por el Sistema Nacional de Seguridad Pública, dependiente de la Secretaría de Gobernación, y el Observatorio Nacional Ciudadano.

³⁰ El Estado de México fue la entidad más peligrosa del país en el primer semestre de 2014, de acuerdo con el Sistema Nacional de Seguridad Pública; publicó Aristegui Noticias, el 26 de julio de 2014. <http://aristeginoticias.com/2607/mexico/los-8-estados-de-mexico-mas-peligrosos-en-2014/> Consultado el 21 de julio de 2016.

El Estado de México fue la entidad con mayor incidencia delictiva durante 2014, reveló el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), con 83 566 delitos por cada 100 000 habitantes, cometidos entre enero y diciembre de 2014; según comunicó *Expansión* en Alianza con CNN, el 3 de octubre de 2015.

³¹ El Estado de México es la entidad con el mayor índice delictivo en todo el país, según cifras de la Secretaría de Gobernación y del Sistema Nacional de Seguridad Pública, esto es al mes de mayo de 2015; de un total de 126 619 delitos cometidos en el país, 16 968 se registraron en el Estado de México; *El Financiero*, 26 de junio de 2015.

El Estado de México encabeza la incidencia delictiva a nivel nacional con 136 621 delitos cometidos de enero a agosto de 2015. *Diario Amanecer de México*, 23 de febrero de 2016.

“Con dos mil 671 homicidios durante el año pasado (2015), el Estado de México se mantuvo a la cabeza como la entidad con mayor incidencia de ese delito, de acuerdo con las estadísticas preliminares

Triste realidad o pesada losa que lleva a costas Peña Nieto, quien ahora en su carácter de Presidente de la República y con motivo de la reciente implementación del sistema penal acusatorio a nivel nacional, el día 21 de junio de 2016, declaró:

[...] los mexicanos hemos logrado la transformación del Sistema Jurídico más trascendente de los últimos cien años [...] la sociedad civil alzó la voz para demandar un cambio de fondo [...] hemos dado un paso decisivo hacia una justicia más cercana, transparente y eficaz [...] se consolidó una de las reformas jurídicas más ambiciosas de la historia de América Latina [...] sus beneficios ya empiezan a ser visibles. Por ejemplo, en los estados donde ya ha estado operando, los procesos tardan una quinta parte del tiempo en resolverse y sus costos son hasta 10 veces menores. Adicionalmente, ha disminuido el número de personas en prisión preventiva [...].³⁴

No deja de llamar la atención el que Peña Nieto, cuando se refiere a la experiencia de los estados que ya se encontraban operando con el sistema acusatorio, no mencione la calidad de los resultados del sistema, que sólo aluda a la cantidad: costo y

Incidencia delictiva en el Estado de México
2009-2013 enero-septiembre

Año	Homicidio Doloso	Secuestro	Extorsión	Robo con Violencia	Robo de Vehículo
2009	992	99	0	42,599	28,927
2010	806	140	0	46,644	34,686
2011	1,119	81	0	46,896	35,161
2012	1,540	94	805	39,561	38,817
2013	1,418	141	1,245	45,139	44,053

Elaborado por el autor a partir de los datos publicados por la Secretaría de Gobernación y el Observatorio Nacional Ciudadano onc.org.mx/tendencia-por-entidad-federativa/estado-de-mexico. Consultado el 11 de julio de 2016.

del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)", *Proceso*: www.proceso.com.mx/448513/edomex-repite-primer-lugar-en-homicidio-2-mil-671-en-2015, Consultado el 25 de julio de 2016.

³² En el primer trimestre del año 2016, el Estado de México y la Ciudad de México encabezan la incidencia delictiva en el país, publicó *am León*, el 22 de abril de 2016. <https://www.am.com.mx/2016/04/22/leon/local/aumenta-incidencia--delictiva-en-el-estado-278664>. Consultado el 21 de julio de 2016.

³³ El Estado de México vuelve a encabezar la incidencia delictiva del país de enero a agosto de 2016, según informó la Secretaría de Gobernación, a través del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/incidencia-delictiva/incidencia-delictiva-acumulado.php>, Consultado el 14 de octubre de 2016.

³⁴ *El Universal*, Ciudad de México, www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/colaboracion/enrique-peña-nieto/nacion/2016/06/21/sistema-de-justicia-penal, Consultado el 10 de julio de 2016.



<http://az778189.vo.msecnd.net/media/fotos/g/>

El exgobernador mexiquense falta a la verdad al señalar que los beneficios del sistema acusatorio empiezan a verse en los estados donde ya opera.

tiempo. Escamotea la evaluación cualitativa del sistema acusatorio que implementó en el Estado de México, porque sabe que los resultados cualitativos muestran un rotundo fracaso, sabe que llevó a su entidad a encabezar la incidencia criminal en el país.

El exgobernador mexiquense falta a la verdad al señalar que los beneficios del sistema acusatorio empiezan a verse en los estados donde ya opera. Lo evidencian la situación del estado que recién gobernó, que ha quedado descrita, y la propia naturaleza del sistema penal acusatorio desnaturalizado, que —entre otros males— propicia, como veremos, la reincidencia criminal, en virtud de que los casos aparentemente resueltos, lo que en verdad hacen es poner al indiciado de nuevo en la calle para que siga haciendo lo que puede hacer, lo vuelvan a detener y lo vuelvan a liberar; generándose así un círculo vicioso³⁵ que consume cuantiosos recursos

³⁵ “Asaltante de “Círculo” ha estado 6 veces en prisión. Con la reforma penal los delincuentes (SIC) pueden quedar libres si reparan el daño, advierte experto. Durante los últimos 30 días, la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México (SSP) ha logrado la detención de cinco hombres relacionados con el robo a automovilistas en arterias como Periférico o Circuito Interior; todos ellos tienen una constante, son ladrones reincidentes que en promedio han pasado un año en prisión, cumplen su condena, son liberados y regresan a las calles a reincidir”. David Fuentes. www.eluniversal.com.mx/articulo/metropoli/cdmx/2016/10/20/asaltante-de-circulo-ha-estado-6-veces-en-prision, Consultado el 22 de octubre de 2016.

públicos y privados, mientras el sistema no reaccione, marque el alto y recurra a lo único que saben hacer los regímenes penales latinoamericanos contemporáneos: poner al indiciado tras las rejas, a la sombra, en chirona, preso, segregado, neutralizado, fuera de circulación por un tiempo prolongado; extremo que inevitablemente incrementa el número de personas en prisión preventiva, contradiciendo con esto las tesis fundamentales del auténtico sistema acusatorio, y el discurso político que *ha echado las campanas al vuelo*.³⁶

La reacción del sistema ya tuvo lugar en Chile y en México, allá el sistema redujo drásticamente los supuestos que hacían posible la concesión de la libertad provisional de quienes se encontraban enfrentando su proceso, aquí fue el propio Peña Nieto quien el 30 de agosto —a menos de tres meses de implementar el nuevo sistema procesal penal— se dirigió a los gobernadores de los Estados pidiéndoles que hagan lo posible para corregir las deficiencias del sistema acusatorio que recién se puso en práctica. Eruviel Ávila Villegas, Gobernador del Estado de México, ya solicitó a los senadores de su partido que legislen para que se niegue la libertad provisional, se endurezcan las penas y se amplíen las facultades legales del Ejército y la Marina.

Sin esperar los cambios legales solicitados por Eruviel Ávila, el titular de la Secretaría de la Defensa Nacional, General Salvador Cienfuegos Zepeda, ya anunció que para la seguridad interior y antes de que termine el sexenio de Enrique Peña Nieto, habrá destacado un batallón de Policías Militares en cada una de las doce regiones castrenses de que se compone el país, a fin de que realicen las funciones de seguridad pública que venían llevando a cabo elementos militares de élite y otros agrupamientos, quienes retomarán su adiestramiento enfocado a lo que es su labor principal: la seguridad exterior y la defensa de la soberanía nacional.³⁷ Al Secretario parece no importarle que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 129 disponga: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. Es un hecho notorio que no estamos en tiempo de guerra, por tanto, estamos en tiempo de paz; entonces, toda autoridad militar tiene expresa y constitucionalmente prohibido ejercer funciones de seguridad pública, las que ninguna conexión tienen con la disciplina militar. La militarización de la seguridad pública merece más atención y trabajos especiales, en virtud de que sigue creciendo y siempre —invariablemente— lo hemos tenido que lamentar.

El Poder Judicial de la Federación ya hizo lo propio, en dos criterios jurisprudenciales integrados el mes de agosto del año en curso, estableció que las pruebas obtenidas mediante tortura, es decir con violación de derechos humanos, son válidas,

³⁶ Recibimos con agrado y compartimos la observación de que vale la pena anotar que los Estados Democráticos operan el derecho penal de acto, mientras que los Estados Fascistas aplican el derecho penal de autor, que castiga a la persona más por lo que es, que por lo que hizo.

³⁷ “Policía Militar asumirá tareas de seguridad pública en los estados”. Este boletín apareció en el *diario la Jornada* el 10 de octubre de 2016 y en *La Prensa de Coahuila* un día después. www.jornada.unam.mx/2016/10/10/politica/003n1pol, Consultado el 12 de octubre de 2016.

“derogando” de *facto* y desde el ámbito de los jueces, los artículos 264 y 357 del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, que al establecer exactamente lo contrario representaban una esperanza. Los criterios jurisprudenciales y su efecto derogatorio los analizaremos en el apartado V de esta investigación.

En realidad el Ancien régime nunca ha estado dispuesto a renunciar a las viejas prácticas, a las caducas reglas que tantos beneficios le han proporcionado.

El régimen se revuelve, regresa sobre sus pasos. Su intención es clara: cambiar, cambiar, para seguir igual; dar plena satisfacción a la desesperada súplica de Peter el Rojo: *No, yo no quería libertad. Quería únicamente una salida: a derecha, a izquierda, a donde fuera. No aspiraba a más. Aunque la salida fuese tan sólo un engaño: como mi pretensión era pequeña el engaño no sería mayor.*³⁸ En realidad el *Ancien régime* nunca ha estado dispuesto a renunciar a las viejas prácticas, a las caducas reglas que tantos beneficios le han proporcionado. Esta vez su simulación le costó al Pueblo de México ocho años de trabajos forzados y cerca de \$ 170 000 000 000.00 (Ciento setenta mil millones de pesos), como constataremos en el apartado V de este estudio.

IV. La experiencia de la República de Chile

Una muestra más de las fracturas del sistema procesal acusatorio latinoamericano la encontramos en Chile, país en el que el modelo acusatorio quedó implementado a nivel nacional el año 2000, y diez años más tarde, es decir en 2010, fue evaluado, habiéndose encontrado resultados cuantitativamente positivos, pero significativamente negativos en cuanto a la calidad de la procuración y la administración de justicia, que viene a ser lo más importante, el fondo, la esencia, el fin. No importa que se dicten muchas sentencias en breve plazo si se dictan mal. Pero dejemos que sean los propios protagonistas quienes nos cuenten esto.

En Chile, denuncia el Dr. Mauricio Duce,³⁹ el sistema acusatorio disparó el índice de inseguridad, hecho que provocó que los legisladores endurecieran el régimen en menoscabo de los derechos de los procesados, contra quienes ampliaron los supuestos para la aplicación de la prisión preventiva, medida cautelar que el sistema acusatorio autoriza sólo en casos excepcionales. Los cambios a la prisión preventiva, reporta Duce, han sido fuertemente criticados por los doctrinarios chilenos, quienes

³⁸ Franz Kafka, *Informe para una academia*, Ciudad de México, Ediciones Prisma, colección Tinta Universal, 1985, p. 16.

³⁹ Mauricio Duce J. *Diez años de Reforma Procesal Penal en Chile. Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos*. pp. 14-19. www.cejamericas.org/congreso/10_arpp/MAURICIO%DUCE10_yeardeRPPenChile.pdf, Consultado el 7 de julio de 2016.

denuncian que son “un notorio cercenamiento a las garantías que rodeaban, inicialmente, al modelo procesal penal (acusatorio) implementado en Chile a contar del año 2000”. Durante los diez años de la aplicación del sistema acusatorio, afirma el experto, el único signo positivo que se ha encontrado es la conclusión de un mayor número de asuntos, sin que pueda saberse si el aumento en la cantidad es equivalente al aumento en la calidad. Duce piensa que no. Considera que la calidad en la administración de justicia penal en Chile ha disminuido, sus conclusiones se basan en que cada vez son menos los casos que se llevan ante el juez, debido a que antes, en la etapa de investigación, el ministerio público negocia y llega a arreglos con los indiciados y las víctimas del injusto penal. También con el juez se negocia la administración de justicia, cada día menos causas se concluyen con sentencia, que es la resolución más confiable en los juicios criminales, pues en verdad resuelve procedimientos jurisdiccionales, que son los que se integran con acusación, contestación del cargo, vinculación o sujeción a proceso, aportación de pruebas, formulación de alegatos y resolución; no con contratos, señala el investigador chileno.⁴⁰

El sistema penal acusatorio, apunta Duce, ha ignorado a los jueces de garantía (que en el modelo acusatorio mexicano son los jueces de control), no les ha permitido cumplir su función, que es defender los derechos humanos de los procesados; ha desatendido sus peticiones y les ha negado el acceso a los recursos ante los tribunales constitucionales.⁴¹

El nuevo sistema, advierte el especialista, también ha dejado notoriamente insatisfechas a las víctimas del delito, quienes se quejan de no haber recibido la debida reparación.⁴²

En Chile, concluye Duce, el sistema penal acusatorio ha fomentado la reincidencia criminal, pues el ministerio público no investiga, los jueces no juzgan, ambas instancias han aprovechado las reglas acusatorias para burocratizarse, hacer más fácil y menos pesada su respectiva labor; las investigaciones ministeriales y los procedimientos jurisdiccionales que no cuadran para los beneficios del sistema, por estarse ocupando de delitos de alto impacto, son manipulados y acomodados para que encajen en los supuestos acusatorios y permitan una salida rápida y simple, fomentándose así la impunidad y la corrupción, y regresando a los acusados a sus actividades habituales, lo que trae como consecuencia una pronta e inminente reincidencia delictiva.⁴³

El desencanto respecto al sistema penal acusatorio también fue expresado por la delegación chilena que participó en el *XXV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, celebrado en la Ciudad de México, el año 2013, *in memoriam* del célebre procesalista mexicano Dr. Humberto Briseño Sierra; allí los juristas sudamericanos,

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 21-24.

⁴¹ *Ib.*, p. 19.

⁴² *Ib.*, p. 28.

⁴³ *Ib.*, pp. 32 y 33.

por voz del Dr. Carlos Castro Vargas, informaron: *el índice de la criminalidad en Chile, bajo el sistema acusatorio, se ha incrementado, la impunidad creció y las violaciones al debido proceso nos hacen recordar la actuación del Tribunal de la Inquisición del Santo Oficio de los siglos XV y XVI. “Los temores que sobre el sistema acusatorio, hoy externa la Delegación Mexicana, en Chile ya son un hecho”*, sentenció Castro.

V. La contra-revolución mexicana

Recordemos que una de las características más representativas del verdadero sistema procesal penal acusatorio consiste en la excepcionalidad de la prisión preventiva, a la que recurre como última *ratio*. En esto el sistema que México puso en práctica trató de emularlo, pero muy pronto se presentaron los problemas, en virtud de que varios miles de detenidos en el sistema carcelario nacional, que ahora, con las nuevas reglas, sí tienen derecho a la libertad provisional bajo caución, se han dirigido al juez de su causa, solicitándole que les fije la garantía que corresponda y ordene su libertad provisional. Los jueces se niegan a hacerlo porque consideran que la peligrosidad de los detenidos no permite alentar ninguna esperanza respecto de su resocialización y sí —por el contrario— genera fundados temores de que van a continuar agrediendo al *imaginario social*. La negativa de los juzgadores se debe en parte a que muchos de ellos, al día de hoy, no han comprendido bien a bien las nuevas reglas, ni están dispuestos a acatarlas, menos aun a costa de su seguridad; tampoco quieren arriesgarse a enfrentar responsabilidades por haber ordenado la libertad de los mismos sujetos a quienes pusieron en prisión por no alcanzar, en aquel entonces, el beneficio de la libertad provisional.⁴⁴ Ante la negativa de los jueces naturales, los reos han acudido en demanda de amparo ante el Poder Judicial de la Federación, en donde todavía no se ha integrado un criterio definido.



www.minutouno.com

Ante la negativa de los jueces naturales, los reos han acudido en demanda de amparo ante el Poder Judicial de la Federación, en donde todavía no se ha integrado un criterio definido.

⁴⁴ “Por lo pronto, ya son más de mil quinientos presos por delitos federales, los que han solicitado su libertad provisional al amparo de la reforma que entró en vigor apenas el 18 de junio”, *Diario La Jornada*, Sección Política, Alfredo Méndez, México, 25 de julio de 2016, p. 31.

Fue el Poder Ejecutivo Federal el que, por la persona de su titular: Enrique Peña Nieto, inició las tareas para dejar sin efecto la muy reciente reforma constitucional. En la Cuadragésima Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública, precisamente durante su clausura, que tuvo lugar en el Palacio Nacional, el 30 de agosto de 2016, el primer mandatario solicitó a los Gobernadores de los 32 estados que conforman la República Mexicana corregir las deficiencias “operativas” del nuevo sistema de justicia penal que pudieran generar —*en la ciudadanía que había alzado la voz*— la impresión de impunidad. El sistema acusatorio, advirtió Peña Nieto, privilegia la presunción de inocencia, por ello permite la libertad provisional en la mayoría de los casos, “lo que implica el derecho a una defensa y a un proceso transparente”, antes, destacó, muchas personas enfrentaban su proceso privadas de libertad, en prisión preventiva, por delitos a veces menores, pero con el nuevo sistema, aseguró, podrán cursar su proceso en libertad provisional, aunque, atajó, esto no quiere decir que queden absueltas. Enseguida informó que había girado instrucciones a los titulares de la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, para que revisaran el nuevo modelo y elaboraran propuestas que lo mejoraran. “Realizaremos los ajustes necesarios para seguir mejorando”, concluyó.⁴⁵

Casi al mismo tiempo, pero ahora ante legisladores, el Gobernador del Estado de México, Eruviel Ávila Villegas, después de agradecer a los senadores de la fracción priísta el apoyo que han brindado al Presidente de la República impulsando las iniciativas de ley que ha enviado al Congreso de la Unión, les solicitó que ahora incorporaran a la agenda legislativa del Senado de la República las reformas necesarias para impedir que “delincuentes que no lo merecen” gocen de libertad al enfrentar su juicio, para que se amplíen las facultades legales del Ejército y la Marina, para que se incrementen las penas a quienes porten armas, a fin de imposibilitarles su libertad provisional, pero sobre todo para evitar que salgan de la cárcel quienes empezaron a ser juzgados y quienes fueron condenados con el anterior sistema, y que, por tanto, no tenían derecho a la libertad provisional, siendo que ahora, con el nuevo esquema sí lo tienen. Eventos estos últimos, denunció Eruviel Ávila, que están haciendo padecer a los Gobernadores, porque en aplicación del artículo Quinto transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, algunos jueces federales “están aplicando criterios que permiten liberar a presuntos delincuentes y personas

“¿Cómo va a lidiar México con los 50 000 prisioneros que serán excarcelados? México vive un inédito proceso: desde hace algunos meses se libera paulatinamente a cientos de prisioneros beneficiados con las reglas del nuevo sistema de justicia penal”. La Comisión Nacional de Seguridad (CNS) estima que en los próximos seis meses entre 45 000 y 50 000 reos podrán alcanzar su libertad con motivo de estar enfrentando juicios por delitos no graves o por haber sido condenados a penas menores. Alberto Nájjar, Ciudad de México, *BBC Mundo*, 18 de octubre de 2016. www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37447754, Consultado el 22 de octubre de 2016.

⁴⁵ *Pide Peña corregir deficiencias del nuevo sistema para evitar “percepción de impunidad”*. www.proceso.com.mx/452912/pide-pena-corregir-deficiencias-del-nuevo-sistema-penal-evitar-percepcion-impunidad, Nota de fecha 30 de agosto de 2016, atribuida a la Redacción y consultada el 15 de septiembre de 2016.

sujetas a proceso”.⁴⁶ Como puede verse, la solicitud que hace el Gobernador del Estado de México a los Senadores —quienes son el único órgano competente para legislar sobre materia procesal penal en el país— además de ser contraria al *principio de retroactividad de la ley favorable*, que dispone que la ley nueva se aplicará retroactivamente en lo que favorezca al reo,⁴⁷ lleva la intención de dejar sin efecto la presunción de inocencia y el derecho a la libertad provisional durante el proceso, incrementar las penas y dotar de más poder a las fuerzas armadas; medidas todas y cada una de ellas que son diametralmente opuestas al auténtico sistema procesal penal acusatorio, del cual México sólo ha adoptado algunos de sus aspectos. La “iniciativa” del Gobernador, si los Senadores le prestan oídos, modificaría la esencia de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de 2008 y del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014. ¡Que se libere —propone Eruviel— a quien realmente lo merece! La decisión quedaría en manos de los agentes del ministerio público, órganos que han sido reiteradamente acusados de ineficacia, corrupción y violación de los derechos humanos de los procesados y las víctimas del delito.

Quienes se adelantaron a las propuestas de cambios legislativos de Eruviel fueron los jueces penales del Estado de México. Ellos, seguramente siguiendo consignas meta-constitucionales,⁴⁸ ya habían venido sustrayéndose a las disposiciones constitucionales,⁴⁹ legales⁵⁰ y jurisprudenciales,⁵¹ que expresamente los obligaban

⁴⁶ “Propone Eruviel reformas al Código de Procedimientos Penales. Busca evitar que delincuentes que no lo merecen gocen de un juicio en libertad”. Sofía Sandra San Juan, *El Sol de México*, sección República, pp. 1 y 5, 30 de agosto de 2016. <https://www.elsoldemexico.com.mx/república/421154-evitar-que-delin-cuentes-que-no-lo-merecen-gocen-de-un-juicio-en-libertadeav>.

⁴⁷ Principio recogido por el Código Penal del Estado de México vigente y promulgado el 17 de marzo de 2000, por el entonces gobernador de ese Estado, Arturo Montiel Rojas, cuyo mandato corrió de 1999 a 2005. Dicho instrumento legal en su artículo 2 establece: “La ley penal aplicable es la vigente en el tiempo de realización del delito. Si después de cometido el delito y antes de que cause ejecutoria la sentencia que debe pronunciarse, entraran en vigor una o más leyes que disminuyan la pena o la substituyan por otra que sea menos grave, se aplicará la nueva ley y, en su caso, el órgano jurisdiccional concederá los substitutivos penales que legalmente procedieren. Si pronunciada la sentencia ejecutoria se dictare una ley que dejando subsistente la pena señalada para el delito, disminuya su duración o cambie su naturaleza, se individualizará conforme a la nueva ley”.

En el mismo sentido se pronuncia la Ley fundamental mexicana, que en su artículo 1º, párrafo segundo, manda: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

⁴⁸ Entre las que se encuentra el fenómeno llamado *presidencialismo*, por el cual quien ejerce la titularidad del Poder Ejecutivo: Presidente de la República, Gobernador del Estado, Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, también ejerce mando de *facto* sobre los Poderes Legislativo y Judicial.

⁴⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, apartado A, fracción IX. “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”, Reforma constitucional del año 2008.

