

# Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz Ortiz

**Marla Daniela RIVERA MOYA**  
**José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ**

*Coordinadores*



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Universidad Autónoma de Tlaxcala

TEMAS Y TÓPICOS JURÍDICOS A PROPÓSITO  
DE SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 888

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Miguel López Ruiz  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Mauricio Ortega Garduño  
*Elaboración de portada*

# TEMAS Y TÓPICOS JURÍDICOS A PROPÓSITO DE SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

MARLA DANIELA RIVERA MOYA  
JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ

*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA  
México, 2020

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 7 de febrero de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-2863-9 (versión electrónica)



SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	XI
Marla Daniela RIVERA MOYA	
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	

### DERECHO CONSTITUCIONAL

La sistematización de la defensa de la Constitución . . . . .	3
Favian AQUIAHUATL DENICIA	
La división de poderes y los orígenes de las asambleas parlamentarias en Europa . . . . .	27
José Antonio ESCUDERO	
Consulta indígena: tema sensible de nuestra constitucionalidad . . . . .	43
José Ramón GONZÁLEZ CHÁVEZ	
Democracia, derechos humanos y legitimidad política . . . . .	65
Fabio LARA CERÓN	
La indisoluble (pero olvidada) conexión entre política y derechos. . . . .	85
Marla D. RIVERA MOYA	

### DERECHO PENAL

La justicia restaurativa en el derecho mexicano . . . . .	99
Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ	
Género y justicia penal: el derecho penal visto desde un enfoque in- cluyente . . . . .	123
Sofía M. COBO TÉLLEZ	

Reinserción social, realidad o utopía . . . . .	135
José Roberto Armando ESPINOZA JUÁREZ	
Administración de la privación legal de la libertad (corresponsabilidad en el sistema de justicia penal) . . . . .	149
Mario GALÁN	
Protección de personas y recompensas: fórmulas para la prevención y combate a la delincuencia organizada. . . . .	169
Germán GARCÍA MONTEALEGRE	
Nuevas tendencias penológicas: hacia la <i>penología del control</i> . . . . .	187
Borja MAPELLI CAFFARENA	
Una aproximación al <i>criminal compliance</i> desde los principios procesales: cuestiones críticas y propuestas iniciales . . . . .	203
Carlos NATARÉN NANDAYAPA	
Acción penal ejercida por particulares . . . . .	213
Elías POLANCO BRAGA	
El cambio de paradigma . . . . .	233
José ZAMORA GRANT	

## DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL

La justicia constitucional tributaria . . . . .	255
Leopoldo Rolando ARREOLA ORTIZ	
Soberanías nacionales y principios del derecho internacional. . . . .	273
Genaro Salvador CARNERO ROQUE	
La transformación del sistema interamericano de derechos humanos. . .	287
Raymundo GIL RENDÓN	
Represión política y derechos humanos en los estados mexicanos . . .	297
Mario Demetrio PALACIOS MORENO	



Derecho a la educación como una política de prevención para fortalecer la seguridad humana . . . . .	321
Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ	
El amparo como garantía del derecho a la educación. . . . .	339
José María SOBERANES DÍEZ	

### INVESTIGACIÓN, METODOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

Hacia la epistemología jurídica aplicada a las instituciones políticas: reflexiones de una década . . . . .	357
Raúl ÁVILA ORTIZ	
El derecho ¿está en crisis? . . . . .	371
Paolo COMANDUCCI	
Consideraciones en torno a la investigación jurídica. . . . .	383
Julio César KALA	
José Ángel MÉNDEZ RIVERA	
La teoría de la argumentación jurídica y la necesidad de su aplicación en el derecho mexicano. . . . .	399
Carlos Alberto MACEDONIO HERNÁNDEZ	
Los “tres niveles epistemológicos del derecho”: ¿una metodología o una teoría del derecho? Algunas reflexiones sobre metodología y teoría jurídicas en la obra de Serafin Ortiz Ortiz . . . . .	421
Omar VÁZQUEZ SÁNCHEZ	

### OTROS TÓPICOS

Il futuro del lavoro e il suo diritto . . . . .	437
Raffaele DE GIORGI	
Algunos lineamientos esenciales en torno a los concursos mercantiles. . . . .	459
Miguel Ángel ORTIZ	

La seguridad social en México y el mundo . . . . .	471
Rodolfo ORTIZ ORTIZ	
Participación del sector privado en el Sistema Nacional de Combate a la Corrupción . . . . .	487
Alejandro ROMERO GUDIÑO	
La erección de la ciudad de Tlaxcala . . . . .	503
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
¿Qué nos dice hoy el pensamiento de Pagano? . . . . .	513
E. Raúl ZAFFARONI	