⁵⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 97, citado en la nota 21 a pie de página de esta investigación; 264.- “Nulidad de la prueba. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad”. y 357.- “Legalidad de la prueba. La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código”.

a investigar los actos de tortura cometidos en agravio de las personas detenidas, a excluir las pruebas obtenidas mediante violación de derechos fundamentales — como en la tortura— y a reponer el procedimiento penal en caso de tortura. Las violaciones judiciales en agravio del sistema jurídico y de las víctimas de tortura quedaron suficientemente documentadas en el informe titulado *¿Cómo se juzga en el Estado de México?: una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio*, que fue presentado y hecho público el día 20 de octubre en curso, por las organizaciones de investigación social México Evalúa y Centro de Investigación y Docencia Económicas. Estudio que revela que en el Estado de México, entre 2010 y 2014, bajo el nuevo sistema del proceso penal acusatorio, los jueces de lo criminal no tomaron en cuenta los reportes de tortura en agravio de las personas detenidas. De los 1 145 procesos concluidos analizados, reportan los investigadores, se encontró que en 18% de ellos, es decir, en 206 casos, los médicos forenses reportaron a los jueces penales la existencia de fracturas por golpes o lesiones derivadas del uso de descargas eléctricas, que denotaban tortura u otros tratos denigrantes a los que habían sido sometidas las personas detenidas y puestas a disposición de los órganos jurisdiccionales y todos los jueces mexiquenses, sin excepción alguna, ignoraron los certificados médicos, omitieron investigar los hechos constitutivos de tortura; nin-

⁵¹ “ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE. Si los gobernados, constitucional y convencionalmente tienen el derecho fundamental a que el Estado investigue las violaciones a sus derechos humanos, en específico, el derecho a no ser objeto de tortura, la autoridad judicial, como parte integrante del Estado Mexicano, ante la denuncia de que un gobernado ha sido víctima de aquélla, tiene la obligación de investigarla; lo que se constituye en una formalidad esencial del procedimiento, al incidir sobre las efectivas posibilidades de defensa de los gobernados previo al correspondiente acto de autoridad privativo de sus derechos. Ello, porque al ser la tortura una violación a los derechos humanos de la que pueden obtenerse datos o elementos de prueba que con posterioridad se utilicen para sustentar una imputación de carácter penal contra la presunta víctima de la tortura, se advierte una relación entre la violación a derechos humanos y el debido proceso; lo cual implica que, luego de realizarse la investigación necesaria para determinar si se actualizó o no la tortura, de obtenerse un resultado positivo, la autoridad que tenga a cargo resolver la situación jurídica de la víctima de violación a derechos humanos, estará obligada a realizar un estudio escrupuloso de los elementos en que se sustenta la imputación al tenor de los parámetros constitucionales fijados en relación con las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas. Por tanto, soslayar una denuncia de tortura, sin realizar la investigación correspondiente, coloca en estado de indefensión a quien la alega, ya que la circunstancia de no verificar su dicho implica dejar de analizar una eventual ilicitud de las pruebas con las que se dictará la sentencia. Así, la omisión de la autoridad judicial de investigar una denuncia de tortura como violación a derechos fundamentales dentro del proceso penal, constituye una violación a las leyes que rigen el procedimiento, que trasciende a las defensas del quejoso, en términos de los artículos 173, fracción XXII, de la Ley de Amparo, 1^o, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 1, 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y, consecuentemente, debe ordenarse la reposición del procedimiento de primera instancia para realizar la investigación correspondiente y analizar la denuncia de tortura, únicamente desde el punto de vista de violación de derechos humanos dentro del proceso penal, a efecto de corroborar si existió o no dicha transgresión para los efectos probatorios correspondientes al dictar la sentencia”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, Tesis 1a./J. 10/2016 (10a.), página 894, número de registro 2011521, Jurisprudencia, Materias: Común, Penal. Publicada el 29 de abril de 2016 y de aplicación obligatoria a partir del 2 de mayo de 2016. (El subrayado es mío).

guno de los juzgadores excluyó la declaración del imputado, ni liberó al detenido torturado. De los 206 casos en que existía certificado médico reportando la tortura, sólo en 6 de ellos, 2.6%, se excluyeron pruebas, mientras que en el 97.4%, 200 casos, los jueces validaron la actuación de la policía y del ministerio público.⁵² El informe no lo dice expresamente, pero permite deducir que en ninguno de esos 206 casos con tortura certificada se ordenó la reposición del procedimiento penal. Los jueces, como puede verse, incumplieron todas las obligaciones que —para prevenir y erradicar la tortura— les imponía el nuevo sistema procesal penal acusatorio mexicano.⁵³ ¡Al día de hoy nadie, ni los policías, ni los agentes del ministerio público ni mucho menos los jueces, que infligieron, encubrieron y toleraron los delitos de tortura en el Estado de México, ha sido procesado! Menos lo será ahora que nuestro más Alto Tribunal ha concedido autorización para torturar a las personas detenidas, como veremos a continuación.

¡Al día de hoy nadie, ni los policías, ni los agentes del ministerio público ni mucho menos los jueces, que infligieron, encubrieron y toleraron los delitos de tortura en el Estado de México, ha sido procesado!

La Suprema Corte de Justicia de la Nación —que encabeza el Poder Judicial en nuestro país— a través de su Primera Sala, el 19 de agosto de 2016, dos meses después de haber entrado en vigor, a nivel nacional, el sistema procesal penal acusatorio, publicó la tesis jurisprudencial TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL IMPUTADO,⁵⁴ por la que, al disponer que serán válidas las actuaciones

La Suprema Corte de Justicia de la Nación —que encabeza el Poder Judicial en nuestro país— a través de su Primera Sala, el 19 de agosto de 2016, dos meses después de haber entrado en vigor, a nivel nacional, el sistema procesal penal acusatorio, publicó la tesis jurisprudencial TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL IMPUTADO,⁵⁴ por la que, al disponer que serán válidas las actuaciones

⁵² “¿Cómo se juzga en el Estado de México?: una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio”. Investigación elaborada por Gustavo Fondevila, Máximo Langer, Marcelo Bergman, Carlos Vilalta y Alberto Mejía; edición: Gerardo Piña, diseño gráfico: Miguel Cedillo, 1ª. edición, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, D. F.; México, 2016 y México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A. C., Gráfico 10. En las conclusiones del estudio los investigadores advierten que el sistema penal acusatorio se usó esencialmente para procesar delitos de poca complejidad, que en su gran mayoría derivaron de una detención en flagrancia que correspondió a jóvenes de escasos recursos económicos, imputados de robo en solitario, que no contaban con antecedentes penales; que los casos fueron resueltos con rapidez, mayoritariamente en procedimientos abreviados y que fueron pocos los casos que lograron llegar a la etapa de juicio, la “que resulta ser verdaderamente excepcional dentro del sistema”, señalaron. El estudio está disponible en mexicoevalua.org/2016/10/21/como-se-juzga-en-el-estado-de-mexico/ y fue consultado el 24 de octubre de 2016.

⁵³ “Jueces dejan impune la tortura de policías contra detenidos en el Estado de México”. Revelan los organismos de investigación México Evalúa y Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) por medio del estudio “¿Cómo se juzga en el Estado de México?”, presentado el 20 de octubre de 2016. Manu Ureste, www.animalpolitico.com/2016/10/detenciones-tortura-policia-edomex/. Consultado el 22 de octubre de 2016.

⁵⁴ En el criterio emitido por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 10/2016 (10a.), (1) de rubro: “ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE

y con ellas las pruebas que —no siendo autoincriminatorias dicen los Ministros— se hayan obtenido por medio de la tortura (que es la violación de todos los derechos fundamentales: a la dignidad, la vida, la integridad, el acceso a la justicia, el debido proceso, la certeza jurídica, la juridicidad, por ejemplo), la Corte está prácticamente derogando los artículos 97, 264 y 357 del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, que disponen que cualquier acto, todo acto —incluido el no autoincriminatorio— será nulo si se realizó con violación de derechos humanos.

La Suprema Corte claudica ante la práctica generalizada y sistemática de la tortura que existe en nuestro país,⁵⁵ y, lo que es peor, extiende una invitación a las fuerzas de seguridad: militares, marinos, policías, agentes del ministerio público, jueces, para que sigan, ahora con mayor impunidad, torturando y abandonando a su suerte a las personas detenidas, a las desaparecidas forzosamente, a cualquier persona. Si algo se había ganado, la Suprema Corte lo ha frustrado, una vez más.

Otro miembro destacado del Poder Judicial de la Federación, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito (Quintana Roo), una semana después de la publicación de la tesis de la Primera Sala que analizamos, publicó su propia tesis jurisprudencial en sentido similar, con la particularidad de que, contradiciendo criterios jurisprudenciales firmes, pone plazo y condiciones —que son humanamente imposibles de alcanzar— para anular y reponer el procedimiento judicial por moti-

UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE”, se establece que la omisión de la autoridad judicial de investigar una denuncia de tortura como violación a derechos fundamentales con repercusión en el proceso penal, constituye una violación a las leyes que rigen el procedimiento, que trasciende a las defensas del quejoso en términos de los artículos 173, fracción XXII, de la Ley de Amparo, lo., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 1, 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y, consecuentemente, debe ordenarse la reposición del procedimiento de primera instancia para realizar la investigación correspondiente a la denuncia de tortura, únicamente desde el punto de violación de derechos humanos dentro del proceso penal, a efecto de corroborar si existió o no dicha transgresión para los fines probatorios correspondientes al dictar la sentencia. No obstante, en aquellos casos en que no exista confesión o algún otro acto que implique autoincriminación como consecuencia de los actos de tortura alegados, *no resulta procedente ordenar la reposición del procedimiento de conformidad con la jurisprudencia antes citada, pues en esos supuestos la violación a derechos humanos derivada de la tortura carece de trascendencia en el proceso penal por no haber impactado*; sin embargo, fuera de esos supuestos de excepción, deberá procederse como se describe en el criterio jurisprudencial de referencia. Es decir, que la jurisprudencia a que se alude tendrá aplicación siempre que se trate de asuntos en los que, como consecuencia de la tortura, se haya verificado la confesión o cualquier manifestación inculpativa del inculpaado, porque en tal caso, la autoridad jurisdiccional estará obligada a realizar una investigación a fin de determinar si se actualizó o no la tortura y, de corroborarse ésta, deberá ceñirse a los parámetros constitucionales fijados en relación con las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas, esto es, que de no acreditarse el señalado supuesto de excepción, el citado criterio jurisprudencial operará en sus términos. Amparo directo en revisión 6564/2015. Mayoría de votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, tesis 1a. CCV/2016 (10a.), Página 789, número de registro 2012318, tesis aislada, materia penal. (El subrayado es mío). <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2012318&Clase=DetalleTesisBL&Semanao=1>. Consultada el 27 de agosto de 2016.

⁵⁵ Ver nota 11 a pie de página.

vos de tortura, es decir: exige, como requisito indispensable para atender al quejoso en la vía constitucional, el de que haya cuestionado la tortura en el procedimiento ministerial o judicial en el que se le hubiera infligido.⁵⁶ Sólo le falta exigir que la reclamación por tortura la alegue la víctima en el preciso momento en que esté padeciendo el suplicio, ante los mismos verdugos y recabando de ellos el correspondiente acuse de recibido.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, a través del Presidente de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, el mes de julio de 2013, reconoció que para implementar en dicha entidad el sistema procesal acusatorio, la Federación le entregaría diez mil millones de pesos.⁵⁷ Si cada una de las otras treinta y un entidades estatales, más la entidad federal, recibieron la mitad de lo que le dieron al Distrito Federal, tenemos que la implementación del sistema procesal penal habría costado al pueblo de México la cantidad de \$ 170 000 000 000.00 (ciento setenta mil millones de pesos), además de ocho años de trabajo, que de muy poco sirvieron, que no sea enriquecer a muchos funcionarios públicos corruptos.

Si tomamos en cuenta que a escasos dos meses de haber entrado en funcionamiento el nuevo sistema, el Poder Judicial de la Federación ya integró jurisprudencia que en parte lo *deroga* y desde el Poder Ejecutivo Federal y Estatal se realizan gestiones para incorporar a la agenda legislativa del Senado de la República, reformas al nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales que lo dejarán sin efecto en las partes en que se había avanzado, parece evidente que tenemos una marcha atrás de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia.

⁵⁶ “TORTURA. SI EL QUEJOSO REFIERE EN SU DEMANDA DE AMPARO DIRECTO —COMO ASPECTO NOVEDOSO— QUE SUFRIÓ ESTE TIPO DE ACTOS, SIN QUE LO HAYA ALEGADO PREVIAMENTE EN ALGUNA FASE DEL PROCEDIMIENTO PENAL, NI SE ADVIERTA EVIDENCIA RAZONABLE O RAZÓN FUNDADA DE QUE PUDIERON COMETERSE EN SU CONTRA, NO PROCEDE LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO, NO OBSTANTE, DEBE REALIZARSE LA DENUNCIA CORRESPONDIENTE DE AQUÉLLA COMO DELITO. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la denuncia de tortura, en sus vertientes de delito y de violación a derechos humanos, no puede condicionarse a circunstancias de temporalidad o de oportunidad para alegarla o, incluso, para determinar que se investigue en caso de que se advierta la existencia de indicios concordantes con actos de tortura; esto es, no puede impedirse que se alegue en cualquier etapa del procedimiento judicial. Por tanto, la denuncia o existencia de indicios de que ocurrieron actos de tortura en contra de una persona en un procedimiento penal, actualiza la obligación de investigación de la autoridad que conozca del caso. *Sin embargo, en amparo directo, para estimar que se violaron las leyes del procedimiento, trascendiendo a las defensas del quejoso y que ello amerita la reposición del procedimiento, se requiere que éste haya alegado previamente —en cualquier fase del procedimiento penal— que sufrió este tipo de actos, o que se advierta evidencia razonable o razón fundada de que se pudieron cometer tales actos en su contra.* Lo anterior, sin perjuicio de que deba realizarse la denuncia correspondiente de la tortura como delito. En ese tenor, cuando se alega tortura como aspecto novedoso en el amparo directo, sin que se haya manifestado en el procedimiento penal ni se adviertan indicios de ese hecho en los términos indicados, no procede la reposición del procedimiento; no obstante, debe realizarse la denuncia correspondiente de la tortura como delito”. Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, número de registro 2012439, tesis aislada (Común), XXVII.3o.26 P (10a.) (El subrayado es mío). <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2012439&Clase=DetalleSemarioBL>. Consultada el 14 de septiembre de 2016.

⁵⁷ Universidad Autónoma Metropolitana, *revista Alegatos* número 85, pp. 893-898.

VI. Conclusiones

Considero que han quedado expuestas las tesis fundamentales del auténtico sistema procesal acusatorio, así como las del sistema acusatorio (desnaturalizado) que vino implementándose en México a partir del año 2008; que fueron identificadas sus diferencias y denunciados los graves y recurrentes problemas que el sistema acusatorio simulado ha originado en el Estado de México y en la República de Chile. Espero haber demostrado las acciones que el antiguo régimen, esta vez desde los poderes Ejecutivo y Judicial, ha emprendido para dejar sin efecto las pocas normas —presunción de inocencia, excepcionalidad de la prisión preventiva (cuando menos en el papel), nulidad o exclusión de las actuaciones y las pruebas que se hubieren obtenido mediante actos violatorios de los derechos humanos (que uno de sus supuestos es la tortura), por ejemplo— del auténtico sistema procesal penal acusatorio que en México se habían adoptado gracias a la presión que ejercieron la sociedad civil, las víctimas, las organizaciones sociales, los organismos nacionales e internacionales defensores de derechos humanos, los periodistas, las universidades y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México, principalmente. Confío en que esta investigación propiciará una mayor atención por parte de la sociedad civil, servidoras y servidores públicos, académicas y académicos, así como de la comunidad estudiantil, a fin de que identifiquemos, reconozcamos y resolvamos los problemas, evitemos que surjan más, preservemos la dignidad humana e instrumentemos en nuestro país y en América Latina —¡ahora sí!— el auténtico sistema penal acusatorio que venga a contribuir para la sólida edificación de una sociedad menos injusta, menos desigual.



lacarpa.com.mx

Confío en que esta investigación propiciará una mayor atención por parte de la sociedad civil, servidoras y servidores públicos, académicas y académicos, así como de la comunidad estudiantil, a fin de que identifiquemos, reconozcamos y resolvamos los problemas...

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Buelna Serrano, María Elvira. *Indígenas en la Inquisición Apostólica de fray Juan de Zumárraga*, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, 2009.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría de la Prueba Judicial*, Tomo I, Buenos Aires, Victor P. de Zavalia-Editor, 1981.
- Gómez Fröde, Carina y Briseño García Carrillo, Marco Ernesto (coords.). *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- González Obregón, Luis, y Tribunal de la Inquisición del Santo Oficio (1539). *Proceso Inquisitorial del Cacique de Texcoco*, Ciudad de México, 53° Congreso Internacional de Americanistas y Secretaría de Cultura de la Ciudad de México y Lito Nueva Época, 2009.
- Hidalgo Murillo, José Daniel. *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*, Ciudad de México, Editorial Porrúa y Universidad Panamericana, segunda edición, 2010.
- Debido Proceso Penal en el Sistema Acusatorio*, Ciudad de México, Flores Editor y Distribuidor, y Universidad Panamericana, 2011.
- Ibáñez Aguirre, José Antonio y Salcedo González, Sandra (coords.). *Ombudsman: Asignatura Pendiente en México*, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2013.
- Pavarini, Massimo; Pérez Carrillo, Agustín A. y Tenorio Tagle, Fernando. *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, Ciudad de México, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Conacyt, Fondo Latino Americano para la Seguridad Urbana y la Democracia, Flasad y Ediciones Coyoacán, 2006.
- Sferlazza, Ottavio. *Proceso Acusatorio oral y delincuencia organizada*. Ciudad de México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, Aquesta Terra, Fontamara, 2005.

Electrónicas

- Asamblea General. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan N. Méndez, diciembre de 2014.
- Duce J., Mauricio. *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile. Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos*, localizable en www.cejamericas.org/congreso/10arpp/MAURICIO%DUCE10yeardeRPPenChile.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México, Anders Kompass (Representante). *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, diciembre de 2003.
- Open Society Justice Initiative*, en colaboración con la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, el Centro Diocesano para los Derechos Humanos Fray Juan de Larios, I(dh) eas Litigio Estratégico en Derechos Humanos, la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho y Ciudadanos en Apoyo a los Derechos Humanos (CADHAC). *Atrocidades Innegables. Confrontando*

Sección Doctrina

Crímenes de Lesa Humanidad en México, Open Society Foundations, Nueva York, 2016.

Torquemada, fray Tomás de. *Instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición, hechas en Sevilla el año 1484*. Disponibles en https://books.google.com.mx/books?id=50YfA7etYkkC&pg_PT19&hl=es&source, Consultadas el 7 de julio de 2016.

Hemerográficas

Salcedo Flores, Antonio y Buelna Serrano, María Elvira. *La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia viola los Derechos Humanos*, UAM-A, *Alegatos* núm. 85, septiembre-diciembre de 2013.

Otras

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Alejandro
Santiago Monzalvo*

El derecho agrario en México en la era del nuevo imperialismo. Pérdida y readecuación de su sentido social

El capitalismo sobrevive a través de la producción del espacio

LeFebvre

Resumen

En este trabajo se hace evidente el cambio en la normatividad agraria, ubicando el cambio de conceptos legales en relación con la realidad social, económica y política mundial aportando datos y explicando por qué se encuentra en crisis el sector rural y por qué la clase campesina, es la que padece los efectos del sistema capitalista de acumulación. Paradójicamente, este sistema engendra en sus adentros, no el germen de su propia destrucción, como escribiría en un momento determinado Karl Marx, sino el germen de su renovación permanente —también como lo analiza este mismo autor—, pues en sus bases permanece continuamente la “acumulación”, es una acumulación constante en el modelo económico capitalista.

Abstrac

In this paper the change in agrarian regulation is evident, placing the change of legal concepts in relation to the social, economic and political world, contributing data and explaining why the rural sector is in crisis and why the peasant class, is the one that suffers the effects of the capitalist system of accumulation. Paradoxically, this system engenders within itself, not the germ of its own destruction, as Karl Marx would at one time write, but the germ of its permanent renewal —also as the author— himself analyzes it. “Accumulation”, is a constant accumulation in the capitalist economic model.

SUMARIO: Introducción / I. Capitalismo y crisis de sobreacumulación / II. ¿Cómo se da el ajuste espacio-temporal y cuáles son algunas de sus contradicciones? / III. Estado capitalista actual y su nueva función / IV. Mediaciones institucionales para la proyección del poder en el espacio / V. Acumulación por desposesión / VI. Normatividad del despojo y desposesión del uso disfrute de la propiedad social / VII. El Estado mexicano y el derecho / VIII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

Este trabajo se basa en una lectura reflexiva del texto de David Harvey¹ sobre el nuevo imperialismo entendido como la manera en que el capitalismo se reorganiza en la época contemporánea. Para tal fin se retomarán las ideas de Marx sobre *la acumulación originaria del capital* en las cuales se explica cómo funciona el mecanismo de la acumulación ampliada de capital. En otras palabras, ese texto busca dar respuesta a la siguiente paradoja económica: “La acumulación del capital presupone la plusvalía, la plusvalía la producción capitalista y ésta la existencia en manos de los productores de mercancías de grandes masas de capital y fuerza de trabajo”.²

Este “círculo vicioso”, sólo puede entenderse si se da por supuesta una acumulación “originaria”, cuya esencia es el despojo a fuerza de hacer la guerra para conquistar bienes materiales y culturales no subordinados a la valorización del capital. Hoy en día, el secreto de la acumulación originaria como lo es la expropiación, simplemente está legalizado, sea por un contrato, ya por la propiedad intelectual y en general por el aparato institucional del Estado capitalista.³

En efecto, el proceso de expropiación ha hecho que muchos campesinos que trabajaban por su cuenta sus propias parcelas hayan tenido que abandonarlas, venderlas o transferirlas, pues este Estado capitalista mundializado, ha procurado “la conversión del suelo en algo comercial, para que los despojados fueran a trabajar”. Precisamente, estas apropiaciones, en verdad, suceden “con actos de violencia individuales y con leyes del parlamento”,⁴ hasta lograr que se borrra la conexión que

¹ David Harvey, “El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión”, en <http://biblioteca.clacso.org.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>.

² Carlos Marx, *El Capital*, México, FCE, 1994, t. I., p. 607. “El proceso histórico que estamos viviendo no es casual, es parte del proceso histórico de escisión entre productores y medios de producción (...)” dice este autor.

³ Cf. Nicos Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, México, Siglo XXI, 11ª edición. 1975. Específicamente, la segunda parte: “Los rasgos fundamentales del estado capitalista”: La cuarta parte: “La unidad del poder y la autonomía relativa del estado capitalista”. Además, puede consultarse: Arnaldo Córdova, *La formación del poder político en México*, México, Era, 4ª ed., 1975.

⁴ *Ibidem*. Además, dice Raymundo Espinoza Hernández “Hasta principios de 2015 se han emitido 220 decretos de reformas constitucionales, que en términos generales han implicado 618 modificaciones recaídas sobre 109 de los 136 artículos que conforman el texto principal de la Constitución mexicana y los diversos artículos transitorios que también la integran, 122 de esos 220 decretos de las reformas; el 55.45%, han tenido lugar bajo la égida del capitalismo neoliberal, lo que ha implicado 405 modificaciones sobre diversos artículos, particularmente el 3º, el 27º y el 123º, pero también muchos otros referentes a la intervención del Estado en la economía, el papel del sector privado en el desarrollo nacional, el carácter laico de las instituciones públicas, las estructuras y ámbitos competenciales de los órganos de gobierno, la distribución territorial de atribuciones, los alcances y contenidos de la autonomía municipal, los procesos electorales y el sistema de partidos, la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, la transparencia y rendición de cuentas, la ciudadanización de órganos reguladores y de fiscalización, los derechos humanos, el control de la constitucionalidad, la seguridad nacional y pública, la política criminalológica y el sistema penal, la procuración e impartición de justicia, la política exterior y la integración hemisférica, entre otras cuestiones medulares para el desarrollo integral de la Nación, la independencia y democratización de la sociedad mexicana, la vigencia del Estado de Derecho y el ejercicio pleno de

existía entre el campesino y la propiedad comunal.⁵

Por lo que respecta a la teoría del nuevo imperialismo, retomaremos las ideas que Harvey⁶ expone en su artículo intitulado “El nuevo imperialismo. Acumulación por desposesión”, cuyo análisis arroja un incesante e interminable mecanismo de reorganización e institucionalización del despojo como signo de recomposición del capital frente a una “crisis de sobreacumulación”, es decir, “un excedente de capital que buscó nuevos espacios de valorización en áreas económicas públicas, colectivas y comunitarias, lo que implicó la rapiña de bienes, recursos, saberes y propiedades”.⁷

Para entender la reorganización mundial del capitalismo puede tomarse como referencia la acción imperialista de consorcios, grandes compañías, etcétera, por apropiarse de los recursos naturales a nivel mundial con exclusión de sus propietarios o posesionarios originarios, como en las concesiones mineras o la privatización del agua.⁸ La institucionalización del despojo hoy en día se puede advertir en la reorganización de lo político, es decir, en la llamada modernización del aparato de Estado capitalista.

la libertad y la dignidad de las personas. Sin contar las fe de erratas ni las reformas sobre artículos transitorios o los artículos reformados más de una vez en el mismo periodo, los sexenios en los que se han modificado más artículos constitucionales fueron: el de Felipe Calderón con 61 artículos mediante 36 decretos, el de Ernesto Zedillo con 47, a través de 18 decretos, el de Miguel de la Madrid con 44 a través de 19 decretos y el de Carlos Salinas con 35 mediante 15 decretos. Si se incluyen las fe de erratas, las reformas sobre artículos transitorios y las reformas sobre un mismo artículo en el mismo sexenio, los números son los siguientes: Felipe Calderón 110, Ernesto Zedillo 77, Miguel de la Madrid 66 y Carlos Salinas 55. Con 19 decretos, Fox modificó 31 artículos (21 sin contar las fe de erratas ni las reformas sobre artículos transitorios o los artículos reformados más de una vez en el sexenio). Enrique Peña Nieto ha modificado 30 artículos a través de 15 decretos. Si se incluyen las fe de erratas, las reformas sobre artículos transitorios y las reformas sobre un mismo artículo en el mismo sexenio, Peña Nieto ha modificado en total 66 artículos”. Podrá consultarse este texto más adelante.