### TESTIMONIOS

Serafin Ortiz. Semblanza de un jurista, educador, servidor público y político avecindado en Tlaxcala . . . . .	529
Luis GONZÁLEZ PLACENCIA	
Palabras en homenaje al doctor Serafin Ortiz Ortiz . . . . .	535
Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE	

## PRESENTACIÓN

El 4 de noviembre de 1988, Serafín Ortiz Ortiz, a los venticinco años de edad, impartió su primera clase en la Maestría de Política Criminal en la entonces Escuela Nacional de Estudios Profesionales (ENEP) Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México, año en el que también fue contratado por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, en donde realizó sus estudios de licenciatura. A su corta edad, su interés por la docencia era notorio, y además, su firme decisión por el estudio del derecho penal y la criminología, pues para ese entonces había regresado de la Universidad de Zulia, en Venezuela, en donde realizó sus estudios de maestría en ciencias criminológicas.

Años más tarde, incursionó formalmente en el mundo de la investigación, y se doctoró en la Universidad Nacional Autónoma de México. Pasó poco tiempo para que ingresara al Sistema Nacional de Investigadores, al que pertenece desde 1993. A partir de esa fecha, Serafín Ortiz demostró un apasionado interés por la educación no sólo de Tlaxcala y de su país, sino también de otros horizontes del mundo, pues sus actividades en distintas universidades e instituciones propiciaron que su labor como investigador, y más tarde, cuando ocupó algunos cargos de dirección en diversas áreas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, reflejaran su perspectiva vanguardista, innovadora y siempre en pro de su entorno, compartiendo sus ideas y conocimientos.

La argumentación jurídica y los derechos humanos han sido también parte de sus disciplinas de estudio, ya que, por una parte, fue defensor de los derechos humanos y presidió la Comisión en la materia del estado de Tlaxcala, y, por la otra, impulsó la inclusión de la argumentación jurídica como asignatura de los posgrados y de la licenciatura en derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, pues visualizó la importancia de la materia para el actual Estado constitucional de derecho.

En 1995, Serafín Ortiz, un hombre de ciencia, buscaba que en Tlaxcala, desde su alma máter, se innovara; por ello, con la unión de esfuerzos fundó el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJUREP), y, con ello, el Doctorado en Derecho, y trajo a sus aulas a juristas de talla nacional e internacional. Buscaba, pues, la producción de conocimiento desde la peri-

feria, a través de un espacio en el que no sólo participaran renombrados estudiosos del derecho de otros estados mexicanos o de otros países, sino que de sus aulas egresaran investigadoras e investigadores de excelencia, con lo cual ha puesto en alto el nombre de la UATx y de Tlaxcala. Es así como actualmente el Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica, además de ser un posgrado nacional de calidad, es un referente en la producción de conocimiento jurídico en el estado, en la región, en el país y en otras latitudes del mundo.

Entre otras actividades dentro de la UATx, Serafín Ortiz se desempeñó como coordinador general del CIJUREP, como director de la Facultad de Derecho, como secretario académico, hasta ocupar el cargo de rector de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Siendo rector, privilegió siempre la educación de excelencia como eje transformador de nuestra sociedad, a través de la implementación del modelo educativo humanista integrador basado en competencias; en este proyecto visualizó la necesidad de formar universitarios no sólo competitivos, sino también con sentido humanista, elemento característico de Serafín Ortiz.

Sus actividades no se han circunscrito a Tlaxcala, que sin ser su estado natal lo ha adoptado como tal, sino que también ha realizado actividades en la procuración de justicia en el Congreso del estado, sumando a esto su participación como docente, miembro de comités doctorales y ponente en diversas universidades de casi la totalidad de los estados de la República. Serafín Ortiz es un intelectual mexicano que desde sus inicios supo posicionar sus ideas más allá de las fronteras territoriales, con la plena convicción no sólo de generar nuevos conocimientos, sino también de compartirlos.

Desde el CIJUREP hemos buscado rendir homenaje al hombre, al investigador y al docente que desde hace más de tres décadas ha mostrado su compromiso por mejorar su entorno desde los diversos espacios en los que se ha desempeñado. Serafín Ortiz es sin duda el alma del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, quien sin importar el transcurrir de los años sigue impulsando con su convicción innovadora y humanista las actividades que desde aquí desarrollamos para contribuir en la transformación de nuestro entorno.

Con motivo de sus más de treinta años como profesor universitario, sus colegas y amigos de México y de otros países hacemos patente nuestra admiración y afecto a través de este volumen, que además expresa el compromiso que todos sentimos hacia la ciencia que nos identifica: el derecho.

Rendir homenaje a una persona en vida se ha convertido en una de las formas más genuinas de aprecio y gratitud por sus contribuciones a la humanidad... en este caso hemos buscado que ese propósito se cumpla, pues

PRESENTACIÓN

XIII

logramos que todos los que reconocemos en Serafín Ortiz a una gran persona, pero sobre todo, a un extraordinario académico e investigador, expresemos en unas cuantas líneas ese aprecio.