⁵ “Lo curioso e importante de este sistema es que en la producción hay una cooperación y una colectivización en la producción, mientras más se desarrolla el capitalismo, más colectivo se vuelve el trabajo y se socializan más los medios de producción —sin embargo— el capital que genera el trabajo colectivo en los medios de producción va a parar en las manos del capitalista, volviéndose en capital privado y no como su naturaleza”. Karl Marx, *El Capital...*, *op. cit.*

⁶ David Harvey, “El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión”, en <http://biblioteca.clacso.org.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>.

⁷ Cf. Rubén Trejo, *Despojo capitalista y privatización en México 1982-2010*. México, Ítaca, 2012, p. 15.

⁸ Dice la Sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos “El comercio nacional, las grandes agencias comerciales estatales en el campo (Conasupo), y las pequeñas y medianas empresas productivas y comercializadoras familiares se han destruido, y fueron reemplazadas por empresas altamente monopolizadas, sobre todo de cuño transnacional, contribuyendo a elevar el desempleo. A esto se suma la destrucción del sistema financiero. El mercado interno (industrial, agropecuario) destruido fue suplantado por un mercado importador de todo tipo de insumos industriales, medios de subsistencia principalmente estadounidenses y un fomento del mercado exportador.

“Desde 2012 en México se paga uno de los salarios más bajos del mundo en términos comparativos, aprovechando la sobreoferta laboral, aunque esté perfectamente disimulada, así como también el desempleo real, maquillado en el caso de los trabajadores intermitentes o informales (3 de cuatro trabajadores en México son informales) y con el flujo migratorio hacia Estados Unidos (10.64 millones de los 15.2 millones de mexicanos expulsados a partir de la firma del TLCAN), que es el principal flujo migratorio del mundo”. He aquí una idea de las dimensiones del despojo. Cf. Sentencia del Tribunal Permanente de

A partir de estos postulados, sintéticamente esperamos exponer algunos elementos de reflexión sobre la readecuación del derecho agrario en México en su parte medular, la *organización* del ejido, pues más que transformación de campesinos en asalariados, migrantes o miserables vagabundos,⁹ el despojo significa en el campo la disolución de la propiedad privada fundada en el trabajo propio y la expropiación del productor directo, impactando también en la propiedad comunal.

I. Capitalismo y crisis de sobreacumulación

En este apartado nos centraremos en exponer el renovado análisis de Harvey en su relectura de Marx para explicar, precisamente por qué el capitalismo ha sobrevivido a lo largo del tiempo, y de cómo se ha reorganizado. En verdad nos encontramos ante un escenario previsto por Marx en su conocido capítulo tratante sobre la acumulación originaria del capital, cuya esencia, “el pecado original”¹⁰ del desposeer, se renueva constantemente, toma nuevas formas. No obstante, al ser la clave de la reproducción capitalista, ha permitido la reorganización de este sistema económico a lo largo del tiempo.¹¹

Harvey reflexiona sobre la manera en que el capitalismo se reorganiza a través de la “reproducción del espacio”.¹² En ese texto el autor se propone “Analizar los ajustes espacio-temporales y de su rol en las contradicciones internas de la acumulación de capital”. ¿A qué se debe entonces ese movimiento de reorganización interna del capital? El autor observa un contexto de *crisis de sobreacumulación*, que da

los Pueblos: LIBRE COMERCIO, VIOLENCIA, IMPUNIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS EN MÉXICO (2011-2014). Audiencia final. Ciudad de México, 12-15 de noviembre de 2014, p. 9. Puede verse en <http://www.internazionaleleliobasso.it>.

⁹ “En la dulce economía política... las únicas fuentes de riqueza han sido desde el primer momento la ley y el “trabajo”. Carlos Marx, *El Capital*, op. cit., p. 607.

¹⁰ “El régimen del capital presupone el divorcio entre los obreros y la propiedad sobre las condiciones de realización de su trabajo. Cuando ya se mueve por sus propios pies, la producción capitalista no sólo mantiene este divorcio, sino que lo reproduce y acentúa en una escala cada vez mayor”, *Ibidem*, p. 608.

¹¹ “La privatización es expresión de un fenómeno económico de larga duración en la historia capitalista: el despojo”, indica Rubén Trejo, *Despojo capitalista y privatización en México* (...) op. cit., p. 14.

¹² Además de la teoría de Harvey, podemos encontrar otras que explican esta nueva etapa del capitalismo. Por ejemplo, la del “capitalismo cognitivo”, Cf., Patrick Dieuaide, Paule Bernard y Carlo Vercellone, “Introducción al capitalismo cognoscitivo”, en Miguel Ángel Rivera y Alejandro Dabat (coords.), *Cambio histórico mundial, conocimiento y desarrollo*, México, UNAM, 2007; la del “capitalismo informático o informacional”, Cf. Manuel Castells, *La era de la información*, vol. I, *La sociedad red*, México, Siglo XXI, 2000; la de “la mundialización del capital y el régimen de acumulación rentista”, Cf. Francois Chesnais, “La globalización y el Estado del capitalismo a fines de siglo”, en *Investigación económica*, núm. 215, enero-marzo, México, Facultad de Economía/UNAM, 1999; “La economía basada en el conocimiento”, Cf. OCDE, *Estudios económicos de la OCDE*, México, 2001-2002, OCDE, 2002; “La nueva economía”, Cf. Ernest Mandel, *El capitalismo tardío*, México, Era, 1980; y la del “capitalismo no íntegro”, de David Álvarez Saldaña, *Crítica de la teoría económica y política en México*, México, El Caballito, 1993.

como resultado la caída de la tasa de ganancia. Ante tal panorama, la necesidad de reorganización aparece como primordial, para lo cual, se operaron cambios socio-institucionales que buscan restablecer el poder y las ganancias de la clase capitalista, a través de colocar los excedentes de capital en espacios y actividades rentables.

Ahora bien, ¿por qué se produce esta crisis de sobreacumulación? Fundamentalmente, porque los excedentes de capital y fuerza de trabajo no se combinan de forma rentable para tareas socialmente útiles.¹³ Al no existir una combinatoria productiva de los elementos de la producción en la era del capital, ¿cómo entonces absorber estos excedentes? Harvey indica que se da a través de “la expansión geográfica y la reorganización espacial”.¹⁴

En efecto, ante la incapacidad de acumular mediante la reproducción ampliada, es decir, dada la escasa combinatoria productiva rentable¹⁵ del capital y la fuerza de trabajo, el sistema económico capitalista tiene que recurrir a su esencia originaria para acumular: *la desposesión*, esta vez a escala mundial. Este proceso es lo que nuestro autor identifica como nuevo imperialismo.

II. ¿Cómo se da el ajuste espacio-temporal y cuáles son algunas de sus contradicciones?

Como para convertirse en capital, al valorizarse, deben enfrentarse los propietarios de medios de producción, de dinero y artículos de consumo con obreros libres, es que se producen contradicciones en este enfrentamiento, dando paso a la lucha de clases. El forcejeo entre ambas clases en un espacio y tiempo específico, o formación histórico-social, trae consigo una sobreacumulación, una parálisis en la combinato-

¹³ “(...) el capital, en su proceso de expansión geográfica y desplazamiento temporal que resuelve las crisis de sobreacumulación a la que es proclive, crea necesariamente un paisaje físico a su propia imagen y semejanza en un momento, para destruirlo luego. Esta es la historia de la destrucción creativa (con todas sus consecuencias sociales y ambientales negativas) inscrita en la evolución del paisaje físico y social del capitalismo”, Cf. David Harvey, “El nuevo imperialismo...” *op. cit.*, p. 103, consultar en <http://biblioteca.clacso.org.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>.

¹⁴ “El capitalismo contemporáneo es multidimensional por los tiempos sociales que integra a la dinámica económica; los procesos de producción intangibles e inmateriales; los espacios locales, regionales y mundiales en que opera; las redes de producción que organiza; los organismos internacionales que intervienen en su desarrollo, los paisajes ecológicos de que se apropia...”, Cf. Rubén Trejo, *Despojo capitalista y privatización en México...* *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ “Ni el dinero ni la mercancía son de por sí *capital*, como no lo son tampoco los medios de producción ni los artículos de consumo. Necesitan convertirse en *capital*. Y para ello han de concurrir una serie de circunstancias concretas, que pueden resumirse así: han de enfrentarse y entrar en contacto dos clases muy diversas de poseedores de mercancías; de una parte, los *propietarios de dinero, medios de producción y artículos de consumo*, deseosos de *valorizar* la suma de valor de su propiedad mediante la compra de fuerza ajena de trabajo, los *obreros libres*, vendedores de su propia fuerza de trabajo y, por tanto, de su trabajo”. Carlos Marx, *El capital*, *op. cit.* p. 608.

ria productiva de los factores productores de valor que valoriza.¹⁶ La sobreacumulación en un determinado sistema territorial tiene como consecuencias:

- a) Un excedente de trabajo, lo que propicia un creciente desempleo.
- b) Un excedente de capital, consecuentemente existe sobreacumulación de mercancías en el mercado, lo que indica una inversión no productiva y rentable.
- c) Consecuentemente: descenso de la tasa de ganancia.¹⁷

Vale la pena precisar, en este sentido, que históricamente se ha visto que estos excedentes pueden ser absorbidos aún en circunstancias de sobreacumulación con el desplazamiento temporal a través de las inversiones de capital en proyectos a largo plazo, o bien con capital destinado a gastos sociales tales como la educación o la investigación, con lo que se difiere hacia el futuro, de esta manera, la entrada en circulación de los excedentes de capital actuales, por una parte.

Por otra parte, dichos excedentes pueden ser absorbidos mediante *desplazamientos espaciales* a través de la apertura de nuevos mercados, nuevas capacidades productivas y nuevas posibilidades de recursos y de trabajo en otros lugares. La combinatoria productiva buscando asidero allí en donde el enfrentamiento de las clases permitiría mejores circunstancias de rentabilidad para el capital. Es en este sentido que podemos entender que el territorio mexicano¹⁸ se alce en el horizonte del capital como renovada posibilidad espacial para abatir el círculo de sobreacumulación, tal como explica Harvey.

Los escenarios señalados arriba revelan acciones que la clase capitalista pone en movimiento con el objeto de abatir la sobreacumulación. Así, se tiene que, al existir un capital fijo inmovilizado, éste ha sido utilizado para conjuntar el espacio-tiempo, o sea, se ha producido una rápida expansión e intensificación de la producción y el consumo en determinados ámbitos geográficos, dando paso a lo que se ha conocido como regionalización-globalización como complemento de las unidades nacionales de antaño. Por ejemplo, este capital fijo se ha destinado a la construcción de puertos, parques industriales, aeropuertos, sistemas de transporte y comunicaciones, vivienda, hospitales, escuelas, etcétera,¹⁹ en función de zonas o regiones geopolíticas, incluso, dando paso a las llamadas economías emergentes como es el caso de la India,

¹⁶ Valor que valoriza Cf. *Ibidem* específicamente el capítulo IV “Cómo se convierte el dinero el capital”, así como el capítulo 5 “Proceso de trabajo y proceso de valorización”.

¹⁷ Al llegar a sus límites la producción fordista y la teoría keynesiana en los años 1960, aunada a la creciente organización de la clase obrera, se observó un aumento de los salarios reales por encima de la producción, ocasionando la caída de la tasa de ganancia, por ejemplo, en Europa (Inglaterra, Francia y Alemania) la tasa de ganancia decreció de 19.1% entre 1969-1974 a 14.1% entre 1975-1984; y en los Estados Unidos, paso de 20.7% a 15.9% en los mismo periodos. Cf. Rubén Trejo, *Despojo capitalista y privatización en México... op. cit.*, p. 23 y ss.

¹⁸ Como se advertirá en el punto 7 de este escrito.

¹⁹ Véase los movimientos de inversión en la Ciudad de México como al poniente de la ciudad en Santa Fe, en el Corredor Reforma, en la zona de Polanco, así como el caribe de la Península yucateca.

o el Brasil. De este movimiento no escapa México pues ha sido integrado a la región de América del Norte.

Ante tal escenario de renovación de la infraestructura regional-mundial, aparece una acción más por el capital global, consistente en crear instituciones financieras, cuya función de movilización del capital apunta en el mismo sentido de hacer frente a la sobreacumulación de grandes capitales, con la generación de créditos. Es decir, “se crea una cantidad de ‘capital ficticio’ que puede trascender al consumo actual para asignarse a proyectos futuros [...] que revigorizan la economía”.²⁰

Ahora bien, si dicho capital ficticio resulta ser productivo, o sea que facilite a futuro formas más eficientes de acumulación de capital, entonces ese capital ficticio se amortiza, sea a través de deuda, o sea a través de mayores ingresos por pago de impuestos destinado, a su vez, a pagar deuda pública, nos explica Harvey.

Sin embargo, si ese capital ficticio no resulta productivo, la sobreacumulación de valor en el ambiente puede manifestarse en devaluaciones de estos activos (viviendas, parques industriales, aeropuertos), por lo que acarrearía dificultades en el pago de la deuda estatal originada en la infraestructura, desencadenando una crisis fiscal del Estado.

Como se observa, el capital fijo tal como lo analiza Harvey cumple dos funciones primordiales: por un lado, denota que cierta porción del capital total queda literalmente fijada en alguna forma física por un tiempo relativamente largo, por otro lado, se entiende que los gastos sociales también se territorializan y se mantienen geográficamente inmóviles a través del compromiso estatal.

He aquí como lo expresa nuestro autor:

La producción del espacio, la organización de nuevas divisiones territoriales de trabajo, la apertura de nuevos y más baratos complejos de recursos, de nuevos espacios dinámicos de acumulación de capital y de penetración de relaciones sociales y arreglos institucionales capitalistas (reglas contractuales y esquemas de propiedad privada) en formaciones sociales pre-existentes brindan diversos modos de absorber los excedentes de capital y trabajo existentes.²¹

III. Estado capitalista actual y su nueva función

A Harvey le parece significativa una idea de Hegel que expresa: “el colonialismo y el imperialismo son las únicas formas de evitar la guerra civil”,²² es decir, que la

²⁰ David Harvey, *Acumulación por desposesión*, *op. cit.*

²¹ *Ibidem*, p. 102.

²² Hegel, *Filosofía del derecho*, en David Harvey, *Ibidem*, p. 106.

búsqueda de ampliación territorial es la manera idónea que tiene el capital para dar salida a las contradicciones internas que trae aparejadas la sociedad capitalista.

¿De qué contradicciones se trata? Hegel en *Filosofía del derecho*, —anota Harvey—, plantea cómo la dialéctica interna de la sociedad burguesa, mediante la producción de sobreacumulación de riqueza en un extremo y una muchedumbre de inquietudes en el otro, lleva a buscar soluciones “a través del comercio y las prácticas coloniales e imperiales”.²³ De acuerdo con nuestro autor, de esta nota se desprende que Hegel “rechaza la idea de que sea posible resolver los problemas de desigualdad social e inestabilidad a través de mecanismos internos de redistribución”.²⁴ Idea con la cual Harvey apunta que “Las relaciones y la lucha de clases dentro de una formación social territorialmente circunscripta impulsan a la búsqueda de ajustes espacio-temporales en otros lugares”, y lo hace a través de mediaciones institucionales de proyección mundial.

A pesar de la proyección mundial imperial, en el derecho se conserva aún la idea que indica que un Estado²⁵ es en esencia un orden jurídico cuya función reside en llevar a cabo procesos de institucionalización. Se trata así, de una concepción que ve al Estado como una creación objetiva, o sea, se trata de la función del Estado consiste en la “Organización y activación autónomas de la cooperación social territorial fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común, que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica”.²⁶ Claro está que ese *status vivendi* deberá estar acorde con las relaciones de producción capitalista.

En efecto, como ente jurídico el Estado se ocupa de normar relaciones sociales, a partir de tres procesos específicos de control de la población:

1. La división social del trabajo, es decir, normar relaciones sociales de producción. “Es la ordenación unitaria de las relaciones sociales capitalistas para la división del trabajo social”. De esta manera, bajo la vía estatal, unos productores directos “ceden” una parte de la riqueza a otros. No obstante, “no habrá organización del trabajo por este orden jurídico, sino por el del imperio, por el mercado mundial”.

²³ *Ibidem*, p. 106 y ss.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Otra manera de entender al Estado consiste en verlo como acción recíproca, así como depositario del interés común, pues las subjetividades individuales estarían conectadas, precisamente, por un interés común y por acción recíproca. Se trata de la explicación de la unidad sociológica, intersubjetiva, psicológica y trascendental del Estado. A este propósito, Héller dice que la organización de individuos no es arbitraria, sino racional (precisamente por lo trascendente, que implica una racionalidad, es decir, voluntad racional dirigida a un fin). Hay una organización racional de la voluntad. Contengo mi interés total para cederlo a un interés común. Es una unidad en la que el fin de sus miembros deja de existir y da paso al fin del todo, al fin del grupo. De esta manera, el Estado puede entenderse como la sociedad misma, el Estado es la sociedad, una forma especial de sociedad, sin embargo; si bien en un inicio “todos” somos el Estado, en verdad sólo una parte de la sociedad es el Estado (...). El Estado es un determinado órgano de la sociedad, sólo una parte de la sociedad, sólo es el gobierno”. Cf. Herman Heller, *Teoría del Estado*, México, FCE, 2012, p. 260 y ss.

²⁶ *Ibidem*, p. 260.

2. Así mismo, el Estado debe organizar el intercambio y dependencia de los productores bajo el principio de unidad territorial.
3. De esta manera, la protección del territorio es una función esencial más que implica que ese orden jurídico abarque un ámbito territorial perfectamente delimitado por un orden jurídico; es de entenderse que ahí “donde no se ha querido un poder estatal que se afirme a sí mismo en lo interno y en lo exterior no va a subsistir ni surge Estado alguno”.

En este sentido, Heller anota, “En cuanto se llega a un determinado grado de interdependencia social en un determinado territorio se plantea la exigencia de una ordenación unitaria para las relaciones sociales y con ella la de un poder común de ordenación que debe realizarse también hacia afuera”.

Orden jurídico es jurídicamente la voluntad del Estado, la cual se vehicula a través de la creación de la llamada persona colectiva²⁷ que representa a la sociedad. A partir de la relación *sociedad organizada-persona colectiva estatal* puede explicarse cómo está organizado el poder político en una formación social, con funciones en lo interno y hacia el exterior. Lo cierto es que el depositario del poder político es el Estado. Es esta la manera en cómo la sociedad capitalista se reproduce a sí misma a través del Estado,²⁸ pues permite que el capital se reproduzca.²⁹

IV. Mediaciones institucionales para la proyección del poder en el espacio

Anota Álvaro García Linera: “[...] lo particular se ambiciona en la generalidad de las particularidades locales; lo particular se proyecta en lo general y lo general se realiza en los diversos particulares”.³⁰ Para que particularidad y generalidad

²⁷ El Estado es persona colectiva, para entenderla, debe leerse como: 1. Sujeto de derechos y deberes jurídicos, 2. Creados por lo misma persona colectiva (leyes orgánicas y reglamentarias para saber quiénes serán sus integrantes), 3. Quiénes hacen qué funciones: ejecutivas, legislativas, judiciales, 4. Crear facultades de las personas, para que actúen a nombre del Estado, para reproducir sus intereses, 5. Se dota de órganos específicos de creación, 6. Crear un ambiente en las mentalidades y actitudes de las personas que van a representar a la persona colectiva. El Estado es una parte de la sociedad que realiza cosas a nombre del Estado. Esta parte de la sociedad se erigen como órganos, que son los individuos que hablan a nombre del Estado o funcionarios, quienes obligan a otros a que se adecuen a los aspectos normativos ideados por el Estado. En efecto, el discurso jurídico tiene como finalidad el convencimiento, para la unidad estatal. Cf. *Ibidem*, pp. 256-353.

²⁸ Cabe resaltar, en este sentido, el papel que tienen las leyes orgánicas en la reproducción del orden estatal y del régimen capitalista.

²⁹ Nicos Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, op. cit.

³⁰ Cf. Álvaro García Linera, *Forma valor y forma comunidad. Aproximación teórica-abstracta a los fundamentos civilizatorios que preceden al Ayllu Universal*, La Paz, Colección CLACSO, Coediciones CLACSO-Muela del diablo-Comuna, 2009, p. 23 y ss, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/garcial/01intro.pdf>.

se realicen ambos en la lógica de la reproducción del sistema capitalista, es fundamental el papel del Estado y sus políticas financieras, mediante las cuales se determina la proyección del poder institucional del capital en el espacio en tanto instituciones productoras, a la vez que producto, de la dinámica de la acumulación del capital.³¹

En este sentido, se explica lo que Harvey identifica como “surgimiento del complejo Wall-Street-Reserva Federal Estadounidense-FMI”, de tal manera que la proyección institucional del capital se desdobra con las medidas siguientes:

- El despliegue de una clara intencionalidad de hacerse del control de las instituciones globales que revitalicen el capital, para lo cual debe ser acompañada de;
- una proyección de un vasto poder financiero que moviliza el capital fijo que liberaría la sobreacumulación existente en los países capitalistas metropolitanos, ambos procesos han traído como consecuencia,
- una conexión mundial a través de instituciones supranacionales bajo la égida del capital.

En efecto, para poder subsistir, el sistema capitalista ha de resolver permanentemente la tarea de mantener, frente a un entorno cambiante cuya dinámica le es incluso contraria,³² una lógica de operación en la que el sistema mismo determina sus propios límites y estructuras.

V. Acumulación por desposesión

Harvey anota, a su vez, que Rosa Luxemburgo, al observar el carácter doble de la acumulación del capital, da cuenta de dos movimientos de producción de capital. Por

³¹ “La forma que asumen las instituciones mediadoras, es la de productoras, a la vez que producto, de la dinámica de la acumulación de capital”. David Harvey, *Acumulación por desposesión*, *op. cit.*, p. 107 y ss.

³² Una muestra de las oposiciones, la tenemos en el texto siguiente. “¿Cómo construir la autodeterminación general de la sociedad de hombres y mujeres concretos siendo que, por un lado, está visto que los ámbitos de acción autónoma de los individuos hasta ahora sólo alcanzan una dimensión local, grupal, restringida, sin llegar a conformar una estructura de orden realmente social, mientras que, por otro lado, el espacio social de la no-autodeterminación no sólo es monstruosamente poderoso por los recursos que posee, sino que ante todo, porque él sí se halla definido (y por tanto es el único que en el fondo nos define a unos en relación con los demás) como *social*, como social-universal, que es la forma contemporánea de la existencia de lo social? ¿Cómo superar esa frustrante impotencia que devora a diario la actividad vital y creativa, transformadora de cientos de miles de hombres y mujeres que conquistan espacios locales de autonomía, pero que con el tiempo, ven cómo su obra es devorada por el apabullante poderío de la total maquina no-autodeterminativa del poder del *capital*, suplantando lo más exquisito y noble de la pasión humana? ¿Es que realmente hay posibilidades de emanciparse de la generalidad (o totalidad social) no-autodeterminativa a partir del avance de los pequeños espacios locales de autonomía a que está condenada hoy día la acción vital humana; sabiendo que nunca se forma un *todo* sumando linealmente las partes? [...]. En otras palabras, ¿es posible pensar o repensar nuevamente una estrategia de superación del *todo* no-autodeterminativo y la construcción de una totalidad social autodeterminativa a partir de esta desventaja estructural del localismo y la parcialidad en la que se da la acción autónoma de los individuos

un lado, la acumulación se presenta como un proceso que se da en la producción de plusvalía, por lo que se trata de un proceso económico, que implica a capitalistas y trabajadores asalariados, es decir, se trata, esencialmente, de la suma de capital fijo y capital variable.³³

Ahora bien, la acumulación de capital implica una relación entre el capital como modo de producción y las formas de producción no capitalistas,³⁴ cuyo proceso se desarrolla en la escena mundial, en la cual prevalecen como métodos la política colonial, el sistema de empréstitos internacionales, la política de intereses privados, la guerra. Para decirlo sin disimulo, aparecen en verdad la violencia, el engaño, la opresión y la rapiña, observa Luxemburgo.

Ambos aspectos de la acumulación capitalista, al estar “orgánicamente vinculados”, nos muestran el derrotero que ha seguido el capitalismo en su camino de ascenso como modo de producción dominante a escala mundial. Harvey nos indica, a este respecto, que “la evolución histórica del capitalismo sólo puede ser comprendida si los estudiamos conjuntamente”.

Es decir, a la par de estudiar la lucha de clases en el ámbito interno de cada formación social, se impone el estudio de la expansión geográfica del capital como sistema, a regiones “no capitalistas”. Con ello, se puede apreciar con mayor nitidez el plexo del despojo, tanto a nivel de las particularidades locales que se proyectan en lo general, así como a la generalidad del sistema realizándose en los diversos particulares.³⁵

En palabras de Harvey,

La producción del espacio, la organización de nuevas divisiones territoriales de trabajo, la apertura de nuevos y más baratos complejos de re-

Es decir, a la par de estudiar la lucha de clases en el ámbito interno de cada formación social, se impone el estudio de la expansión geográfica del capital como sistema, a regiones “no capitalistas”.

y que no tardará en enajenarse de ellos? Esta pregunta recorre el mundo hace más de 150 años”. Véase Álvaro García Linera, *Forma valor y forma comunidad... op. cit.*, p. 32 y ss.

³³ “Paz, propiedad e igualdad reinan aquí como formas (...) Como en la acumulación el derecho de propiedad se convierte en apropiación de propiedad ajena, el cambio de mercancías en explotación, la igualdad en dominio de clases”. Rosa Luxemburgo, *Acumulación ampliada de capital*, en David Harvey, *Acumulación por desposesión*, *op. cit.*, p. 111 y ss.

³⁴ Una explicación de esta relación la tenemos en David Álvarez Saldaña, *Crítica de la teoría económica y política en México*. *op. cit.* El autor propone los conceptos de “capital íntegro y capital no íntegro”, contruidos a partir de la crítica que realiza a la teoría del subdesarrollo-dependencia, para explicar cómo se “encuentran” modos de producción no capitalistas con éste.

³⁵ Cf. Alejandro Santiago Monzalvo, *La cultura normativa Hñähñu. Introducción al estudio del derecho en una comunidad indígena en el Valle del Mezquital*, México, UAM-Fontamara, 2015. Ahí podrán apreciarse algunas de las formas de subsunción al *capital* que algunas comunidades campesinas han sufrido. Además, se busca el estudio de comunidades básicamente agrarias, y saber cuál ha sido el efecto



Así que imperialismo implica acumulación basada en la depreciación, el fraude y la violencia, entre otras circunstancias que, usadas en el origen del acto de acumulación originaria, al ser condicionantes endógenos del sistema capitalista [...]

curso, de nuevos espacios dinámicos de acumulación de capital y de penetración de relaciones sociales y arreglos institucionales capitalistas (reglas contractuales y esquemas de propiedad privada) en formaciones sociales preexistentes brindan diversos modos de absorber los excedentes de capital y trabajo existentes.³⁶

Bien. Lo escrito arriba nos permite puntualizar los elementos siguientes para explicar la reorganización del capitalismo en la sociedad del siglo XIX, a saber:

- Mercados competitivos que funcionan libremente con acuerdos institucionales que garantizan la propiedad privada.
- El individualismo jurídico de la mano de la libertad de contratar.
- Estructuras legales y gubernamentales apropiadas, garantizadas por un Estado “facilitador”, el cual también asegura la integridad del dinero como reserva de valor y como medio de circulación.

Agrega Harvey que si bien estos elementos citados no están relacionados directamente con los procesos de acumulación, no obstante pueden advertirse resultados como mayores niveles de desigualdad social aunados a la creciente inestabilidad económica, resultados que dan muestra de las crisis crónicas de sobreacumulación que configuran el nuevo imperialismo de nuestros tiempos.

Así que imperialismo implica acumulación basada en la depreciación, el fraude y la violencia, entre otras circunstancias que, usadas en el origen del acto de acumulación originaria, al ser condicionantes endógenos del sistema capitalista, revelan pronto su carácter permanente; de ahí que nuestro autor indique que “Una

de la expansión del *capital* en su estructura económico-productiva, es decir, indaga cómo se da el vínculo del espacio agrario con el reducido pero intenso régimen capitalista localmente emergente e internacionalmente predominante.

³⁶ “Esto que ha venido sucediendo a cada acción humana que se ha visto aplastada por una totalidad regional, nacional o continental, ahora lo es por una totalidad a escala planetaria. Así como en cada acto se halla contenido el todo, es el *todo* mundializado del *capital* el que violentamente descarga su peso destructor en cada acto particular autodeterminativo que cualquier persona realiza en el rincón más ínfimo del mundo”. Álvaro García Linera, *Forma valor y forma comunidad...op. cit.*

revisión general del rol permanente y de la persistencia de prácticas depredadoras de acumulación “primitiva” u “originaria” a lo largo de la geografía histórica de la acumulación del capital resulta muy pertinente [...]”.³⁷

Parte de esta lectura reflexiva consiste en precisar que lo que Marx indicó como acumulación originaria, pues antes que revelar una nota temporal a propósito del acto de desposesión que se daría único e irrepetible sólo al inicio del proceso, ubicándolo en los márgenes del nacimiento del capitalismo, revela más bien la presencia de la desposesión como acción permanente manifiesta en una amplia gama de métodos de despojo. En efecto, indica Harvey, “Una mirada más atenta de la descripción que hace Marx de la acumulación originaria revela un rango amplio de procesos:

- Mercantilización y privatización de la tierra.
- Expulsión forzosa de las poblaciones campesinas.
- Conversión de diversas formas de derechos de propiedad (común, colectiva, estatal, etcétera), en derechos de propiedad exclusivos.
- La supresión del derecho a los bienes comunes.
- La transformación de la fuerza de trabajo en mercancía.
- Supresión de formas de producción y consumo alternativas.
- Los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales.
- La monetización de los intercambios y la recaudación de impuestos, particularmente la tierra.
- El tráfico de esclavos o la llamada nueva esclavitud de la mano de la “flexibilidad laboral”.
- La usura.
- La deuda pública.
- El sistema de crédito.
- Promociones bursátiles.
- Esquemas PONZI.³⁸
- La destrucción estructurada de activos a través de la inflación.
- El vaciamiento a través de fusiones y adquisiciones.
- La promoción de noveles de endeudamiento que reducen a la servidumbre por deudas a poblaciones enteras.
- Fraude corporativo.

³⁷ David Harvey, *Acumulación por desposesión*, op. cit., p. 112-113.

³⁸ Mecanismos de fraude basado en un esquema piramidal de inversiones, por el cual se les paga a los primeros inversores con el dinero que aportan los últimos en ingresar al sistema, los cuales no recuperan su inversión.

- La desposesión de activos (ataque a fondos de inversión) mediante la manipulación de crédito y acciones”.³⁹

VI. Normatividad del despojo y desposesión del uso disfrute de la propiedad social.

Los procesos de despojo mencionados, además de tener múltiples justificaciones jurídicas, se advierten como adaptaciones del capital, justamente a través del derecho, encaminadas a legalizar el despojo y desposesión. Reconfigurar el discurso normativo de raigambre subjetiva para legalizar el hecho de alienar el uso, el disfrute y disposición de los bienes, de tal manera que se normalizara, justamente a través de la norma, el hecho de que tanto la propiedad como la posesión que se generaba del trabajo individual o colectivo, ahora sujeta al mecanismo económico de la plusvalía configurada desde el discurso jurídico. Aquí la impronta de la relación histórica capitalista, historia ampliamente relatada, condición del capitalismo se ha dicho.⁴⁰

El punto esencial respecto del uso y disposición de bienes para la reproducción humana consistiría en el poder de ser titular de éstos, fundado en un ejercicio público y continuado de las facultades del uso y disposición de los bienes producidos socialmente, hoy en día impensable dado que el capitalismo consiste precisamente en la privatización del trabajo social, por lo que se entiende que cancela el ejercicio del derecho a la seguridad humana. Nuestra época ha clausurado el uso y la disposición derivada del trabajo propio, individual o colectivo. El ejercicio de la posibilidad de hacer es lo que está en juego, de hacer con el poseer, facultad de poseer y en ese acto, experimentar la posesión de lo útil y agradable, tener el gusto, complacencia y alegría de algo: la certeza de la seguridad de la reproducción humana en lo social.

En este proceso histórico de alienación el Estado ha sido fundamental para la legalización de los intereses del capital en tanto proceso mundial, vale la pena hacer notar que;

El Estado, con su monopolio de la violencia y sus definiciones de legalidad, juega un rol al respaldar y promover estos procesos”. Pero también poniendo otros tantos mecanismos en marcha. Como lo indica nuestro autor “La vuelta al dominio privado de derechos de propiedad común ganados a través de la lucha de clases del pasado ha sido una de las políticas

³⁹ David Harvey, *Acumulación por desposesión*, op. cit. p 114.

⁴⁰ ¿Cómo dar cabida a la reproducción ampliada? Entender que se trata de: *Un proceso de renovación constante de toda la reproducción social capitalista en creciente volumen. *Parte de la plusvalía se capitaliza, o sea se une al capital activo y se emplea para aumentar el volumen de la producción, esto da como resultado, acumulación del capital. *Parte de la plusvalía acumulada se destina a la adquisición de medios adicionales de producción. *Otra parte, a la compra de fuerza de trabajo adicional.

de desposesión más célebres llevadas a cabo en nombre de la ortodoxia neoliberal.⁴¹

De esta manera, se tienen mecanismos nuevos de acumulación por desposesión, por ejemplo, al dar énfasis a los derechos de propiedad intelectual bajo la forma de protección de patentes y licencias de materiales genéticos, plasma de semillas; o bien al depreciar los bienes ambientales globales como el agua, la tierra o el aire. La mercantilización de las formas culturales, las historias y la creatividad intelectual supone una total desposesión. En efecto:

La burguesía tomó conciencia de que “por primera vez, el pecado original del simple robo, que siglos antes había hecho posible “la acumulación originaria del capital y que había posibilitado toda acumulación posterior debía repetirse una y otra vez, so pena de que el motor de la acumulación súbitamente se detuviera.”⁴²

Esto lleva a nuestro autor a afirmar que es necesario entender ajustes espacio-temporales, los poderes estatales, la acumulación por desposesión y las formas de imperialismo contemporáneas.

VII. El Estado mexicano y el derecho⁴³

Como ha quedado planteado, el discurso jurídico se ha transformado en la medida en que se desarrollaba el proceso de nuevo imperialismo estudiado arriba. En este momento, queda por exponer algunos aspectos de los principales actos de disposición de tierras en la legislación mexicana como son el conceder el uso y goce de manera temporal a terceros, hipotecar el usufructo, enajenar, adquirir dominio pleno, o aportar a sociedades, dependiendo del tipo de tierras de que se trate. Para tal efecto, hemos de comentar el planteamiento de José G. Zúñiga Alegría y Juan A. Castillo López, ambos reconocidos profesores del Departamento de Derecho de la UAM.

En efecto, se desprende de ese texto que los actos de disposición de la tierra son parte de los procesos de desposesión en el contexto de la actual crisis de sobreacumulación pues han tenido como desenlace, para el derecho agrario en México, el abandono del concepto de propiedad social de la tierra. El discurso de la propiedad comunal, por ejemplo, como acción de restitución de pueblos, comunidades o núcleos de población que habían sido expoliados pronto encontró su ineficacia, tanto

⁴¹ David Harvey, *Acumulación...*, *op. cit.*, p. 113.

⁴² *Ibidem*, p. 115

⁴³ Este apartado ha retomado el agudo análisis que se hace en José G. Zúñiga Alegría, y Juan A. Castillo López, “La revolución de 1910 y el mito del ejido mexicano”, *Alegatos*, núm. 75, UAM-A, mayo-agosto de 2010, México, pp. 516-519. Incluso, en algunos apartados he preferido simplemente realizar paráfrasis del texto referido. Debe darse todo el crédito a estos autores.

como el de la propiedad ejidal, que daba muestra de las acciones colectivas en el campo que procuraban su subsistencia demandando dotación de tierras.

El cambio de paradigma conceptual posibilitó que el empleo del concepto de propiedad social, quedase perfectamente delimitado, en lo que se refiere a los atributos de la propiedad pues, mientras que la propiedad privada comportaba el uso, goce y disposición, la propiedad social sólo permitía el uso y el goce; es decir, en lo referente a la disposición, para la propiedad social se daba la prohibición de arrendamiento, de hipotecar o de enajenar sus tierras para sus titulares, así como la limitación para los terceros de embargarlas o intentar adquirirlas mediante prescripción positiva”.⁴⁴

Pues bien, como ha quedado de manifiesto, la inercia resiliente del capitalismo en su forma *nuevo imperialismo* borró completamente la característica de inalienable, inembargable e imprescriptible⁴⁵ del discurso de la propiedad social, en beneficio de la propiedad privada, es decir, del uso, goce y disposición plena de la tierra. La entrada en los circuitos comerciales y la posibilidad de adquisición en plena propiedad privada tuvo lugar, para lo cual se procedió a orquestar el discurso jurídico que legalizaría la mercantilización del campo, con ello, el abandono del ejido como variante de organización comunitaria. Veamos.

En lo referente a las reformas en materia agraria del año 1992, concordamos con Zúñiga Alegría y Castillo López en lo referente a advertir la modificación del artículo 27 de la Constitución mexicana y la expedición de una nueva ley reglamentaria como la urdimbre con la cual se confeccionaron los aspectos básicos en detrimento de la concepción de propiedad social.

Indican estos pensadores que pueden distinguirse cuatro momentos de referencia en este “ataque a la propiedad social”. Por un lado, se puso fin a la disposición del reparto agrario, clausurando con esta medida la posibilidad de restitución de tierras a cualquier núcleo de población. Luego, con las leyes mercantiles, se abrió la posibilidad a sociedades civiles y mercantiles para poder adquirir terrenos rústicos, medida que reforzaba el fin de la restitución a colectividades de carácter ejidal o comunal. Además, se flexibilizaron las normas que prohibían a los ejidatarios y comuneros realizar actos de disposición sobre sus tierras. Por último, se crearon los tribunales agrarios que dirimirían, fundamentalmente bajo principios de derecho civil, dado que sería necesario decidir sobre conflictos alrededor del uso, goce y disposición de la propiedad.⁴⁶

⁴⁴ *Ibid.*, p. 516 y ss.

⁴⁵ Decía el Art. 52 primer párrafo de la Ley Federal de la Reforma Agraria de 1971, “Los derechos que sobre bienes agrarios adquieren los núcleos de población serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransmisibles, y por tanto, no podrán en ningún caso ni en forma alguna enajenarse, cederse, transmitirse, arrendarse, hipotecarse o gravarse, en todo o en parte. Serán inexistentes las operaciones, actos o contratos que se hayan ejecutado o que se pretendan llevar a cabo en contravención de este principio”, citado en *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 512 y ss.

Nuevas posibilidades de acumulación de capital se abrían con la implantación institucional de estos cuatro aspectos pues ayudaban a desamortizar la tierra, al abrir los causes en los cuales la propiedad social podría fluir al patrimonio de quien pudiera adquirirlas. Las leyes del mercado y la acción económica de la plusvalía adquiriendo de esta manera carta de legitimidad para el campo, en efecto, “miles de hectáreas, después del año 1992 han pasado a dominio pleno para después ser enajenadas, a tal punto de formas ya un dinámico mercado de tierras ejidales y comunales en México”.⁴⁷

Nuevas posibilidades de acumulación de capital se abrían con la implantación institucional de estos cuatro aspectos pues ayudaban a desamortizar la tierra, al abrir los causes en los cuales la propiedad social podría fluir al patrimonio de quien pudiera adquirirlas.

Siguiendo este orden de ideas, se tiene que, en particular, “las tierras ejidales abarcaban prácticamente la mitad del país en 1990, lo que nos da una idea muy precisa del interés por cambiar la legislación agraria en favor de la adquisición plena o propiedad privada”.⁴⁸ La Ley Agraria, a este propósito, no regula a detalle los contratos de cesión de propiedad, siendo la regla del artículo 2° que prevé la aplicación supletoria de la legislación civil federal y, en su caso, mercantil, según la materia de que se trate. Legislación civil para precisar los requisitos formales, personales y reales, así como los derechos de las partes y los modos de terminación de los actos jurídicos de enajenación de la propiedad otrora de carácter social.

En lo que respecta a las tierras ejidales, dado el nivel de “protección” de que gozaban, puede advertirse que la naturaleza jurídica del ejido es la de persona moral, con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como que es representada por un comisario ejidal, que es supervisado por un consejo de vigilancia. Las decisiones más importantes se hacen en Asamblea General, como lo delinean los autores citados, quienes añaden que, con esta organización jurídica, el ejido adquiere la posibilidad de convertirse en propietario de tierras parceladas, así como de tierras de uso común e incluso de tierras destinadas al asentamiento humano.

Los actos de disposición que actualmente los ejidatarios pueden llevar a cabo sobre las tierras del ejido dependen del tipo de tierras de que se trate, pudiendo ejercitarse en lo individual o por conducto de la asamblea, en tanto órgano supremo del ejido.

Hoy en día, con base en las reformas, y cumplimentando determinados requisitos, un ejidatario puede arrendar a otro ejidatario o avecindado del mismo núcleo de población (ejido) su parcela, dar en garantía de créditos

⁴⁷ *Ibidem.*, pp. 516-519.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 519 y ss.

el usufructo de la misma a terceros con los que tenga relaciones de asociación o comerciales, puede transmitir su uso o aprovechamiento hasta por treinta años prorrogables, celebrando para ello cualquier tipo de contrato de los que regula el derecho común, como el usufructo, medianería o arrendamiento, etcétera.⁴⁹

Así, se tiene que la disposición de tierras ejidales puede realizarse mediante distintos actos, como lo anotan nuestros autores en la sección VI de su estudio, del cual nos servimos para ubicar la trascendencia del nuevo imperialismo, tal como hemos planteado la tesis en este escrito. A saber:

Se legaliza el otorgamiento del uso y goce a favor de terceros, de acuerdo con el artículo 79 de la Ley Agraria, puede concederse el uso y el goce de tierras a terceros con el usufructo, la aparecería, la mediería, la asociación, el arrendamiento, y en general, cualquier otro acto no prohibido por la ley. La mayoría de estos actos implican que quien recibe la tierra para su explotación deberá cubrir una contraprestación en dinero o en especie, no obstante, el usufructo puede no ser oneroso, en este sentido, ¿los ejidatarios pueden o no conceder el usufructo gratuito de tierras en favor de terceras personas? No, pues la reforma agraria tenía como visión teleológica “elevar las condiciones de vida de los ejidatarios y aumentar sus ingresos”,⁵⁰ lo que no sería posible con un usufructo gratuito, menos aún, si el proceso de ampliación del capital implicaba generalizar la mercantilización de la tierra, reflejada en su monetarización.

Esta modalidad se aplica tanto a tierras parceladas como a tierras de uso común. El otorgamiento se ejerce libremente por el ejidatario en el primer caso, siendo competencia exclusiva de la asamblea en el segundo caso.

En lo que respecta a la hipoteca del usufructo, se indica en el texto referido que, si bien el artículo 46 de la Ley Agraria no emplea la palabra hipoteca, se entiende que se trata de un derecho real de garantía en su modalidad de hipoteca, dado que faculta al titular a actuar sobre una cosa y un deber correlativo de abstención impuesto a los demás sujetos. A pesar de esto, “no debe entenderse como hipoteca convencional (*nuda propiedad*) pues no se compromete del todo el elemento de disposición, o sea, no se puede rematar el bien o adjudicárselo al acreedor en caso de no pago”, en verdad “queda solo comprometido el usufructo de la tierra, de manera que si el titular de la misma no liquida su adeudo, la consecuencia no será la pérdida del bien, sino exclusivamente la pérdida temporal del usufructo, correspondiendo en adelante al acreedor hasta el plazo pactado para que recupere su crédito”.⁵¹ Cabe destacar que en caso de que el deudor no pague, el acreedor no podrá hacer efectiva directamente la garantía, sino que tendrá que promoverla ante tribunal agrario.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 513-514

⁵⁰ Ver Tesis III.3º.A.57 A, Novena Época, registro 176073, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Enero de 2006, pág. 2521, citado en *Ibidem.*

⁵¹ *Ibid.*

En lo referente a la enajenación de las parcelas, tal como nos lo muestran estos autores, una de las manifestaciones más radicales de la reforma al derecho agrario de 1992 ha consistido en “otorgar la prerrogativa al ejidatario para enajenar su parcela pues implica transmitir de manera definitiva todos sus derechos sobre ella, y no sólo su aprovechamiento temporal”.⁵² Hasta aquí, puede advertirse la dimensión del calado que implicó esta Reforma en el agro en México, sede del *experimento social* que esta nueva era proyecto para las personas.

El contenido del artículo 80 de la Ley Agraria deja ver de qué manera la reglamentación en la materia se hizo de todos los lazos intersubjetivos que componen a las familias de campesinos, pues indica que “los ejidatarios podrán enajenar sus derechos parcelarios con la manifestación de conformidad por escrito ante testigos y ratificada ante fedatario, la notificación por escrito al cónyuge, concubina o concubinario y los hijos del enajenante y de dar aviso al comisario ejidal. La enajenación puede darse a través de la compraventa, la donación, la permuta y la herencia como actos más comunes”.⁵³

Por lo que respecta a la adquisición del dominio pleno de la superficie parcelaria ejidal, en relación con lo destacado del texto de referencia en este apartado, también puede agregarse que en el artículo 80 de la Ley Agraria “se tiene un mecanismo para que los ejidatarios adquieran el dominio pleno de las parcelas ejidales, pues al hacerlo, dejarán de ser ejidales y serán propiedad privada, aplicándose la normatividad civil correspondiente antes que las disposiciones de derecho agrario”.⁵⁴ No obstante esta evidente aplicación del derecho civil, “debe considerarse el derecho del tanto en favor de los familiares del enajenante, de las personas que hayan trabajado dichas parcelas por más de un año, los ejidatarios, los avecindados y el núcleo de población ejidal. Fuera de este aspecto, regirán para esta modalidad las disposiciones de derecho común”.⁵⁵

Dado que se trata de un mecanismo fundamental para la conversión del régimen jurídico de la parcela ejidal, se requiere, además de la participación del titular, la de la asamblea ejidal pues a ésta compete la resolución general de autorización de dominio pleno a los ejidatarios, de acuerdo con los artículos 23 fracción IX y del artículo 81 de la Ley Agraria. El acto se perfeccionará acudiendo al Registro Agra-

⁵² *Ibidem.*, p. 516 y ss

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Pueden presentarse situaciones contradictorias, por ejemplo, en el caso de una determinada enajenación; dependiendo de la controversia que surja, va a ser el derecho aplicable e incluso, el tribunal competente para conocer. Así, en un conflicto relacionado con el derecho del tanto regulado por la Ley Agraria, desde luego le será aplicable ésta, aunque supletoriamente el Código Civil Federal, y quien tendría que conocer sería el Tribunal Unitario Agrario Competente. Mientras que si se trata de una controversia relacionada con los derechos y obligaciones del contrato de enajenación, tales como la entrega del bien o el pago del precio, deberá aplicarse el Código Civil de la entidad respectiva y tendrá que resolver el juez de lo civil local.

rio Nacional para solicitar nuevo título de propiedad, mismo que se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente.

La asamblea sólo podrá tomar la decisión de dominio pleno de parcela ejidal si en el ejido, la mayor parte de las parcelas, se han regularizado la tenencia de la tierra con base en el Programa de certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares (PROCEDE). Esta adquisición del dominio pleno sólo estará limitada por el uso del suelo que rige la ubicación de la parcela, por ejemplo, que no estén en zonas naturales protegidas, o bien, la sujeción a leyes y reglamentos en materia de asentamientos humanos.

En lo que tiene que ver con la aportación de tierras de uso común a sociedades civiles y mercantiles, el discurso de justificación de la reforma agraria parte del supuesto de la “búsqueda de beneficios materiales relacionados con los proyectos productivos a los cuales se pretendan destinar las tierras, por lo tanto, requiere de la aprobación de los ejidatarios en asamblea, pues se trata de tierras en la cuales los ejidatarios tienen un derecho de copropiedad al no haber sido fragmentadas ni asignadas individualmente”.⁵⁶ En adición, el proyecto de desarrollo deberá analizarse por la Procuraduría Agraria pero no será vinculante su opinión para la asamblea de ejidatarios, la cual conserva exclusivamente la decisión de la aportación de tierras.

Concluyen nuestros autores de referencia que esta modalidad permite crear sociedades, por lo que deben determinarse las acciones o partes sociales que van a pertenecer al núcleo de población ejidal, el cual podrá ser en su conjunto o de manera individual para los ejidatarios. La designación de un comisario, en este segundo caso, será un derecho irrenunciable para los ejidatarios, este comisario tendrá las funciones de vigilancia de las sociedades prevista en la Ley General de Sociedades Mercantiles. En caso de no hacerlo, será la Procuraduría Agraria quien lo designe.