Muchas gracias, Serafín Ortiz Ortiz, por todas sus contribuciones para la ciencia del derecho, pero, sobre todo, por demostrarnos que las grandes ideas pueden traspasar fronteras y generar grandes cambios, ¡felicidades por sus treinta años como docente de este país!

Marla Daniela RIVERA MOYA  
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

# DERECHO CONSTITUCIONAL

## LA SISTEMATIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Favian AQUIAHUATL DENICIA\*

SUMARIO: I. *Conformación de la defensa de la Constitución.* II. *Justicia constitucional.* III. *Fuentes de información.*

### I. CONFORMACIÓN DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo con Fix-Zamudio,<sup>1</sup> se han utilizado diversos vocablos, de manera indiscriminada, para significar la configuración de instrumentos tutelares de normas fundamentales, cuando existe incertidumbre, desconocimiento, conflicto e inclusive violación de los propios preceptos de las cartas supremas, así como de la disciplina científica que se ocupa de su estudio.

Uno de los conceptos que conocemos más comúnmente es el de justicia constitucional; sin embargo, también podemos encontrar algunas denominaciones que se refieren a lo mismo; por ejemplo: jurisdicción constitucional, defensa de la Constitución, garantías constitucionales, protección constitucional, entre otras, y que precisamente me ocuparé de sistematizar con la finalidad de tener un mejor entendimiento y claridad de la defensa de la Constitución, que hoy día es objeto de preocupación constante no sólo de los estudiosos del derecho, sino también de los cultivadores de la ciencia política.

La palabra “defensa” me parece un concepto con amplitud superior a los demás calificativos a los que me refería en la parte superior; por lo tanto, creo que debe ser el punto de partida. ¿Por qué justicia y no protección? El término “justicia” tiene que ver con cuestiones que tiendan a que los derechos sean justiciables y no se conviertan en letra muerta; es decir, la justicia

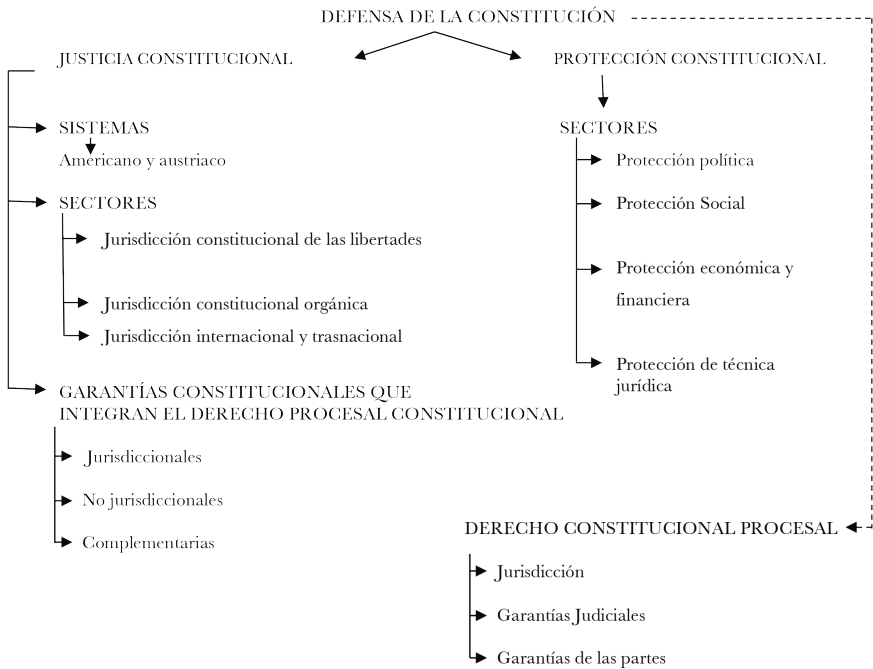
---

\* Docente de licenciatura y posgrado; actualmente, es académico de tiempo completo titular nivel “B” en el CIJUREP.

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 2001, p. 284.

supone procesos que restablezcan el derecho constitucional violado, a diferencia de la protección constitucional, que dibuja una muralla lista para los embates inconstitucionales, pero que de ser atravesada no prevé procesos para hacer justicia.