VIII. Conclusiones

A partir de los años 1970, el imperio hegemónico estadounidense trató de erigir un sistema en el que se combinarían tanto acuerdos internacionales y financieros, como nuevas instituciones de alcance global, sólo que sin perder la concentración del poder económico en el seno financiero de *Wall Street*.

Consecuentemente, se instaló un orden que ha tenido como objeto el uso de factores e influencias internacionales como el FMI y otros organismos,⁵⁷ éstos llevarían el compromiso del neoliberalismo como nueva ortodoxia económica, en la cual el sector financiero es fundamental para combatir el poder de los movimientos de los

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ La reorganización del dominio financiero internacional desde *Wall Street* implica que haya una mayor vigilancia en la balanza de pagos de los países, el ajuste de las economías doméstica para asegurar altos niveles de ahorro e inversiones internas, así como vigilar niveles de endeudamiento público y privado.

trabajadores en la reproducción ampliada, además de facilitar la mayor movilidad geográfica de todas las formas de capital.

Mediante esta nueva estructura, en América Latina, durante la década de los 1980, los activos de economías enteras han sido puestos al servicio de la superación de la crisis de sobreacumulación. Las crisis de las economías latinoamericanas han venido siendo usadas para reorganizar las relaciones sociales de producción de cada país, sobre la base de un análisis que favorezca la penetración de capitales extranjeros, de tal manera que los mercados internos y empresas anteriormente estatales, quedaran a merced de las empresas de EUA, del Japón y de la Unión Europea.

En lo referente al derecho agrario en México, como ha quedado asentado, los actos jurídicos de disposición que en la actualidad los ejidatarios pueden llevar a cabo sobre las tierras del ejido, van a depender del tipo de superficie involucrada. Pero con independencia del tipo de tierras, lo cierto es que el derecho aplicable no es más solamente el agrario, sino también, el derecho privado, sea civil o mercantil. La pérdida de autonomía y aplicación para la rama social del derecho agrario se muestra como el signo más evidente de la transformación de un derecho.

No obstante, Harvey visualiza también que deben considerarse las resistencias antiimperialistas, las cuales limitan las opciones de la expansión del imperio estadounidense. Aparecen otras posibilidades para apartarse de la actual forma de imperialismo, como la opción que tiene los gobiernos de comprometerse a una redistribución masiva de riqueza dentro de sus fronteras, así como buscar es quemar de absorción de excedentes a través de ajustes temporales internos como la inversión en la educación pública, o sostener una estrategia industrial de revitalización de la manufactura. Esto requeriría de mayores impuestos o financiamiento deficitario y fuerte dirección estatal.

En efecto, al preguntarnos cuál es la forma que tomará el nuevo imperialismo frente a un escenario de transformación fundamental del funcionamiento del sistema global en el cual coexisten una variedad de fuerzas, bien podríamos considerar como posible la posibilidad de “una globalización no imperialista, enfatizada en el bienestar social y objetivos humanitarios no asociados a desarrollo desigual, glorificación del dinero, el valor del mercado accionario, o la acumulación del capital”.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Álvarez Saldaña David. *Crítica de la teoría económica y política en México*. México, El Caballito, 1994.
- Córdova, Arnaldo. *La formación del poder político en México*. México, Era, 4ª ed., 1975.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. México, FCE, 2012, p. 260 y ss.
- Marx, Carlos. *El Capital*. México, FCE, 1994, t. I., p. 607.
- Poulantzas, Nicos. *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. México, Siglo XXI, 11ª edición. 1975.
- Santiago Monzalvo Alejandro. *La cultura normativa Hñähñu. Introducción al estudio del derecho en una comunidad indígena en el Valle del Mezquital*. México, UAM-Fontamara, 2015.

Electrónicas

- García Linera, Álvaro. *Forma valor y forma comunidad. Aproximación teórica-abstracta a los fundamentos civilizatorios que preceden al Ayllu Universal*. La Paz, Colección CLACSO. Coediciones CLACSO-Muela del diablo-Comuna. 2009. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/garcial/01intro.pdf>.
- Harvey, David. “El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión”. En <http://biblioteca.clacso.org.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>.

Hemerográficas

- Zúñiga Alegría, José G. y Castillo López, Juan A. “La revolución de 1910 y el mito del ejido mexicano”. *Alegatos*, núm. 75, UAM-A, mayo-agosto de 2010, México, pp. 516-519.

Otras

- Ley Federal de la Reforma Agraria.
- Ley Agraria.
- Código Civil Federal.
- Tesis III.3º.A.57 A, Novena Época, registro 176073, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII*, enero de 2006, p. 2521.

**Martha Eréndira
Estrada González***

*Realidad de la
mediación en las leyes
de hidrocarburos y de la
industria eléctrica*

Resumen

En este trabajo me propongo analizar la forma como se plantea la mediación, así mismo, si ésta cumple la metodología planteada, los principios, los objetos, las formas. En el ensayo se trata de analizar el planteamiento respecto a la forma en que se encuentra regulada la mediación en caso de conflicto entre la secretaria de energía, el asignatario o contratista; con los sujetos agrarios-ejidatarios, comuneros, sucesores de ejidatarios o comuneros, ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avecindados y jornaleros agrícolas, etcétera, la forma alternativa de resolución de conflictos, y si esta cumple o no los requisitos señalados por la doctrina y la codificación correspondiente.

Abstrac

In this paper I intend to analyze the way mediation is posed, as well, if it fulfills the proposed methodology, principles, objects, forms. The essay tries to analyze the approach to the way in which mediation is regulated in case of conflict between the secretary of energy, the assignee or contractor; With agrarian subject-ejidatarios, comuneros, successors of ejidatarios or comuneros, ejidos, communities, small proprietors, avecindados and agricultural day laborers, etcétera, the alternative form of resolution of conflicts and whether or not it meets the requirements indicated by the doctrine and The corresponding encoding.

Sumario: Introducción / I. Conceptos / II. Características / III. Análisis de la Ley de Hidrocarburos / IV. Análisis de Ley de la Industria Eléctrica / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Lic. en Derecho por la UAM y Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-A.

Introducción

La Ley de Hidrocarburos (LH) y la Ley de la Industria Eléctrica (LIE) instauradas por el Ejecutivo, como reformas estructurales en materia energética, cuyos objetivos tenderían a garantizar el abasto a precios competitivos de energéticos como el petróleo, la energía eléctrica y el gas natural, atrayendo inversión en el sector; que diera como consecuencia, el crecimiento económico y creación de empleos, fortaleciendo a PEMEX y a la CFE, incrementando la capacidad del Estado para capturar la renta petrolera.¹ En el ámbito específico de este ensayo, la mediación del análisis de las dos disposiciones legislativas citadas, se desprenden varios elementos, como la figura del testigo social, la consulta previa, la posible relación entre el primer párrafo del artículo 27 constitucional, referido a la propiedad originaria del Estado y las leyes en comento; la figura de las modalidades y limitaciones a la propiedad privada, a las propiedades sociales, en donde se encuentran la propiedad ejidal o comunal, en la que se halla el asentamiento humano y tierras de uso común. Ante esta diversidad de formas jurídicas del suelo, sería interesante determinar de qué manera, se pueden realizar actos jurídicos como el arrendamiento, la servidumbre voluntaria o legal en la vía jurisdiccional o administrativa, la ocupación superficial o temporal, la compra-venta, la permuta, o una contraprestación; así como analizar si es competente para conocer de los contratos celebrados entre asignatarios o contratistas el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario, si el Ejecutivo, en vía administrativa puede constituir servidumbre administrativa, etcétera, por tanto, el objetivo de la presente investigación es verificar en qué forma se plantea la mediación, si esta cumple la metodología, los principios, los objetos, las formas etcétera.

Por tanto analizo la manera en que se encuentra regulada la mediación en caso de conflicto entre la Secretaría de Energía, (SE) y el asignatario o contratista; con respecto de los sujetos agrarios-ejidatarios, comuneros, sucesores de ejidatarios o comuneros, ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avocados y jornaleros agrícolas, etcétera, Asimismo, analizo la alternativa de resolución de conflictos y si esta cumple o no los requisitos señalados por la doctrina y la codificación correspondiente.

En el cuarto informe de gobierno, hasta junio de 2016, se tenían notificados 370 inicios de negociaciones sobre proyectos energéticos (hidrocarburos e industria eléctrica).² Sin embargo, aquí se presenta un problema si atendemos lo que informa el boletín 328 de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano SEDA-TU), que del 14 de octubre de 2016 al 28 de enero de 2017, la Universidad Autónoma Agraria “Antonio Narro”, es la encargada de preparar la primera generación de

¹ Consultado el día 9 de abril del año en curso, en donde se determina como objetivo por el Lic. Marcos Bucio Mújica, http://www.cmdrs.gob.mx/sesiones/Documents/2015/1a_sesion/4_Reformas%20Estructurales.pdf.

² https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/142694/4to_Informe_Labores_2015_2016.pdf.

mediadores, con un total de 76 aspirantes. Luego, entonces, nos encontramos ante la anomalía de falta de mediadores para efecto de resolver las controversias que se generen, con la aplicación de la ley de hidrocarburos y de la energía eléctrica.³ Hasta la fecha, tampoco se conocen los lineamientos que regularán los procesos de mediación, donde los mediadores tendrán a su cargo la sustanciación del procedimiento de mediación; ni la forma en que operará la Unidad de Utilización de Suelo para Proyectos en Energía e Inversiones Físicas de los Fondos Mineros (USEIFOM), la implementación de la reforma. La USEIFOM es encargada, en representación de la SE de integrar y llevar a cabo el proceso de mediación en las hipótesis reglamentadas en las leyes en comento.

I. Conceptos

Es interesante decir que en los últimos años, el tema de la mediación ha tenido auge en casi todas las materia jurídicas, primeramente, en la familiar, luego la civil, la comercial, en justicia para adolescentes, etcétera; sin embargo, cuando se revisan libros de derecho, para entender el concepto de mediación, ninguno de ellos contiene un apartado en donde se desarrolle como una forma de carácter heterocompositivo aplicable en la solución de las controversias y conflictos originados dentro de la sociedad, como sucede por ejemplo, con Arellano García en sus dos obras de *Teoría general del proceso* y *Derecho procesal civil*, con Rafael de Pina y J. Castillo Larrañaga en su obra *Instituciones de derecho procesal civil*, con José Vizcarra Dávalos en su libro *Teoría general del proceso*, etcétera.

Los conceptos y el procedimiento han tenido un desarrollo más avanzado en materia penal, bajo la denominación de justicia restaurativa, por lo que trataré de clarificar el concepto.

La mediación es un procedimiento voluntario, confidencial y flexible, para ayudar a que dos o más personas o instituciones, encuentren la solución a un conflicto en forma no adversarial, regido por principios de equidad y honestidad, en el que interviene un tercero imparcial y neutral llamado mediador. Se trata de un método alternativo para la solución de disputas, cuyo objeto es buscar y facilitar la comunicación entre las partes, mediante la intervención de un tercero idóneo (mediador), con miras al logro de un acuerdo proveniente de éstas, que ponga fin al conflicto o controversia. La mediación es un método basado en la negociación y en interés de las partes, quienes tienen el poder de decisión, ya que el mediador solamente actúa como un facilitador del acuerdo que generalmente responde al teo-

³ <http://www.gob.mx/sedatu/prensa/preparan-la-sedatu-y-la-universidad-autonoma-agraria-antonio-narro-a-la-primera-generacion-de-mediadores-energeticos>.

rema ganar-ganar. El mediador no toma decisiones por los mediados, sino que les ayuda a efectuar su comunicación a través de un procedimiento metodológico, tomando en cuenta sus emociones y sentimientos, centrándose en las necesidades e intereses de los mediados, para que pongan fin a su controversia en forma pacífica, satisfactoria y duradera. A largo plazo, la mediación promueve una cultura de convivencia, paz y diálogo, ya que capacita a las personas a abordar el conflicto de una manera constructiva y cooperativa.⁴

En los Estados Unidos se distinguen esencialmente tres líneas de pensamiento con distintas epistemologías, que dan lugar a tres modelos de mediación:

a) Modelo tradicional-lineal (Escuela de Harvard)

Se fundamenta en que la comunicación es entendida como un proceso lineal en el cual las partes se comunican expresando cada uno sus necesidades. En esta orientación la función del mediador es facilitar la comunicación para llegar a una comunicación bilateral efectiva. Se busca esencialmente la construcción del acuerdo entre las partes. La neutralidad se entiende como imparcialidad y equidistancia del mediador hacia las partes.

b) Modelo transformativo de Bush y Folger.

Esta orientación realza la importancia de la comunicación y se fija especialmente en lo relacional. La causalidad del conflicto es circular, busca el origen del conflicto en múltiples causas. Las intervenciones del mediador están orientadas a lograr el *empowerment*. Esto es, busca que las partes desempeñen un rol protagónico en la resolución del conflicto conduciéndolas a que se responsabilicen del proceso y los resultados. Uno de los propósitos fundamentales es la modificación de las relaciones entre las partes, no se centra únicamente en la resolución de conflictos.

c) Modelo circular narrativo desarrollado por Sara Cobb.

Este modelo concede un lugar importante a la comunicación, a la cual concibe como un todo, como un proceso bidireccional donde las partes comunicantes están en constante intercambio y retroalimentación. De esta forma los resultados de la mediación son producto de un proceso de multicausalidad y retroalimentación constante. Esta escuela se ha forjado con las aportaciones de otras ciencias sociales como la psicología, la terapia familiar, teoría de la comunicación, etcétera. De este modelo destacan las siguientes líneas: la búsqueda desde el inicio por legitimar a las partes, buscar en todo momento el cambio de significado del discurso de los participantes y de la historia con que llegan a la sesión.

⁴ Paquete de información relacionada al Proyecto para la Mediación en México ABA/USAID. consultada en: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/www_mediacionenmexico_org_PPMM_info.pdf.

La mediación es una disciplina que ha visto su desarrollo como alternativa para la resolución de conflictos judiciales, pero se ha nutrido permanentemente de otras ciencias sociales. Ciertamente se encuentra vinculada con las ciencias jurídicas en su origen, y algunos estudiosos del derecho han llegado a considerarla como un apéndice del derecho. No obstante, su desarrollo ha sido progresivo cubriendo cada vez más campos de la sociedad y de la conducta humana. De esta forma se puede afirmar que la mediación preexistía en las culturas; o, mejor dicho, existía de una manera imperfecta desprovista de técnica y forma, pues se recurría con regularidad a ésta forma de resolución de disputas entre iguales.⁵

Rosalía Buenrostro Báez afirma, además que la mediación es un concepto nuevo de origen multidisciplinario, que aglutina aportaciones de diversas ciencias como la filosofía, la psicología, el derecho, la sociología y la comunicación. “Desde el punto de vista jurídico, forma parte del grupo de las formas autocompositivas de resolución de controversias, la cual, junto con la negociación, la conciliación, la transacción y otras estructuras, ha quedado incluida en el campo de los denominados métodos alternos de solución de controversias”.⁶

En conclusión, tanto la mediación, como la conciliación se ubican como mecanismos alternativos de solución de conflictos, tienen su fundamento en la Constitución, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este concepto se constituye como un método basado en la negociación y en interés de las partes, quienes tienen el poder de decisión, en donde el punto central es lograr una comunicación a través de un procedimiento metodológico, tomando en cuenta sus emociones y sentimientos, centrándose en las necesidades e intereses de los mediados, adonde el mediador solamente actúa como un facilitador del acuerdo que generalmente responde al teorema ganar-ganar, *esté no toma decisiones por los mediados, se estatuye con miras al logro de un acuerdo proveniente de éstas*, que ponga fin al conflicto o controversia.

En conclusión, tanto la mediación, como la conciliación se ubican como mecanismos alternativos de solución de conflictos, tienen su fundamento en la Constitución, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ *Revista Horizontes*, Número 1, Diciembre 2008, Mediación ¿Qué es y para qué es? Elías Galindo Mendoza Mediador- Conciliador del Centro Estatal de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos del Poder Judicial del Estado de Veracruz. Consultado en https://www.pjeveracruz.gob.mx/centro_informacion/pdf/RH_01.pdf.

⁶ Edgard Baqueiro Rojas Etal, *Derecho de familia*, México, Oxford, 2005, p. 309.

Respecto de la conciliación y la mediación Ovalle Favela determina que la forma y la diferencia entre ellas está en el procedimiento, ya que en la primera el mediador facilita la comunicación entre las partes, tomando en consideración a cada una de los mediados, para que lleguen a la conclusión de solucionar sus conflictos por medio de las soluciones que ellos mismos propongan. Esta institución es diferente a la conciliación en donde el tercero imparcial, denominado conciliador, propondrá a las partes maneras de solucionar el conflicto, a tal efecto debe conocer el origen de los conflictos y el derecho subjetivo que cada uno quiere que se le declare o constituya. La distinción entre ambas instituciones radica sólo en el procedimiento y el objeto, por tanto, la diferencia es muy sutil, porque en las dos integra un tercero imparcial, y el proceso alternativo es totalmente voluntario.

II. Características⁷

Con el objetivo de precisar el concepto de mediación, a continuación exponremos sus características y principios.

1. Las partes son guiadas por un tercero. Las partes solucionan solas el conflicto.
2. Las partes tienen una intervención conjunta con el tercero.
3. El tercero debe ser un experto en la materia.
4. Satisface intereses particulares y no públicos (las partes son privadas).
5. No existe un proceso predeterminado.
6. El proceso termina en el momento en que lo dispongan las partes.
7. No es vinculante.
8. No hay ganador ni perdedor.
9. Las partes designan el lugar del proceso y el idioma.
10. Es un método rápido y económico.
11. El cumplimiento de los resultados de la negociación es voluntario.
12. Son principios rectores de la mediación:
 - voluntariedad: la participación de los particulares en la mediación, deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;
 - confidencialidad: la información generada por las partes durante la mediación no debe ser divulgada;
 - flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados;
 - neutralidad: los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a esta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones;

⁷ Gorjón Gómez Francisco J y Steele Garza José G. *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2002, p. 19.

- imparcialidad: los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a esta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados;
- equidad: los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios;
- legalidad: la mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres;
- economía: el procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

Desde mi punto de vista, la mediación es una forma heterocompositiva de solución de conflictos, en donde situamos a una tercera persona conocida como mediador, que ejerce la función del tercero ajeno a la controversia, cuyo objetivo es facilitar los alegatos para llegar a una comunicación bilateral efectiva, realzando la importancia de las manifestaciones, fijándose especialmente en lo relacional, donde las partes comunicantes están en constante intercambio; formando los resultados de la mediación, que estructuran el producto de los procesos de multicausalidad y retroalimentación, cuyo propósito fundamental es la modificación de las relaciones entre las partes, no centrándose únicamente en la solución de conflictos. El mediador no habrá de olvidar los principios generales que se estructuran en cualquier proceso de mediación.

Una vez precisado el concepto de mediación, analizaremos la forma en que se encuentra regulada; en los siguientes ordenes normativos.

III. Análisis de la Ley de Hidrocarburos⁸

Los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación, por tanto, la industria es de exclusiva jurisdicción federal, por ello el poder Legislativo tiene obligación de dictar las disposiciones técnicas, reglamentarias y de regulación en la materia, incluyendo aquellas relacionadas con el desarrollo sustentable, el equilibrio ecológico y la protección del medio ambiente, en las que se haga patente que su desarrollo es de utilidad pública. Por tanto, se les faculta, la constitución de servidumbres legales o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de hidrocarburos. Preceptos que deben aplicarse con estricto respeto a los derechos que la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, reconocen a las comunidades indígenas y a los ejidos, así como a los pequeños propietarios.

Sin embargo, la contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las

⁸ Ley de hidrocarburos, del 11 /08/14. Revisada el 7 de diciembre del 2016; en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355989&fecha=11/08/2014. Ley de hidrocarburos.

actividades de exploración y extracción de hidrocarburos deben ser negociados y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los asignatarios o contratistas, para el caso de que se requiera realizar las actividades en las propiedades privadas, además podrá convenirse la adquisición.

Las negociaciones y acuerdos deberán realizarse de manera transparente y sujetarse al hecho de que el asignatario o contratista deberá expresar por escrito al propietario o titular del terreno, bien o derecho de que se trate; su interés de usar, gozar, afectar o, en su caso, adquirir tales terrenos, bienes o derechos (empleando las figuras de arrendamiento, servidumbre voluntaria, ocupación superficial, ocupación temporal, compraventa, permuta y cualquier otra que no contravengan las disposiciones correspondientes), deberá mostrar y describir el proyecto que planea desarrollar al amparo de la asignación o contrato para la exploración y extracción, atender las dudas y cuestionamientos del propietario o titular del terreno, bien o derecho de que se trate, de manera que entienda sus alcances, así como las posibles consecuencias y afectaciones que se podrían generar por su ejecución y, en su caso, los beneficios que le representaría en lo personal y/o en su comunidad o localidad; generando para los asignatarios y contratistas la obligación de notificar a las Secretarías de Energía y de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, el inicio de las negociaciones; la contraprestación que se acuerde deberá ser proporcional a los requerimientos del asignatario o contratista, la contraprestación deberá cubrir el pago de las afectaciones de bienes o derechos distintos de la tierra, así como la previsión de los daños y perjuicios, que se podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad; la renta por concepto de ocupación, servidumbre o uso de la tierra; tratándose de proyectos que alcancen la extracción comercial de hidrocarburos, porcentaje que no podrá ser menor a cero punto cinco ni mayor al tres por ciento en el caso del gas natural no asociado, y en los demás casos no podrá ser menor al cero punto cinco por ciento ni mayor al dos por ciento, en ambos casos en beneficio de la totalidad de los propietarios o titulares de derechos de que se trate.

Los pagos de las contraprestaciones que se pacten deberán cubrirse en efectivo y, en su caso, mediante cualquiera de las siguientes modalidades; compromisos para ejecutar proyectos de desarrollo en beneficio de la comunidad o localidad afectada; cualquier otra prestación que no sea contraria a la ley, o una combinación de las anteriores; deberán constar invariablemente en un contrato por escrito, y sujetarse a los lineamientos y a los modelos de contratos que emita la SE con la opinión de la SEDATU, y que además deberá contener, al menos, los derechos y obligaciones de las partes, así como posibles mecanismos de solución de controversias; ahora bien sin perjuicio de las modalidades de la contraprestación los asignatarios o contratistas podrán proponer al propietario, titular del derecho o miembros de la comunidad o localidad a las que pertenezcan, la adquisición de bienes o insumos, o los servicios fabricados, suministrados o prestados por dichas personas, cuando esto sea compatible con el proyecto.

Cuando estén involucrados terrenos, bienes o derechos sujetos a los regímenes previstos en la Ley Agraria, y de la Ley de Hidrocarburos, se observará lo siguiente: el ejido, los ejidatarios, comunidades o comuneros podrán solicitar la asesoría y, en su caso, representación de la Procuraduría Agraria en las negociaciones con el contratista o asignatario, la autorización para el uso, goce o afectación y demás actos de disposición permitidos, deberá sujetarse invariablemente y sin perjuicio de las demás disposiciones aplicables, a las formalidades previstas en los artículos 24 a 28, 30 y 31 de la Ley Agraria para los actos señalados en las fracciones VII a XIV del artículo 23 de dicho ordenamiento; tratándose de ejidatarios o comuneros que, conforme a las disposiciones aplicables, tengan reconocidos derechos de manera individual, se les deberá entregar directamente la contraprestación respectiva por el uso, goce o afectación de tales derechos, en caso contrario, se entregarán a través del Fideicomiso del Fondo Nacional de Fomento Ejidal, o cualquier otro fideicomiso si así lo acuerdan las partes, tratándose de proyectos que alcancen la extracción comercial de hidrocarburos, un porcentaje de los ingresos que correspondan al asignatario o contratista en el proyecto en cuestión, después de haber descontado los pagos que deban realizarse al Fondo Mexicano del Petróleo para la estabilización y el desarrollo, será entregada al ejido o comunidad, a través de los órganos facultados para ello, para que sea distribuida entre todos sus integrantes en los términos que determine la asamblea.

Ahora bien, el acuerdo a que lleguen las partes deberá ser presentado por el asignatario o contratista, ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente efecto de validarse, dándole el carácter de cosa juzgada.

En caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito que genera el inicio de la negociación, el asignatario o contratista podrá promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario Competente, la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos o solicitar a la SEDATU una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda, mediación que se desarrollará, conforme a las siguientes bases; *la SEDATU escuchará a las partes y sugerirá la forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación que concilie sus intereses y pretensiones, según las características del proyecto y buscará que las partes alcancen una solución aceptable y voluntaria, procurando mejorar su comunicación y futura relación.*

Para el monto de la contraprestación, la Ley de Hidrocarburos proporciona una serie de mecanismos para efecto de que la SEDATU proponga la contraprestación, si dentro de los treinta días naturales contados a partir de la sugerencia de contraprestación, las partes no alcanzaren un acuerdo, la SE podrá solicitar a la SEDATU que dé trámite ante el Ejecutivo federal la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa (también podrá solicitarse vía jurisdiccional), la que comprenderá el derecho de tránsito de personas; el de transporte, conducción y

Sección Artículos de Investigación

almacenamiento de materiales para la construcción, vehículos, maquinaria y bienes de todo tipo; el de construcción, instalación o mantenimiento de la infraestructura o realización de obras y trabajos necesarios para el adecuado desarrollo y vigilancia de las actividades amparadas por virtud de un contrato o asignación, así como todos aquéllos que sean necesarios para tal fin, servidumbre que no podrá exceder el plazo del contrato o asignación respectiva, se decretarán a favor del asignatario o contratista y se regirán por las disposiciones del derecho común federal y las controversias relacionadas con las mismas, cualquiera que sea su naturaleza, serán competencia de los tribunales federales, en estos casos también se decretara la contraprestación correspondiente.

Tratándose de las demás modalidades de adquisición o afectación por figuras de derecho público, la indemnización respectiva también se establecerá, según lo determina la Ley de Hidrocarburos.

Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria de hidrocarburos, la SE deberá llevar a cabo los procedimientos necesarios y de cualquier otra actividad para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan. En los métodos de consulta, la SE podrá prever



www.oilandgasmagazine.com

Tratándose de las demás modalidades de adquisición o afectación por figuras de derecho público, la indemnización respectiva también se establecerá, según lo determina la Ley de Hidrocarburos.

la participación de la agencia, las empresas productivas del estado y sus subsidiarios y empresas filiales, así como particulares, conforme a la normatividad aplicable, procedimientos que tienen como objeto alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normatividad aplicable. La SE, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá prever en las asignaciones, así como dentro de los términos y condiciones que establezca para las licitaciones, los montos o las reglas para la determinación de los mismos, que el contratista o asignatario deberá destinar para el desarrollo humano y sustentable de las comunidades o localidades en las que realicen sus actividades, en materia de salud, educación, laboral, entre otras, sin menoscabo de las obligaciones del estado.

IV. Análisis de Ley de la Industria Eléctrica

Del análisis de los artículos se determinan los siguientes supuestos. La industria eléctrica se considera de utilidad pública, procederá la ocupación o afectación superficial o la constitución de servidumbres necesarias para prestar el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y para la construcción de plantas de generación de energía eléctrica en aquellos casos en que, por las características del proyecto, se requiera de una ubicación específica, conforme a las disposiciones aplicables. Las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas; la Federación, los gobiernos de los estados y del Distrito Federal, de los municipios y de las delegaciones, contribuirán al desarrollo de proyectos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, mediante procedimientos y bases de coordinación que agilicen y garanticen el otorgamiento de los permisos y autorizaciones en el ámbito de su competencia, la contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, actividades que deben ser negociadas y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los asignatarios o contratistas, sujetándose a las siguientes bases: el interesado deberá expresar por escrito al propietario o titular del terreno, bien o derecho de que se trate, su interés de usar, gozar, afectar o, en su caso, adquirir tales terrenos, bienes o derechos; deberá mostrar, describir el proyecto que planea desarrollar y atender las dudas y cuestionamientos del propietario o titular del terreno, bien o derecho de que se trate, de manera que entienda sus alcances, así como las posibles consecuencias y afectaciones que se podrían generar por su ejecución, en su caso, los beneficios que le representaría en lo personal y/o en su comunidad o localidad; la secretaría competente podrá prever la participación de testigos sociales en los procesos de negociación, en los términos que señalen las

disposiciones jurídicas aplicables; los interesados deberán notificar a la SEDATU el inicio de las negociaciones; la forma o modalidad de uso, goce, afectación, en su caso, la adquisición que se pacte deberá ser idónea para el desarrollo del proyecto en cuestión, según sus características.

Al efecto, podrán emplearse las figuras de arrendamiento, servidumbre voluntaria, ocupación superficial, ocupación temporal, compraventa, permuta y cualquier otra que no contravenga la ley; la contraprestación que se acuerde deberá ser proporcional a los requerimientos de las partes, conforme a las actividades de la industria eléctrica que se realicen por el interesado.

De acuerdo a las distintas formas o modalidades de uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición que se pacte, los titulares de los terrenos, bienes o derechos tendrán derecho a que la contraprestación cubra el pago de las afectaciones de bienes o derechos distintos de la tierra, así como la previsión de los daños y perjuicios, que se podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad, la renta por concepto de ocupación, servidumbre o uso de la tierra; debiéndose considerar el valor comercial. Ahora bien, los pagos de las contraprestaciones que se pacten podrán cubrirse en efectivo o mediante compromisos para ejecutar proyectos de desarrollo en beneficio de la comunidad o localidad afectadas; o bien cualquier otra prestación que no sea contraria a la ley, hasta una combinación de las formas antes referidas. También se podrá proponer al propietario, titular del derecho o miembros de la comunidad o localidad a las que pertenezcan, la adquisición de bienes o insumos, o los servicios fabricados, suministrados o prestados por dichas personas, cuando esto sea compatible con el proyecto.

La contraprestación, así como los demás términos y condiciones que se pacten para la adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos deberán constar en un contrato por escrito, sujetarse a los lineamientos y modelos de contratos que emita la SEDATU, en coordinación con la SE. El contrato deberá contener, al menos, los derechos y obligaciones de las partes, así como posibles mecanismos de solución de controversias, tampoco podrán prever cláusulas de confidencialidad sobre los términos, montos y condiciones de la contraprestación, que penalicen a las partes por su divulgación.

Cuando estén involucrados terrenos, bienes o derechos sujetos a los regímenes previstos en la Ley Agraria, el ejido, los ejidatarios, comunidades o comuneros, podrán solicitar la asesoría y/o representación de la Procuraduría Agraria en las negociaciones; la autorización para el uso, goce o afectación, así como los demás actos de disposición permitidos, deberá aprobarse por la asamblea de bienes ejidales o comunales de acuerdo a lo que se previene en la Ley Agraria; tratándose de ejidatarios o comuneros que, conforme a las disposiciones aplicables, tengan reconocidos derechos de manera individual, se les deberá entregar directamente la contraprestación respectiva por la adquisición, uso, goce o afectación de tales derechos. En caso contrario, se entregarán a través del Fideicomiso del Fondo Nacional de Fomento Ejidal, o cualquier otro fideicomiso si así lo acuerdan las partes. A tal efecto el

Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales elaborará y mantendrá actualizados tabuladores sobre los valores promedio de la tierra, en su caso, de sus accesorios, para uso, ocupación o adquisición, según sus características, así como demás tabuladores y mecanismos de referencia que determine, sirviendo de base para el inicio de las negociaciones.

Los avalúos considerarán, la previsión de que el proyecto a desarrollar generará, dentro de su zona de influencia, una plusvalía de los terrenos, bienes o derechos de que se trate; la existencia de características en los inmuebles, bienes o derechos que, sin reflejarse en su valor comercial, los hace técnicamente idóneos para el desarrollo del proyecto de que se trate; la afectación en la porción remanente de los inmuebles del cual forme parte la fracción por adquirir, usar o gozar; los gastos complementarios no previstos en el valor comercial, para que los afectados sustituyan los terrenos, bienes o derechos por adquirir, cuando sea necesaria la emigración de los afectados, en los casos de otorgamiento del uso o goce de los terrenos, bienes o derechos, la previsión de los daños y perjuicios, las molestias o afectaciones que sus titulares podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar, incluyendo aquéllos correspondientes a bienes o derechos distintos de la tierra, el eventual perjuicio por el tiempo que la propiedad será afectada, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad. Para el caso de adquisiciones, en ningún caso el valor será inferior al comercial. Los avalúos que se practiquen podrán considerar los demás elementos que a juicio del IAABN resulten convenientes.

El acuerdo alcanzado en cualquier tiempo entre las partes deberá presentarse por el interesado ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente, con el fin de que sea validado, dándole el carácter de cosa juzgada. Para lo anterior, el Juez o Tribunal Unitario Agrario deberá verificar si se cumplieron las formalidades exigidas tanto en la Ley, en la Ley Agraria y demás disposiciones aplicables, ordenar la publicación de un extracto del acuerdo alcanzado, a costa del interesado, en un periódico de circulación local y, en su caso, en los lugares más visibles del ejido respectivo. Además, emitirán su resolución, que tendrá el carácter de sentencia, dentro de los quince días siguientes a la primera publicación, siempre que no tengan conocimiento de la existencia de un juicio pendiente que involucre los terrenos, bienes o derechos en cuestión. En contra de la resolución emitida sólo procederá el juicio de amparo.

En caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito de propuesta en la negociación, el interesado podrá, promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal; solicitar a la SEDATU una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda.

En la mediación, *la SEDATU escuchará a las partes y sugerirá la forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación que concilie sus intereses y preten-*

siones, según las características del proyecto y buscará que las partes alcancen una solución aceptable y voluntaria, procurando mejorar su comunicación y futura relación; a fin de sugerir el monto de la contraprestación, se tomarán en cuenta los avalúos practicados por cada una de ellas, siempre que coincidan con la forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación que sugiera la SEDATU. De lo contrario, en caso de que la diferencia entre los avalúos de los dos peritos sea inferior a 15%, la SEDATU tomará el promedio simple de los avalúos y el resultado servirá de base para formular la sugerencia de contraprestación. En caso de que la diferencia entre los avalúos de los dos peritos sea superior a 15%, la SEDATU solicitará al IAABN o a un perito que aleatoriamente seleccione del padrón, la práctica de un avalúo, cuyo resultado servirá de base para formular la sugerencia de contraprestación, en caso de que las partes no hayan practicado avalúos, la secretaría de desarrollo agrario, territorial y urbano solicitará al instituto o a un perito que aleatoriamente seleccione del padrón, la práctica de un avalúo que servirá de base para la sugerencia de contraprestación que formule la SEDATU.

Los interesados se abstendrán de realizar, directa o indirectamente, conductas o prácticas abusivas, discriminatorias o que busquen influir indebidamente en la decisión de los propietarios o titulares de los terrenos, bienes o derechos, durante las negociaciones y los procedimientos correspondientes.

Si dentro de los treinta días naturales, contados a partir de la sugerencia de contraprestación, las partes no alcanzaren un acuerdo, la SEDATU podrá proponer al Ejecutivo federal la constitución de una servidumbre legal por vía administrativa o jurisdiccional, que comprenderá el derecho de tránsito de personas; el de transporte, conducción y almacenamiento de materiales para la construcción, vehículos, maquinaria y bienes de todo tipo; el de construcción, instalación o mantenimiento de la infraestructura o realización de obras y trabajos necesarios para el adecuado desarrollo, operación y vigilancia, servidumbre decretada a favor del interesado rigiéndose por las disposiciones del derecho común federal, las controversias relacionadas con las mismas, cualquiera

que sea su naturaleza, serán competencia de los tribunales federales. Los interesados se abstendrán de realizar, directa o indirectamente, conductas o prácticas abusivas, discriminatorias o que busquen influir indebidamente en la decisión de los propietarios o titulares de los terrenos, bienes o derechos, durante las negociaciones y los procedimientos correspondientes.

V. Conclusiones

En el cuarto informe de la SEDATU, hasta junio de 2016, a la fecha de la rendición del informe, se tenían notificados 370 inicios de negociaciones sobre proyectos energéticos (hidrocarburos e industria eléctrica).⁹

Cifra que aumentó de acuerdo al boletín 395 emitido por la misma Secretaría, en donde refiere que hasta el 6 de diciembre del 2016, se reportan 2 406 notificaciones de inicio de negociaciones, de las cuales 702 han alcanzado acuerdos de contraprestación y hasta noviembre de 2016 se encontraban en proceso 1 704.¹⁰ Sin embargo la SEDATU no reporta si fueron o no constituidas servidumbres legales, en qué forma se llegaron a los acuerdos de contraprestaciones; si hubo o no intervención de la Procuraduría Agraria como asesor o en representación de los ejidos o comunidades etcétera; que tipo de contraprestación se pactó y ante quién se presentó el contrato a efecto de validarlo; qué tipo de forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación se estableció entre las que encontramos al arrendamiento, servidumbre voluntaria, ocupación superficial, ocupación temporal, compraventa, permuta y cualquier otra que no contravenga la legislación aplicable al caso concreto, sobre terrenos bienes o derechos, tomando en consideración que probablemente las tierras afectadas son las correspondientes a los asentamientos humanos o las de uso común que tienen las características de inalienables, inembargables e imprescriptibles; y si en un momento determinado se estructuró la mediación aunque fuera de una manera imperfecta, desprovista de toda técnica y forma de mediación.

Sin embargo, el problema se agrava cuando dentro del boletín 328, se informó, que la “Universidad Autónoma Agraria “Antonio Narro”, se constituía como encargada de preparar la primera generación de mediadores, con un total de 76 aspirantes, preparándolos del 14 de octubre de 2016 al 28 de enero de 2017”. Luego entonces nos encontramos ante una anomalía de falta de mediadores para efecto de resolver las controversias que se generen, con la aplicación de las Leyes de Hidrocarburos y de Energía Eléctrica.¹¹

Según se encuentra estatuido en la Ley de Hidrocarburos, las actividades de exploración y extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectados; en la de industria eléctrica, la actividad se considera de utilidad pública, procediendo a la ocupación o afectación superficial o la constitución de servidumbres necesarias para prestar el servicio público de transmisión y distribución, la construcción de plantas de generación de

⁹ https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/142694/4to_Informe_Labores_2015_2016.pdf.

¹⁰ <http://www.gob.mx/sedatu/prensa/impulsa-la-sedatu-formacion-de-mediadores-para-la-solucion-de-possibles-conflictos-en-proyectos-energeticos-en-el-campo?idiom=es>.

¹¹ <http://www.gob.mx/sedatu/prensa/preparan-la-sedatu-y-la-universidad-autonoma-agraria-antonio-narro-a-la-primera-generacion-de-mediadores-energeticos>.

energía eléctrica, por lo que tendrán preferencia la actividad sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas. En ambas leyes se establece como primer paso la negociación entre los contratistas y los llamados sujetos agrarios.

En este orden de ideas, en caso de que la negociación no tenga resultados, la mediación a que hacen referencia estos dos dispositivos legales, cobra importancia cuando las tierras que se requieran estén sujetas a la normatividad de la Ley Agraria, facultándose a la SEDATU, para que establezca una mediación, que le permita escuchar a las partes y sugerir la forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación de bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda, para la conciliación de sus intereses y pretensiones; según las características del proyecto, con la intención de que las partes alcancen una solución aceptable y voluntaria, procurando mejorar su comunicación y futura relación.

Esto significa que los legisladores no tuvieron claro que la mediación es una técnica por la cual las partes inmersas en un conflicto, tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador (un tercero imparcial), que no tiene facultades de decisión, sino que su función es facilitar los alegatos para llegar a una comunicación bilateral efectiva, realzando la importancia de las manifestaciones, fijándose especialmente en lo relacional, donde las partes comunicantes están en constante intercambio; formando los resultados de la mediación, que estructuran el producto de los procesos de multicausalidad y retroalimentación, cuyo propósito fundamental es la modificación de las relaciones entre las partes, no centrándose únicamente en la solución de conflictos.

Ahora bien, según informó la titular de la SEDATU, el programa académico de los futuros mediadores energéticos, debe incluir un análisis profundo del sector en el contexto global, manejo de conflictos, negociación, mediación, normas y aspectos técnicos del uso de suelo, sin que hasta la fecha se hayan determinado los lineamientos mediante los cuales se debe proceder a esta forma alternativa de solución de conflictos.

Desde mi punto de vista, es una amenaza velada el hecho de que, si no llegan a un acuerdo a través de la mediación, entonces la SE podrá solicitar a la SEDATU que dé trámite ante el Ejecutivo federal la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa, pedimento contrario a lo establecido en el mismo 27 constitucional, porque se trata de tierras ubicadas como propiedad social.

Respecto del tema, debo dejar claro que tanto la mediación como la conciliación, son métodos bastante distintos, tanto en las técnicas como en el procedimiento, porque en la conciliación el tercero imparcial sí puede proponer o indicar algunas formas para que se solucione el conflicto y en la mediación se utilizan diversas técnicas para lograr una buena comunicación, a través de un esfuerzo estructurado, enfocando sus necesidades e interés reales dentro de una negociación cooperativa, con el propósito de que, por el mutuo reconocimiento de los mismos y sus responsabilidades en las causas que dieron lugar al conflicto, pongan fin a su controversia, construyendo

un acuerdo equilibrado y de mutua satisfacción que les permita resolverla de manera privada.¹²

La figura de la mediación propuesta versaría sobre formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos y la contraprestación, por tanto, si asumimos el papel de ejidatarios o comuneros, en corresponsabilidad con la forma en que se encuentra planteada la mediación, esta no cubre ni el concepto, ni las características y menos los principios de la mediación, sino con base en lo que he expuesto, más bien parece llevarse al plano de la conciliación.

La mediación que se propone en las dos legislaciones analizadas, sólo satisface intereses públicos, es completamente vinculante, hay ganador y muchos perdedores, tampoco se cumplen algunos de los principios generales para llevar a cabo la mediación, como la voluntariedad en estos dispositivos legales parecería como obligatoriedad, extingue la neutralidad porque los mediadores que conducen la mediación tienen juicios, opiniones y prejuicios respecto de los mediados, que pueden influir en la toma de decisiones, en este caso existe la característica de utilidad pública, interés social y orden público; los mediadores que conducen la mediación no pueden ser imparciales, es decir, mantenerse libres de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados; tampoco habría equidad porque los mediadores deben propiciar condiciones de equilibrio entre los mediados para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios; la mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres. Estas obligaciones se rompen, tomando en consideración la regulación establecida en el primero y segundo párrafos del artículo 27, de la constitución, el que indica que las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional son propiedad de la nación (Estado), el cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada; generándose la facultad de tener en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación,



La mediación que se propone en las dos legislaciones analizadas, sólo satisface intereses públicos, es completamente vinculante, hay ganador y muchos perdedores.

<http://imagenes.lainformacion.com>

¹² Edgard Baqueiro Rojas, *et al. Derecho de familia*, México, Oxford, 2005, p. 309

con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana; por tanto, no interesaría si se tiene o no la voluntad de someterse a una mediación, la obligatoriedad se destaca.

En las leyes se visualiza el hecho de que en caso de que fracase la negociación, así como la mediación, se podrá solicitar el establecimiento de una servidumbre legal, tanto del punto de vista legal como administrativo. Este punto que implica la amenaza velada de “o te sometes a la mediación y resuelves o te finco una servidumbre legal”.

Cabe destacar que la Reforma Energética, impulsada por el Gobierno de la República otorgó facultades a la SEDATU, para operar a través de la Unidad de Utilización de Suelo para Proyectos en Energía e Inversiones Físicas de los Fondos Mineros (USEIFOM), la aplicación de la Reforma, impulsando la negociación y la mediación entre los titulares de la tierra y los inversionistas, para la utilización del suelo en proyectos de hidrocarburos y de la industria eléctrica, por tal motivo, se vuelve imperativo preparar a profesionales especializados en este proceso, los que hasta este momento todavía no existen, ni se encuentran facultados para llevar el procedimiento de mediación correspondiente.

Asimismo los reglamentos de la Ley de Hidrocarburos y de la Ley de la Industria Eléctrica coinciden en que la SEDATU, debe verificar que en las negociaciones estén presentes los representantes o titulares de terrenos bienes o derechos en los que se desarrollará el proyecto, bajo condiciones de equidad, que los titulares cuenten con la asesoría legal (Procuraduría Agraria y comisariado ejidal con mandato expreso de la asamblea de ejidatarios o de bienes comunales), y técnica necesaria, así como la propuesta de celebrar reuniones consecutivas, verificando que la propuesta y contrapropuesta estén ajustadas a lo establecido en las leyes correspondientes, asistiendo a las partes en la elaboración del escrito de acuerdo y, en su caso, la validación ante la autoridad jurisdiccional, por lo que *debe emitir los lineamientos que regularan los procesos de mediación, en donde los mediadores tendrán a su cargo la sustanciación del procedimiento de mediación y presentaran las propuestas correspondientes.*¹³ Lineamientos que a la fecha no se han publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.

¹³ http://www.pemex.com/acerca/marco_normativo/Documents/reglamentos/Regl-Ley-Hidro_311014.pdf; <http://www.cenace.gob.mx/Docs/MarcoRegulatorio/Reglamentos/Reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20la%20Industria%20El%C3%A9ctrica%20%20DOF%202014%2010%2031.pdf>.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Alvarez Torres Manuel, *et al. Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Madrid, Dykinson, 2013.
- Armienta Calderón Gonzalo. *Teoría general del proceso. Principios, instituciones y categorías procesales*. Segunda edición, México, Porrúa.
- Armienta Hernández Gonzalo. *El juicio oral y la justicia alternativa en México*. México, Porrúa, 2009.
- Baqueiro Rojas Edgard. *et tal. Derecho de familia*. México, Oxford, 2005.
- Carnelutti Francesco. *Instituciones del derecho procesal civil*. Volumen I. Buenos Aires, Ediciones jurídica europa-america, 1950.
- Gorjón Gómez Francisco J y Steele Garza José G. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México, Oxford, 2002.
- Ovalle Favela José. *Teoría general del proceso*. México, Oxford, 2011.

Electrónicas

- Landero Eglá Cornelio. “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, [en línea] 2014, (junio-Sin mes): [Fecha de consulta: 8 de abril de 2016] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322132552006>> ISSN 1575-0825.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Hidrocarburos.
- Ley de la Industria Eléctrica.
- Reglamento de la Ley de Hidrocarburos.
- Reglamento de la Ley de Energía Eléctrica.
- Ley de Justicia Alternativa para el Distrito Federal.
- Ley Orgánica de la Administración Pública.

Otras fuentes

- Breve historia de la mediación consultado en: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/71289/345896>.
- Principios de la mediación: consultado en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mexico/mexico_principios_mediacion_sp.authcheck_dam.pdf.
- Paquete de información relacionada al Proyecto para la Mediación en México, ABA/USAID. consultada en: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/www_mediacionenmexico_org_PPMM_info.pdf.
- Revista Horizontes. Número 1. diciembre 2008. Mediación ¿Qué es y para qué es? Elías Galindo Mendoza Mediador- Conciliador del Centro Estatal de Medios Alternativos

Sección Artículos de Investigación

para la Solución de Conflictos del Poder Judicial del Estado de Veracruz. Consultado en https://www.pjeveracruz.gob.mx/centro_informacion/pdf/RH_01.pdf.

Reformas Estructurales consultado el día 9 de abril del año en curso; http://www.cmdrs.gob.mx/sesiones/Documents/2015/1a_sesion/4_Reformas%20Estructurales.pdf.

Reglamento de la ley de hidrocarburos revisado el 11 de diciembre del año en curso; http://www.pemex.com/acerca/marco_normativo/Documents/reglamentos/Regl-Ley-Hidroc_311014.pdf.

Reglamento de la ley de industria eléctrica revisado el 11 de diciembre del año en curso; <http://www.cenace.gob.mx/Docs/MarcoRegulatorio/Reglamentos/Reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20la%20Industria%20El%C3%A9ctrica%20%20DOF%202014%2010%2031.pdf>.

Sección Reseñas y Documentos

**Nicolás
Domínguez Vergara***

Manuel Bartlett Díaz y Rosío Vargas, *Reforma energética: el poder duro y consensuado para imponerla*, México, Senado de la República, diciembre, 2012.

Importancia del libro

El libro *Reforma energética: el poder duro y consensuado para imponerla*, es muy importante porque resume las causas y las consecuencias de la reforma por la cual casi todos los negocios del sector energético de México se le transfieren al sector privado nacional y trasnacional. Una de las consecuencias más directas de la Reforma energética es el gasolinazo que se decretó el día 27 de



oronegro.mx

diciembre de 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*, que establece un incremento a los precios a partir del primero de enero de 2017 y hasta la madrugada del 4 de febrero de 2017, de los combustibles automotrices. En el gasolinazo, el litro de gasolina magna tiene un precio promedio máximo en el país de 15.99 pesos, el de la premium 17.79 y el del diésel 17.05; estos precios reflejan un aumento de 14.20%,

* Dr. en Física y Profesor Investigador del Departamento de Sistemas, UAM-A.

20.10% y 16.50% respectivamente, de los precios que tenían el 31 de diciembre de 2016 que eran 13.98, 14.81 y 14.63 pesos. A raíz de la promulgación del gasolinazo; se han tenido muchas manifestaciones en contra del aumento de los precios, que se prevé generarán inflación, desempleo, pobreza, inseguridad y hasta malestar social; de hecho ya ha habido cierre de gasolineras y carreteras por la población irritada por los aumentos. El libro nos indica como el Gobierno Federal ya se está preparando para atenuar las manifestaciones en contra de las consecuencias negativas de la Reforma energética por medio de una militarización del país.