Para iniciar el desarrollo del presente documento de investigación, me parece importante esquematizar la sistematización de todo el aparato de defensa constitucional, mismo que iré expiniendo paso a paso, con la única finalidad de proporcionar la orientación necesaria para este breve artículo, y que con un esfuerzo atrevido he venido desarrollando en los últimos años de mi vida académica de la siguiente manera:



## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. Precedentes históricos de la justicia constitucional

#### A. Edward Coke

Después de haber hecho un análisis minucioso con el afán de ordenar la evolución histórica de la justicia constitucional, y con la influencia principal-



mente, entre otros, del distinguido jurista Domingo García Belaunde,<sup>2</sup> esta ciencia se remonta en realidad a principios del siglo XVIII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del doctor Thomas Bonham (1610), afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del rey, sentando así las bases de lo que posteriormente fue el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, la idea de Coke, fuertemente anclada en el pensamiento iusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud a tal extremo, que si bien es discutible que Coke haya creado el control de la constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico, que según opiniones de juristas, esto contribuyó a la creación del derecho constitucional de los Estados Unidos.<sup>3</sup>

### B. *John Marshall*

La sentencia más famosa de los Estados Unidos de América es de 1803 y que, a la postre, habría de inaugurar el singular modelo de la *Judicial review*, o sea, revisión judicial, es la relacionada al caso *Marbury vs. Madison*. El fallo tiene un profundo significado universal, por ser la que afirma la técnica del control de la constitucionalidad de las leyes.

Es necesario hacer un breve resumen sobre la sentencia antes citada, y por ello dedicaré unas líneas a lo antes expuesto.

John Adams, siendo presidente de los Estados Unidos, le propuso a John Jay, quien era el primer presidente del Tribunal Supremo de la Nación (1789-1795) que siguiera en el mismo cargo; esto es, que fuera reelecto. Era el año 1800. Jay, sin embargo, había rechazado mantenerse nuevamente en el cargo.

A su criterio estaba convencido de que el tribunal no obtendría la energía, el peso y la dignidad esenciales para prestar el debido apoyo al gobierno nacional.<sup>4</sup> En vista de ello, y ya que en los tramos finales de la presidencia de John Adams, éste hizo dos nombramientos con aprobación del Senado

---

<sup>2</sup> García Belaunde, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2002, t. I, pp. 199 y 200.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>4</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1995, p. 161.

que fueron a la última hora. Por un lado, nombró a John Marshall como *Chief Justice* del máximo organismo jurisdiccional de los Estados Unidos: el Tribunal Supremo de la Federación. Marshall, en realidad, era uno de los hombres de confianza del saliente presidente Adams. Igualmente nombró a otro miembro de su partido: a Marbury para el cargo de juez federal del distrito de Columbia.

Luego del gobierno de John Adams, le sucedió en la presidencia el mandatario Jefferson. En estas circunstancias, el decreto de nombramiento para el cargo de juez federal aún no había sido enviado a Marbury. Fue así como éste había solicitado que se le entregara la credencial correspondiente. La credencial debía ser otorgada por el secretario de Estado, que recaía en la persona de Madison, nombrado por la administración del presidente Jefferson y calificado como uno de los más notables de su partido. Sin embargo, éste se resistía a cumplir con entregar a Marbury su decreto de nombramiento del gobierno saliente. Y, en honor a la verdad, era el mismo presidente Jefferson quien había ordenado a Madison que retuviera la credencial.

Frente a tales hechos, Marbury entabló una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de *mandamiento* (*With the mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpliera en el sentido de entregar el decreto de su nombramiento, invocando una ley, la *Judiciary Act* de 1789, que permite en casos semejantes, expedir tales nombramientos.

La sentencia del tribunal, presidida por Marshall, reconoció el nombramiento a Marbury y el derecho que le asistía a que se le notificara dicha credencial; igualmente reconoció que tal notificación no es un poder discrecional del presidente y del secretario de Estado. Pero luego razonó también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo era sólo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789, al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librara órdenes a la administración, resultaba inconstitucional, y el propio Tribunal Supremo debía declarar inaplicable por esta razón. El fallo en realidad conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, pero en este caso no sobre alguna ley específica, sino sobre la *Judiciary Act* de 1789. La sentencia entendía, pues, que dicha competencia contradecía a la Constitución, sobre base de lo cual, inaplicándola, el Tribunal Supremo rehusó pronunciarse y declaró en terminología actual la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Eto Cruz, Gerardo, "John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison", *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 22 y 23.

Carlos S. Nino<sup>6</sup> ha sostenido que la sentencia de Marshall en Marbury puso de manifiesto una lógica, en apariencia arrolladora, que la denomina la lógica de Marshall y que se presenta a continuación:

Premisa 1: El deber del órgano judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desecharo la otra.

Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, esta segunda deja de ser una ley válida.

Premisa 5: La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución, dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

Premisa 6: El Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida, carece de fuerza obligatoria.

En suma, una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el órgano judicial. Este razonamiento jurídico a criterio de Nino parecería plenamente válido: si se reconoce la supremacía de la Constitución, de allí se sigue necesariamente el control judicial de constitucionalidad; los jueces no deben aplicar las normas contrarias a la Constitución. Sin embargo, Nino también sostiene que dicha lógica no puede ser tan sólida. El hecho de que una norma, según