Reseña

Este es un libro muy importante, porque nos explica cómo se está cediendo legalmente a través de la Reforma energética la riqueza energética nacional a compañías privadas mexicanas y trasnacionales. También nos expone, que es a través de una militarización del país que se facilita esa transferencia.

Desde antes que se promulgara la Reforma energética muchos explicamos porqué esta reforma hace que México pierda soberanía, seguridad y control de sus recursos energéticos, pero hacía falta que se identificara claramente el conjunto de instrumentos legales específicos creados o siendo creados para asegurar operativamente ese despojo en los diversos lugares del país. Los autores lo hacen. Ellos señalan que se lleva a cabo una militarización del país para asegurar la expropiación de la riqueza energética nacional, o si somos estrictos una legalización de una mayor militarización de la Nación. Asimismo explican que al asegurar para los privados los recursos energéticos también se perderán tierra, lagos y bosques del país. Es más, hablan de una posible balcanización del territorio nacional, —con la llamada Mexamérica— y quizá también con parte del Golfo de México.

Los autores comienzan explicando la Reforma energética y luego poco a poco van tomando argumentos que se han usado para justificarla y los van destruyendo como con un martillo, hasta desnudar la verdadera razón, que es: la cesión de la riqueza nacional a las compañías privadas trasnacionales y nacionales.

Para lograr la desnacionalización se necesitan, leyes secundarias y reglamentos; para que el despojo sea legal o parezca legal y para que el pueblo no pueda hacer nada para recuperarlos. Es más, en el libro se explican leyes, reglamentos, convenios y acuerdos que se están implantando para asegurar que el pueblo ni siquiera pueda protestar para reclamar lo que es suyo o era suyo. Al grado que se tienen que violar convenios internacionales como el 169 de la Organización Internacional del Trabajo referente a las consultas a los pueblos indígenas que poseen recursos energéticos en sus tierras.

Para al no versado en leyes, como un servidor, pudiera costarle un poco de trabajo, entenderlas, pero las explicaciones de los autores son tan simples y directas que permiten apreciar la gravedad de lo que los legisladores han aprobado y siguen aprobando. Así, que podemos asegurar que este libro presenta los argumentos suficientes para que concluyamos como lo decía el gran poeta mexicano Octavio Paz, “sin entender, comprendo”.

En este libro se revisan los daños de la Reforma energética y nos advierte de más peligros. Aparte de listar las mentiras que se usaron por parte de los poderes ejecutivo y legislativo para que la gente “aceptara” la reforma energética, anuncia las nuevas disposiciones policiacas militares por parte del Estado para que sea muy difícil revertir esos cambios. Debido a que a estas alturas la población ya se ha dado cuenta que las reformas estructurales no le han traído beneficios, el gobierno ve la urgencia de implantar un estado militar que controle el descontento y asegure a los privados las ganancias prometidas.

Los autores explican la destrucción del sistema energético nacional, que en una primera etapa ya ha desmantelado a PEMEX como se comprueba estos días en el la importación del 66% de la gasolina y del 54% del diésel y en sus altos precios. Que se confirma estos meses en la restricción que tiene PEMEX de concursar en licitaciones para explorar y explotar regiones petroleras en las que había sido el amo y señor y había invertido por décadas, inversiones que ya se cedieron a los privados —de gratis—. Ese desmantelamiento consta en su enorme endeudamiento, su gran carga fiscal, sus recortes de presupuesto durante los años 2015 y 2016, de decenas de miles de millones de pesos, en los despidos de decenas de miles de sus trabajadores y en la subutilización de sus refinerías. Y por otra parte, en el abaratamiento en las ventas de los activos petroleros del país en las licitaciones de la ronda uno. En la privatización de esos activos que se prometió que no se venderían, que no se privatizarían, pero que se traspasan a los corporativos privados a través de mecanismos como la FIBRA E. En las mentiras de que no subiría el precio del gas natural, en que no subiría la luz, cuando es claro que se trató de una estafa de los poderes ejecutivo y legislativo para que se aprobaran la Reforma energética, sus leyes secundarias y sus reglamentos. Es claro el desmantelamiento, como lo documentan los autores, porque las asignaciones a PEMEX en la ronda cero se están transfiriendo a contratos en los que PEMEX será temporalmente el operador, pero con el tiempo su participación de seguro desaparecerá. Se nota en que la renta petrolera que antes la disfrutaba en su totalidad el Estado, ahora se cede en gran parte a los privados; bajo el nuevo régimen la renta que recuperará el Estado, en algunos casos, quedará reducida a un 33.03%

Los autores explican la destrucción del sistema energético nacional que en una primera etapa ya ha desmantelado a PEMEX como se comprueba estos días en el la importación del 66% de la gasolina y del 54% del diésel y en sus altos precios.

del valor contractual de los hidrocarburos. De hecho los recursos presupuestales del gobierno de ingresos petroleros son del 13% cuando hace algunos años era como la tercera parte, o más. Ahora el pueblo tendrá que suplir el faltante del presupuesto con diversos impuestos como en la gasolina y con multas. Y sufrirá los efectos de menos servicios médicos, educativos y de transporte público como ya lo vemos en el hacinamiento en el metro y además con una menor calidad y seguridad en ellos. Esas son las consecuencias en el día a día para el grueso de la gente. El gobierno como lo establecen los autores ha abandonado su responsabilidad de rector, regulador y salvaguarda del desarrollo nacional para convertirse en un simple facilitador de los contratos, concesiones y de la bursatilización de los activos estratégicos nacionales. Se ofrecen contratos hasta para las reservas probadas de petróleo. Se aseguran ganancias a las compañías petroleras hasta en la exploración y explotación de petróleo caro como en las aguas profundas del Golfo de México a través de la compra y renta de equipo como lo ha señalado el Ingeniero Francisco Garaicochea.

Algunos legisladores se han manifestado en contra de la aprobación de esas piezas legislativas que aseguran el despojo de la riqueza nacional, a pesar de que están muy lejos de que se escuchen sus argumentos, pero afortunadamente quedan documentadas sus intervenciones, como se referencian en este libro.

Los autores explican cómo para expropiarle al pueblo su riqueza se ha tenido que cambiar la constitución; destruyendo el engranaje sólido y armónico que tenían los artículos 25, 27 y 28 constitucionales que aseguraban la soberanía, la propiedad y el control de los recursos energéticos nacionales. O bien se le ha dado vueltas a la Constitución. El camino desafortunadamente ya está probado en México; por ejemplo, durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari se le dio vuelta a la Constitución para empezar a privatizar el sector eléctrico. Los autores señalan que para el caso de la Reforma energética se tuvieron lineamientos de Estados Unidos; recuerdo claramente cuando a unos cuantos pasos de aquí, el Senador Bartlett decía algo así —las leyes de la reforma la diseñaron en Estados Unidos, ustedes no son tan imaginativos—. De hecho Enrique Peña Nieto, cuando era candidato a la presidencia hizo compromisos que cumplió sobre una reforma energética, por la que los beneficiados le agradecen públicamente.

El libro documenta una militarización bien definida y sólida, planeada y consensuada por los grupos de poder desde la iniciativa Mérida con Felipe Calderón. Nos aclara que la guerra contra el narco viene de instrucciones de Estados Unidos para que se protejan las propiedades de los privados; para explorar, explotar, transportar y comercializar tanto dentro de México como a otros países los bienes energéticos de los que se apropien aquí, o bien aquellos que sean transportados desde Estados Unidos al país, para que después sean exportados desde por ejemplo el Istmo de Tehuantepec a algunos países asiáticos. Para asegurar esos envíos es necesario militarizar los puertos, esa es la lógica atrás de los cambios constitucionales para incorporar las capitánías de puerto a la Secretaría de Marina.

El libro documenta como se compromete al país a través de figuras inconstitucionales como son los *memorándums* de entendimiento o convenios interinstitucionales para someter al país a aventuras en el extranjero, como la conformación de cuerpos de paz para las Naciones Unidas para ser enviadas a zonas de conflicto, sin tener que ser sancionadas por el Senado. Pero los autores van más allá, puesto que explican que esos acuerdos cupulares llevan a una integración de México con Estados Unidos y Canadá en la que Estados Unidos es el del poder imperial, como una Roma de nuestros tiempos.

La lucha contra el terrorismo del *Homeland Security* de Estados Unidos se ha impuesto a México a través de la guerra contra el narco que ha causado la muerte de gente pobre que vive en regiones donde el narco impera, donde las asociaciones del gobierno y el narco están tan ligadas a que los funcionarios de los tres niveles del gobierno son parte de grupos delincuenciales como lo hemos visto en el estado de Guerrero con el caso de los 43 estudiantes desaparecidos de la Normal de Ayotzinapa. El terror se establece en regiones ricas en minerales, en recursos prospectivos no convencionales como el gas *shale* o en lugares que son santuarios de narcos, donde pareciera que el Estado mexicano no existe. Lo hemos visto en el reciente episodio ocurrido en San Miguel Totolapan, Guerrero, en donde un delincuente que impera en esa región secuestró a un ingeniero y un grupo de autodefensas secuestró a la madre del delincuente. En esa región dominada por el terror no existe seguridad proporcionada por gobierno alguno y mucha de la población ha sido desplazada por la violencia, tal como está ocurriendo en zonas declaradas de guerra como en Alepo, en Siria.

Bartlett y Vargas deshilan los planes del gobierno para crear zonas económicas exclusivas para despojar aún más al país de su territorio, siguiendo un esquema similar a la servidumbre temporal de hidrocarburos de la reforma energética para expropiar a los dueños de la superficie, en caso de resistencia a las actividades energéticas consideradas de interés social y orden público. Las ley de zonas económicas especiales contempla también, esas expropiaciones con el pretexto de desarrollar zonas muy pobres, aunque los autores revelan que los desarrolladores de ellas serán los privados que sólo buscan máximas ganancias y que también el Estado renuncia a su obligación establecida en el artículo 25 constitucional de planear el desarrollo de todas las regiones del país. Los autores aseguran que en estas zonas no solamente

Bartlett y Vargas deshilan los planes del gobierno para crear zonas económicas exclusivas para despojar aún más al país de su territorio, siguiendo un esquema similar a la servidumbre temporal de hidrocarburos de la reforma energética para expropiar a los dueños de la superficie en caso de resistencia a las actividades energéticas consideradas de interés social y orden público.

se despojan a los campesinos e indígenas de sus propiedades sino aseguran más la integración de México a Estados Unidos, porque si de aumentar la productividad se tratara se procuraría una mejor educación que desarrollaría verdaderamente a la población hacia un futuro más prometedor.

Lo autores nos alertan de que la Cámara de Diputados está en vías de aprobar la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional, en la que se conceden poderes exorbitantes al Ejecutivo Federal para suspender, entre otros, los derechos humanos relativos al debido proceso y la presunción de inocencia.

La Reforma energética, la ley de zonas económicas especiales y la militarización del país son la base para una colonización o neocolonización de México. Los autores aseguran por lo tanto que México ya es un país ocupado, o integrado a Estados Unidos con nuevas formas de ocupación. Al final, los autores reflexionan que la toma de conciencia, la responsabilidad civil y política son cruciales para enmendar el rumbo.

Este libro será una referencia importante en el futuro.

3 de enero de 2017

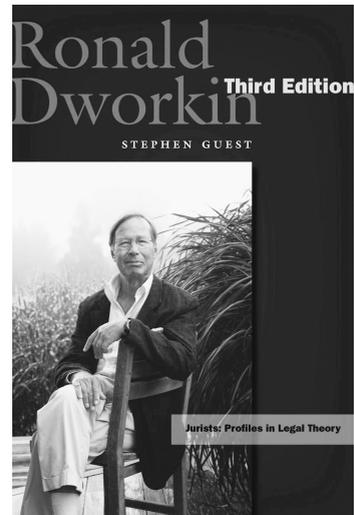
Liliana
Fort Chávez*

Ronald Dworkin,
*Tres cuestiones para
América, (Three
Questions for America)*

Más que ‘iusnaturalista’ como muchos aún lo consideran en México, Dworkin ya es un pensador post metafísico cuyas ideas e inferencias ya incluyen la organización de la especie humana, o bien, la sociedad civil cosmopolita, como postuló Kant, y esto se mira en el texto: “Three Questions for America”, el cual reseño.

Al igual que la modernidad kantiana, Dworkin lucha contra la superstición religiosa. Ante el hecho de que en USA se planteó introducir en la educación una teoría que supone un dios que guía el proceso de creación, llamada el ‘diseño inteligente’, filósofos y pedagogos se opusieron, aunque Bush apoyara tal idea.

Los pensadores de la *ratio iuris* postmetafísica más bien defienden la teoría evolutiva. Saben con Kuhn, que no porque los científicos no hayan encontrado aún soluciones a algunos enigmas o que sus métodos no sean exactos, se abandonan las teorías. Por lo tanto, el darwinismo suplementado hoy con descubrimientos de la biología genética es un saber que debe articularse. Sin embargo, los sostenedores del ‘diseño inteligente’ atacan con propaganda, sin ni siquiera especificar si dicho ‘diseñador’ es un dios o no.



* Dra. en Derecho, Profesora Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A.
Consultar en: <http://www.nybooks.com/articles/2006/09/21/three-questions-for-america/>.

La teoría del diseño inteligente apela a aquellos que tienen fe en milagros: creencias que la ciencia no puede probar ni su existencia ni su inexistencia. Por lo tanto, dichas visiones no deben ser incluidas en la educación dándoles una autoridad paralela a la ciencia.

Desde la noción de identidad humana, los jóvenes desde las escuelas deben participar en el debate de las grandes controversias políticas, incluyendo el pro y el contra del caso del aborto, el fondo de la educación, el rol del dinero en la política, la imparcialidad del sistema impositivo o el control de las actividades antiterroristas.

Sin negar las diversas fes, el filósofo trata de proteger la dignidad del hombre racional que representa su existencia orgánica como un fin valioso en sí mismo y no como un medio o herramienta. Por ello, la educación obligatoria debe distinguir entre la fe y la razón, y no negarla. Necesitamos una concepción de ciencia defendible no sólo para enseñar a razonar sobre sus conductas a niños y jóvenes; de manera que puedan avanzar en el conocimiento y tener competencias en el mundo económico, sino también en ordenar y proteger la responsabilidad personal de cada uno de los ciudadanos por sus creencias religiosas. La filosofía del gobierno público necesita de relatos científicos en donde podamos ver que su autoridad

no depende de un conjunto de valores religiosos o éticos. Dicha reflexión atañe a: ¿quién y cómo nos representa para hacer decisiones?, ¿se identifican con nosotros como parte del género humano del planeta, o nos ofrecen diversas causas que si bien son populistas, nos usan para poder hacer negocios con nosotros?, ¿no será que con tantos populismos estaremos incapacitando a los jóvenes para distinguir lo que es la búsqueda de la verdad a través de la ciencia y distinguirla de la superstición?

Desde la noción de identidad humana, los jóvenes desde las escuelas deben participar en el debate de las grandes controversias políticas, incluyendo el pro y el contra del caso del aborto, el fondo de la educación, el rol del dinero en la política, la imparcialidad del sistema impositivo o el control de las actividades antiterroristas. La meta pedagógica es conocer la complejidad de los asuntos, relacionar las teorías con el mundo de la vida orgánica y con los saberes que se pueden encontrar en sus casas o entre amigos, conectar las diversas disciplinas, y empezar a argumentar consciente y respetuosamente. Los estudiantes deben saber mirar la diferencia entre una interpretación en los principios de dignidad o aquellas que se hacen sin ellos. Desde una visión evolutiva se pueden reinterpretar a los clásicos, tanto conservadores como liberales, así, quienes acudan a las redes electrónicas, no tendrán problema de entender el imperativo categórico, pues saben que la universalidad formal de la ley e implica el control de las inclinaciones personales, cosa que nos hace dignos.

La política, mejoraría si los estudiantes tuvieran comprensión de la razón de por qué una persona devota debería preferir un tolerante y secular estado de religiosidad (en vez de múltiples fundamentalismos incoherentes). Igualmente, los estudiantes deberían comprender qué diferencias son moralmente permisibles en un estado de ciudadanos y extranjeros, sin ser arrestados por terrorismo. También deberían poder pronunciarse sobre el matrimonio gay, dando razones; así como diferenciar una teoría científica de la superstición del ‘diseño inteligente’, aunque éste aparentemente posibilite muchas cosas, pues es abstracto, formalista, trivial. Marx ya había comenzado la lucha contra un lenguaje abstracto, hoy la seguimos por esta vía.

Por lo tanto, deberíamos afrontar la multiplicidad de sectas religiosas y políticas que manipulan, si no queremos timar a los jóvenes con un disfraz de democracia. Para clarificar esto, el filósofo se refiere a la promesa de lealtad americana, tradición enseñada en las escuelas en ceremonias ocasionales. En 1954, el congreso añadió a la constitución, que América es ‘una nación bajo el poder de dios’, posteriormente, la Suprema Corte asentó que los estudiantes no deben ser forzados a suscribirla. Así en EUA se ha logrado la fusión entre dioses y patriotismo.

Sin embargo, prosigue Dworkin, la dignidad no sólo es el mandato de que nadie nos pueda forzar, sino que ella asigna a cada quien una responsabilidad positiva de elegir valores éticos para sí mismos. Sabemos que somos influenciados por múltiples dimensiones de la cultura cuando tomamos decisiones, pero también sabemos que debemos rechazar la aceptación a sumisiones a gobiernos que deliberada y coercitivamente manipulen nuestras opiniones y decisiones. Sin embargo, como al gobierno EUA, conviene esta asociación entre religión y patriotismo, es aquí donde debe funcionar nuestra responsabilidad personal sobre nuestros valores para definir por nosotros mismos la religión y las asunciones metafísicas de nuestras lealtades políticas. Sin embargo, pocos niños se enteran en la escuela que suscriben dicho compromiso: y los valores y actitudes formados por tal subsisten en la inconsciencia. Un ejemplo de esto, lo da con el matrimonio gay.

Las ventajas de las parejas casadas sobre las que viven sin casarse, son sustancialmente en EUA. Gozan de plazos impositivos más favorables, oportunidad de aseguración, estatus de sucesión y herencias, beneficios de compensación de trabajadores, y la oportunidad de participar en las decisiones médicas que afectan a la pareja. En cambio, la prohibición contra los matrimonios homosexuales es causa de privaciones económicas sustanciales, entre otras.

Se afirma que el estado debería impulsar a las parejas heterosexuales pues pueden educar niños mejor que las parejas homosexuales, por lo tanto debe procurárseles estabilidad familiar. Dice Dworkin que no hay evidencia para sostener que las parejas gay no puedan educar niños, en todo caso ya es un hecho que hay niños adoptados por estas parejas que se beneficiarían de la estabilidad de la sanción legal a la relación de los padres.

Se ha propuesto que al matrimonio homosexual podría reconocérsele un especial status de ‘unión civil’, pero las parejas gays quieren casarse. Consideran que

la institución del matrimonio es única: es un modo distinto de asociación y de compromiso personal con las grandes tradiciones de significado histórico, social y personal. Sin embargo, cada uno de esos significados le han sido imputados a la institución por siglos de experiencia y alrededor de la reproducción biológica: no es posible crear un compromiso alternativo que comporte un significado paralelo y sustituto en la poesía y el amor. El status de matrimonio capacita a dos personas juntas para crear valor en sus vidas que ellos no podrían haber creado si la institución del matrimonio jamás hubiera existido. Valor que se resume en la civilidad de costumbres que se producen en los hijos reproducidos. Por lo tanto, las parejas homosexuales también quieren tener la misma experiencia.

Las uniones civiles proveen beneficios legales y materiales, pero no les son suficientes pues no proveen la dimensión espiritual del matrimonio. Para mucha gente, esta es una dimensión religiosa, para otros es la tradición histórica y cultural.

El único argumento genuino contra matrimonios gay, refiere el filósofo, tiene la misma forma que el argumento para un pacto de lealtad religiosa: y a ello le opone la defensa de la dignidad personal. Hoy que podríamos mantener el significado y valor de los recursos naturales y artísticos, como es el matrimonio y liberarlo de sujeciones y violencias, pues ambos cónyuges deberían ser iguales en dignidad; resulta que los gay quieren casarse para poseer los bienes y derechos, y para rivalizar con las parejas heterosexuales en las asunciones religiosas y supersticiosas.

Por lo tanto, el argumento más fuerte contra el matrimonio gay surge cuando nos preguntamos: ¿Quién tendría el control, y en qué manera, sobre la cultura moral, ética y estética en la cual nosotros debemos todos vivir y que defina el significado de nuestras instituciones legales y forme nuestras vidas en otras maneras? Es decir ¿Quién y cómo nos representa para hacer decisiones? ¿Alguien que se sabe parte de la evolución biológica y que así nos representa, o alguien que esté dispuesto a violentar nuestra identidad para legislar instituciones que le proporcionarán votos? Es preocupante que en México sólo un partido político se opuso al matrimonio gay, pero por motivos mágico-electorales y sin dar razones.

El complejo cultural está formado por diversas fuerzas: decisiones de la gente acerca de qué produce y consume, que lee o dice, o a qué dios hay para orarle; sin embargo, la cultura también está formada por la ley, es decir, por decisiones colectivas tomadas por legisladores electos, acerca de cómo nos debemos comportar ¿Cómo decidir cuál es el aspecto de la cultura que debería ser influenciado colectivamente, y cuáles deben ser dejados para los procesos orgánicos de decisión individual?

¿Debemos dejar las decisiones a la gente influida por supersticiones para que ellos conformen la cultura, o bien, a ‘representantes’ cuya ignorancia sólo les alcanza para populismos? ¿Debemos dejar que la economía surja de religiones fundamentalistas que reclaman igualdad, para abrir las puertas a empresas transnacionales que hagan realidad derechos que van más allá de las posibilidades biológicas? Más bien, tenemos que recordar nuestros ideales compartidos y principios de dignidad humana, que nos llevan al auto conocimiento biológico. Por dignidad no debemos

aceptar las manipulaciones, ni siquiera de mi cultura colectiva y deliberada, que apunta a afectar las opciones personales y los valores de sus miembros. Esto es subordinación, y no debemos aceptarla, ni siquiera, si suscribo los valores, pues esto sería alienación. *Hoy* la libertad peligra más con la religión que con la economía, pues ésta se sirve de aquella. Este aserto de Dworkin, hoy más que nunca es importante atenderlo.

En una sociedad verdaderamente libre, dice Dworkin, el mundo de las ideas y valores pertenece a nadie y a todos los que se identifican como especie humana. La cultura no se impone por aquellos que no se identifican en lo universalmente humano, aunque estén urgidos de votos para elegirse como 'representantes' inspirados por la ignorancia de los nuevos paradigmas del conocimiento.

No nos es ajeno este problema en México, pues por respeto a la religión, consciente o inconsciente, no se ha incluido en las escuelas y universidades el estudio de la teoría de sistemas vivos y evolución biológica y por lo tanto, no nos es posible salir de la crisis de representación que nos aqueja.



flickr.com

En una sociedad verdaderamente libre, dice Dworkin, el mundo de las ideas y valores pertenece a nadie y a todos los que se identifican como especie humana.

**Carlos Humberto
Durand Alcántara***

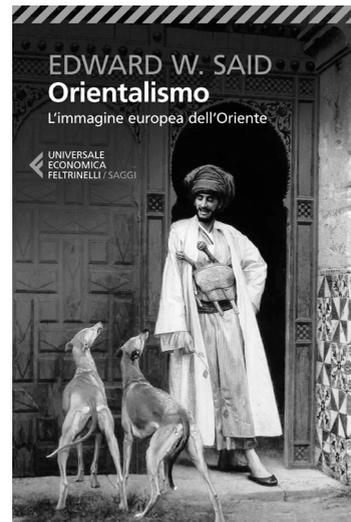
Edward Said, *Orientalismo*,
(ensayo) de bolsillo, 2 da.,
México, marzo de 2016,
Barcelona, Penguin Random,
2002, tendencias de Castillas,
Ma. Luisa Fuentes, 1990, 512 pp.

Gramsci refiere en “Cuadernos de la Cárcel” que el punto de partida de cualquier elaboración ética en la toma de conciencia de lo que uno realmente es; es decir, la premisa “conócete a ti mismo”, en tanto que producto de un proceso histórico concreto”. Por tanto, es un imperativo comenzar por recopilar ese inventario.

Edward Said

Cuán difícil resulta reseñar en unas líneas una obra de la magnitud de *Orientalismo* de Edward Said, texto que sin duda apertura caminos acerca de la otra visión del mundo, aquella que está procurando la *alternancia cultural*, pero sobre todo, en la que se encuentra el rescate del verdadero quehacer de los intelectuales comprometidos con la humanidad, abrir brecha en el reencuentro con la diversidad cultural, respetuosa de su condición humana la que desde la prospectiva del autor se coloca en los márgenes de la descolonización cultural y contra el racismo.

En la actual coyuntura resulta de singular importancia el estudio del tan no lejanamente desaparecido investigador de la Universidad de Columbia, Edward Said, brillante intelectual que nos legó conjuntamente con un selecto núcleo de eruditos (entre otras aportaciones), la filosofía denominada como *post colonialismo*.



www.pinterest.com

* Dr. en Antropología, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM. Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Este aspecto y la proyección de esta obra en particular adquiere en nuestros días especial relevancia en un marco sociopolítico mundial agobiado por las nuevas tendencias imperialistas, que violentan fronteras, invaden territorios y recomponen de alguna manera el “oriente planetario”, así observamos por ejemplo la invasión a Irak, el acecho y ocupación de Afganistán, el cerco a Libia y el asesinato de Muamar el Gadafi, los incesantes bombardeos en Siria, la intentona golpista en Egipto, los vaivenes políticos entre los EUA, Irán y Corea del Norte, y por desgracia un discurso reinante de la hegemonía neoliberal que denosta a los musulmanes, colocándoles en ocasiones como “terroristas,” esto, por tan sólo mencionar algunos ejemplos.

Esta obra se erige como una importante opción analítica acerca de nuestra diversidad social y condición humana, y ¿porqué no? también entabla el debate acerca de la otra prospectiva en que pueden ser ubicadas diversas culturas musulmanas, sintoístas, islámicas, o del oriente europeo o africano [...]

Pero también estos “barruntos a oriente” guardan en la actualidad significados que penden —bajo el pensamiento gramsciano—, de la hegemonía mundial, respecto de la estrategia económica internacional en las que surgen nuevas alianzas del Grupo de los Ocho en regiones del Indostán y China. Valga señalar que Europa llegó a controlar el ochenta por ciento del total del territorio oriental, pero también encontramos implosiones de esta hegemonía, determinadas por el accionar europeo y cuyo trazo fue magistralmente proyectado en su momento por Frantz Fanon y que guarda sus secuelas contemporáneas en procesos que hoy imbrican para el África Oriental, amplias remociones

poblacionales, con sus concomitantes secuelas de pobreza estructural y muerte por inanición entre otras contradicciones.

Esta obra se erige como una importante opción analítica acerca de nuestra diversidad social y condición humana, y ¿porqué no? también entabla el debate acerca de la otra prospectiva en que pueden ser ubicadas diversas culturas musulmanas, sintoístas, islámicas, o del oriente europeo o africano, esto ante el advenimiento de una nueva versión del racismo a ultranza cuya principal faceta desembocó a partir de los acontecimientos aún inexplicables del 11 de septiembre en la Ciudad de Nueva York, y cuya égida se sitúa en la política internacional adoptada por los Bush y que adquirirá proyecciones dramáticas en el frenesí hegemónico mundial por parte de Donald Trump, contexto en el que dados los afanes imperialistas, no es ajeno a lo que concebimos como el oriente mundial.

Finalmente, en este primer apartado es importante establecer que el manejo que hace Edward Said en la utilización de las categorías conceptuales que aluden a “oriente” u “occidente” guardan una acepción de carácter simbólico y descriptivo, sustentando que constituye un reto intelectual lo que significaría la debida acepción de ambas categorizaciones.

I

La red de racismo de estereotipos culturales, de imperialismo político y de ideología deshumanizada que se cierne sobre el árabe o el musulmán es realmente sólido.

Edward Said

En esta obra el autor reflexiona profundamente y deconstruye acerca de los patrones culturales que durante décadas han denominado algunos intelectuales, políticos y politólogos, como *el orientalismo*.

Sin guardar un solo perfil disciplinar este libro eslabona aspectos que se sitúan en la filosofía, antropología, derecho, y en particular en la etnología, la sociología y la filología. Para Said se trata del contexto del devenir histórico de sociedades múltiples y complejas en las que el enmarque geográfico jugará determinado papel, quizás más como un parámetro descriptivo, que propiamente como una vivencia social, así encontramos el “cercano oriente” el “oriente medio”, y el “lejano oriente” y en el que la expansión de la modernidad, el colonialismo y las revoluciones burguesas determinarían el advenimiento —en la post modernidad— de los Estados Nación de “Oriente”.

Al tiempo que Said sitúa el encuadre histórico en que Europa occidental colocó al *orientalismo* y en cuyas adaptaciones culturales se negaba la diversidad social existente en ciertas regiones de Asia, África y la propia Europa (oriental), advierte también, que el conocimiento de dichas poblaciones se fijó en buena medida a partir de criterios provenientes de los viajeros, y de algunas de sus obras.

En el “mejor de los casos” aparece lo oriental, desde Europa, como dotado de “magia” y “extravagancia”, o de tradiciones milenarias, de núcleos tribales que itinerantemente se desenvuelven entre el oasis y el desierto, con sus sempiternos aliados, los camellos, o bien se describen, entre otros talantes, a las mujeres árabes, que en algunos casos se les ubica como “cercanas a la Venus de Milo”, y que entremezclan sus bondades físicas cuasi artísticas, con ropajes de seda.

Pero también está el perfil occidental acerca de sujetos (orientales) malvados, perversos, idolatras que asesinan a mansalva, que son ignorantes, sádicos y violan a las mujeres, además de ser polígamos consuetudinarios, aspecto que al decir de Said propende ya en el contexto de la colonización, digamos en la lógica y el contexto de quienes mandaban y de quienes obedecían.

En los hechos esta visión de lo oriental, no sale del nexo entre conocimiento y poder que crea “al oriental” y que de cierto modo lo elimina como ser humano.

Para mí dice Said [...] “esto no es una cuestión exclusivamente académica, es una cuestión intelectual”.

Siguiendo el autor a Edward William Lane, y refiriéndose, por ejemplo, al supuesto sadismo imaginario de los orientales señala:

Cuando el Sayyid Omar, el Nakib el Ashraf (o jefe de los descendientes del profeta) casó a una de sus hijas, hace unos cuarenta años, delante de la procesión caminaba un hombre joven que se había hecho una incisión en el abdomen y se había sacado gran parte de los intestinos, los cuales llevaba delante sobre una bandeja de plata. Después de que la procesión concluyera, los devolvió a su lugar [...].

II

Desde sus orígenes la idea que sitúa el autor acerca del orientalismo no deja de inscribirse en una descripción ajena a sus simientes, al decir de Marx, al que parafrasea Said, respecto de su ya clásica obra, el *Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, (los orientales) [...] no pueden representarse a sí mismos deben ser representados.

La interrogante salta a la vista ¿de qué manera podrían describir los orientales, un imaginario forjado desde la intelectualidad europea?, y fundamentalmente cuando Clifford Geertz y otros antropólogos que estudió Said refieren una diversidad cultural inmensa que subyace en los tres continentes que simbolizan en algunas de sus regiones el supuesto orientalismo en cuestión (Asia, África, Europa) y que van desde relaciones sociales forjadas en clanes, y también de carácter tribal, hasta otras de mayor complejidad cultural y particularmente religiosa y también incluso, sociedades de estructura clasista. Se trata en todo caso de la adopción en la lógica del discurso de hegemonía y contra hegemonía, de la adopción de lo ajeno, frente a lo que es propio.

Al tiempo que el autor establece el proceso histórico en el cual se contextualizó la idea acerca del oriente, subyace también en su lectura la concomitancia de una intervención económica, de ahí que las colonias más ricas y grandes de Europa radicarán y —algunas aún radiquen— fundamentalmente en esta región del globo terráqueo, por otro lado, siguiendo las consideraciones de Adam Schaff, encontramos en esta obra una construcción del orientalismo desde la lingüística, la que imbrica no tan sólo el enmarque o apropiación de la lengua del otro, sino al decir del autor, el entendimiento de las lenguas orientales como un engarce o bisagra de carácter colonial, fue así como surgieron en diversidad de universidades europeas y norteamericanas centros de estudios de las lenguas orientales, así desde el siglo XVIII, emergió en lo occidental la lingüística orientalista la que al tiempo que advertía la diversidad cultural de las lenguas orientales, advertía también una visión limitada de las etnias, a las que generalizaba y en cuyo entendimiento —de oriente— predominaba el dogmatismo, el positivismo darwiniano con sus concomitantes dotes de racismo y discriminación, en esta tesitura Said siguiendo a Cromer, establece el siguiente ejemplo acerca de la manera que se concebía a aquella región del mundo:

[...] los orientales y los árabes son crédulos, faltos de energía e iniciativa muy propensos a la adulación servil, a la intriga a los ardides y a

la realidad con los animales: los orientales no son capaces de andar por un camino o una acera (sus mentes desordenadas se confunden cuando intentan comprender lo que el europeo lúcido entiende inmediatamente); los orientales son unos mentirosos empedernidos unos letárgicos y desconfiados y son en todo opuestos a la calidad, a la necesidad y a la nobleza de la raza anglosajona.

Para el autor, en la óptica de los europeos, al interpretar al oriente subyacen además tintes de carácter folclórico en donde la incompreensión del otro hace que se mantenga la identidad de supuestas culturas “exóticas” que además devalúan la condición humana —occidental— que pasa por rangos de una polisemia de la vida sexual y en donde ciertos patrones freudianos adquieren determinado significado. Pero este supuesto “exotismo” pasa por la diversidad de patrones de vida, y religiosidad, de las culturas existentes en oriente, así desde occidente, se homologan ciertas visiones del islamismo, y del budismo entre otros.

III

El orientalismo se construyó desde la filología, guardando como fundamento el estudio de las lenguas más importantes de oriente, por ejemplo: mongol, chino, birmano, árabe, numerosos dialectos indios, el hebreo, el pahlavi, el asirio, el babilonio, mesopotámico, javares, pero también, desde la literatura (Cervantes, Hugo-Goethe, FitzGerald, entre tantos otros que analiza Said); fue esta la manera que algunas de las más importantes universidades de Europa occidental y los Estados Unidos impulsan y desarrollan los estudios orientales de los siglos XVIII, XIX, y XX con especial énfasis en lo que denominaron “área cultural”, este espacio de conocimiento fue notoriamente criticado por Said en virtud de su significado alienante que enmarcaba, u homogeneizaba al estilo científico positivista, la diversidad cultural bajo acomodos de carácter biológico a pueblos y sociedades múltiples.

Así se homogeneizaron y vulgarizaron a través de los institutos de ciencia de Inglaterra, Francia o Alemania, por ejemplo, al tibetano, con el cantonés, al persa con el pahlavi y asirio, al egipcio con el hebreo, entre muchos otros, la etnología de la época elaboraba clasificaciones al estilo Linneo sin el más mínimo asomo a la complejidad en que se ubicaban las relaciones humanas en estudio. Pero aún más, la crítica de Said pasa de igual manera por el rasero de las ideologías en donde el autor cuestiona si acaso el fundamento desarrollado a través de las denominadas áreas culturales se sustenta a partir de la hegemonía colonizadora, una vez más se ordenaba la comprensión de las otras culturas —las no occidentales— en virtud de rudimentos que no concernían a los “orientales”.

En esta tesitura el autor nos traslada a un estudio cuasi enciclopédico de la más amplia literatura hacedora del orientalismo visto desde Europa occidental, pasando por las aportaciones castellanas, sajonas, germánicas y francófonas, entre otras. Sin

embargo, Said acomete este sentido “libresco” de conocimiento del otro, cuestionando lo distante que puede estar el orientalismo, basado en muchas ocasiones en notas y simples referencias indirectas. Cercana a la idea de Karel Kosik, el autor despliega la inocuidad de los europeos en la concreción, es decir, dimensionar una condición indispensable en las adaptaciones culturales de las otras culturas [...] el pragmatismo endógeno, en el que por supuesto son los propios protagonistas de su historia quienes fijan la conciencia de sí mismos.

De esta manera, al decir de Said, para ciertos intelectuales de Europa occidental y los EUA, existiría un oriente que se construyó fundamentalmente a partir de textos y de forma exógena a las propias culturas “orientales”, de manera que la otredad, (en este caso la que compete a pueblos y sociedades orientales), no deja de constituir el enmarque ideológico que nos legó el colonialismo, acerca de cómo concebir a las otras culturas, así el orientalismo constituye “una mirada a oriente desde Europa”.

Sin embargo y más allá del discurso hegemónico la obra de Said también es significativa en la medida que advierte una revalorización de ciertos aspectos del orientalismo, como por ejemplo su razonamiento acerca de William Jones (segundo de los proyectos napoleónicos), de quien señala:

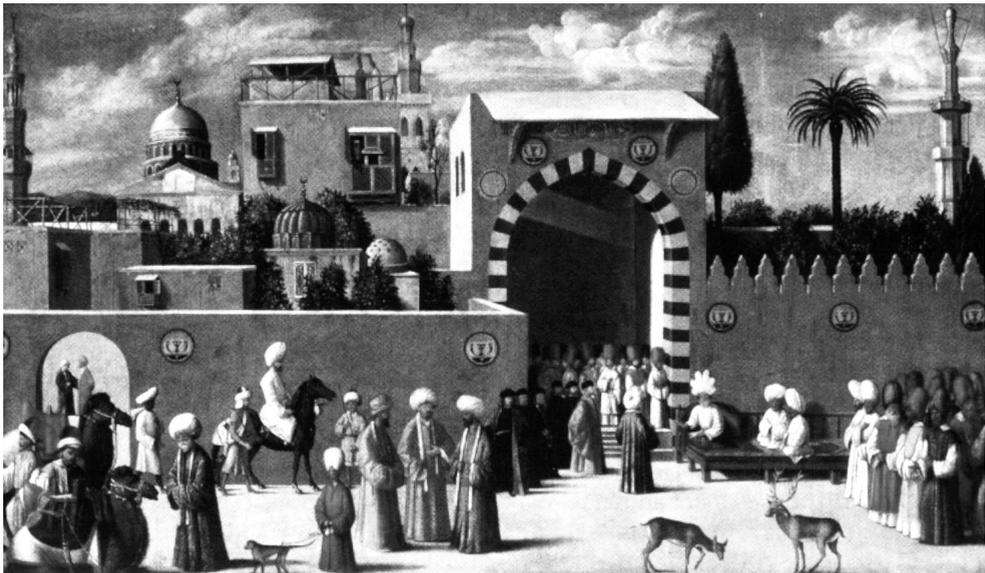
Dominaba el árabe, el hebreo y el persa (era poeta, jurista, tenía mente enciclopédica, era un clasicista, un erudito infatigable, fue nombrado para un puesto honorable en la Compañía de las Indias Orientales) y en cuya obra personal, *Objects of Enquiry During my Residency in Asia*, desarrolló las leyes de los hindúes y de los mahometanos, la política y la geografía moderna del Indostán, el mejor modo de gobernar Bengala, la aritmética, la geometría, y diversas ciencias de los asiáticos, la medicina, la química, la cirugía y la anatomía de los indios, la producción natural de la India, la poesía, la retórica y la moralidad de Asia, la música de las naciones orientales, los negocios, la industria, y la agricultura.

IV

La obra de Said no estaría completa si acaso no hubiese avizorado la reedificación —si concebimos su pre existencia— de un orientalismo desde oriente, en cuya prospectiva no se trata de posibles adaptaciones ortodoxas a la diversidad cultural de oriente, o a su vez, de carácter chauvinista acerca de cómo entender por ejemplo; el islam, la cultura árabe, el pan africanismo o en su caso, una vuelta al pasado de culturas diversas y milenarias del oriente cercano, sino más bien la apuesta del autor es concebir nuevas aportaciones que desde el propio “oriente” pretenden no sólo la alternancia y comprensión de sus culturas sino inclusive el empoderamiento ante discursos hegemónicos, así como el establecimiento de nuevas relaciones en el contexto internacional.

En el epílogo a su libro, elaborado seis años después de su publicación, Said considera que se ha mal interpretado su obra a partir de criterios que pretenden ubicar su esfuerzo anticolonial, como la defensa de los árabes y musulmanes, como así acontece por ejemplo con la visión digamos de “ortodoxia ecuménica árabiga”, con la que por supuesto el autor no concuerda.

Sin caer en la laxitud, la obra de Edward Said constituye sin duda una gigantesca aportación en el contexto del debate intelectual, acerca, tanto de una nueva relación entre pueblos y sociedades a nivel mundial, así como en la configuración de elementos para el estudio de sociedades diferenciadas en las que han subsistido circunstancias de carácter asimétrico colocando en el contexto de la pervivencia humana una nueva eticidad y en cuyo cuño prevalece, por encima de discursos hegemónicos, tanto la diversidad cultural, como la convivencia respetuosa de los pueblos. Esto no hace que la obra de Said no delimite contradicciones fundamentales que se sitúan a la relación entre oriente y occidente como una relación de poder y de intercambio desigual, proceso en el que está imbricado el Estado colonial-imperial.



Síntesis de las reglas de funcionamiento interno
para la presentación y corrección de originales de la revista *Alegatos*

alegatos

A. La revista tiene como objetivos

Publicar los avances de investigación y aportaciones al conocimiento científico-humanístico, relacionados con problemas jurídicos y políticos nacionales e internacionales.

Las fechas para la publicación de la convocatoria serán fijas para todo el año.
Procurar la presentación de un número monográfico al menos una vez al año.

Fecha para publicar la convocatoria	Para el número
Último día de enero	mayo/agosto
Último día de mayo	septiembre/diciembre
Último día de septiembre	enero/abril

B. La revista organiza su contenido en las siguientes secciones:

- Doctrina
- Artículos especializados de investigación
- Notas críticas sobre jurisdicción, legislación y jurisprudencia
- Reseñas críticas sobre libros y documentos

C. Lineamientos para la presentación y corrección de originales

Extensión. La extensión de los trabajos para las secciones doctrinas y artículos especializados será de 10 cuartillas mínimo, y máximo de 30; para notas críticas será de un máximo de 8 cuartillas; y para reseñas será de entre 3 y 4 cuartillas, a doble espacio en todos los casos.

Aparato bibliográfico y hemerográfico. La bibliografía y hemerografía se presentarán en la parte final del artículo, una seguida de la otra. El registro se adecuará al modelo tradicional. Cuando las citas se refieran a una revista o publicación colectiva, el título del artículo irá entre comillas y en cursivas el de la revista o libro.

Sistema de notas. Éstas serán al pie de página.

Forma de entrega. Los autores deberán presentar sus trabajos en CD acompañados con dos impresiones, en versión Word para Windows, realizando un sumario, y anexando un resumen de 10 renglones máximo, y bibliografía.

D. Del proceso de dictamen

El Comité Editorial realizará una primera selección de los artículos que cumplan con los requisitos formales y de contenido, así como de aquellos que se ajusten a las prioridades temáticas de la publicación. Tendrán preferencia los artículos de los profesores de la UAM.

Una vez integrada la lista de artículos que a juicio del Comité Editorial reúnan las condiciones para su publicación, ésta se presentará en la reunión correspondiente para la designación de dictaminadores según la temática del trabajo. Las propuestas de artículos presentadas por los miembros del personal académico del Departamento de Derecho, serán turnadas invariablemente a dictaminadores externos.

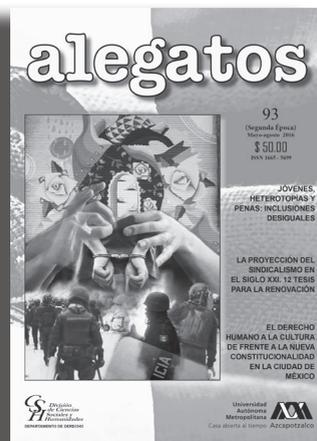
El Comité Editorial dará a conocer la aceptación, rechazo o sugerencias de los dictaminadores sobre los proyectos de artículos. En caso de que el dictamen del artículo no llegue a tiempo, el mismo se publicará en el siguiente número, garantizando la secrecía entre autor y dictaminador, para garantizar la imparcialidad del dictamen.

El Comité Editorial tomará en cuenta que los artículos especializados, resultado de la investigación, sean dictaminados con base en el desarrollo sistemático de la misma, la contribución al conocimiento en el campo respectivo, la aportación novedosa a la ciencia jurídica o a las disciplinas relacionadas con el Derecho, la importancia de los problemas que se abordan y las expectativas de desarrollo de alguna o diversas líneas de investigación.

alegatos

Suscríbese a la revista cuatrimestral **alegatos** por:

- \$140.°° En el D.F.
- \$150.°° En el interior de la república.
- \$25.°° USD En América Latina.
- \$30.°° USD En el resto del mundo.



Formas de pago: - Cheque certificado a nombre de la Universidad autónoma Metropolitana
- Efectivo

Información y ventas:



Apartado postal 32-031, C.P. 06031, México, D.F.



SUSCRIPCIONES

Fecha: _____

Adjunto cheque certificado por la cantidad de: _____ a favor de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA, por concepto de suscripción y/o pago de (_____) ejemplares de la revista a partir del número (_____).

Nombre: _____

Calle y número: _____

Colonia: _____ Código postal: _____

Ciudad: _____ Estado: _____

Teléfono: _____

- Si requiere factura, favor de enviar fotocopia de su cédula fiscal

Datos fiscales:

Nombre: _____ RFC: _____

Calle y número: _____

Colonia: _____ Delegación o Municipio: _____

Código postal: _____ Ciudad: _____

Estado: _____

Alegatos

Número 94

En su formación se utilizaron tipos:

Times New Roman, Bold, Italic y Stacato de 8, 10 y 11 puntos.

Impresión en offset, medida final 17 x 23 cm.

Interior: 172 páginas a 1/1 tintas sobre papel cultural de 75 gr.

Forro en cartulina sulfatada 1 cara de 12 pts.

Encuadernación rústica cosida.

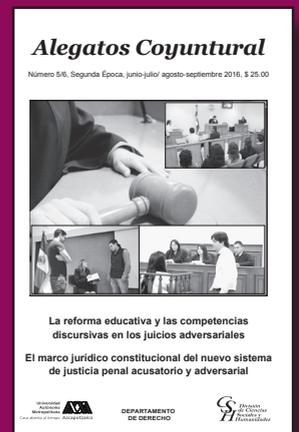
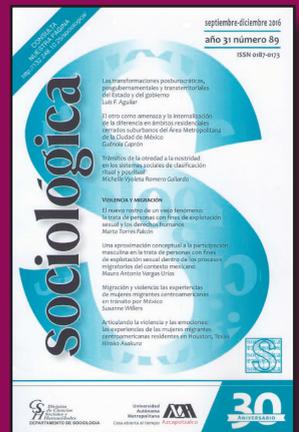
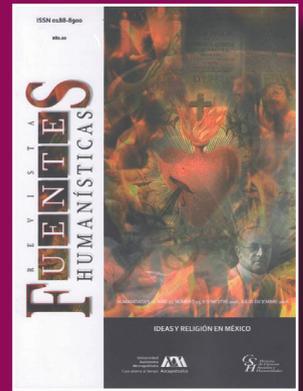
K edición e impresos

Aruco sur 15, Col. Izcalli jardines
Ecatepec de Morelos, Edo. de México,
CP 55050, México.

La edición consta de 1 000 ejemplares

enero de 2017

PUBLICACIONES DE LA UAM



alegatos 94

(Segunda Época)
(septiembre - diciembre 2016)

Sección Doctrina

- La Constitución a debate 529 *Alejandro del Palacio Díaz*
- El sistema de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales. Apuntes necesarios 537 *Yeney Acea Valdés*
- Matrimonio igualitario: un derecho violentado en Chiapas 557 *Karla Beatriz García Arteaga
Fabián Ricardo Acero Galindo
Arcadio Zebadúa Sánchez*
- Los progresos recientes en el desarrollo del derecho ambiental mexicano: del comando y control a la reparación del daño ambiental 571 *José Juan González Márquez
Ivette Montelongo Buenavista
Anayeli C. Cedeño León*
- El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades 603 *Antonio Salcedo Flores*

Sección Artículos de Investigación

- El derecho agrario en México en la era del nuevo imperialismo. Pérdida y readecuación de su sentido social 625 *Alejandro Santiago Monzalvo*
- Realidad de la mediación en las leyes de hidrocarburos y de la industria eléctrica 647 *Martha E. Estrada González*

Sección Reseñas y Documentos

- Manuel Bartlett Díaz y Rosío Vargas, *Reforma energética: el poder duro y consensado para imponerla*, México, Senado de la República, diciembre, 2012 667 *Nicolás Domínguez Vergara*
- Ronald Dworkin, *Tres cuestiones para América, (Three Questions for America)* 673 *Liliana Fort Chávez*
- Edward Said, *Orientalismo*, (ensayo) de bolsillo, 2 da., México, marzo de 2016, Barcelona, Penguin Random, 2002, tendencias de Castillas, Ma. Luisa Fuentes, 1990, 512 pp. 679 *Carlos H. Durand Alcántara*

ISSN 2007-6936

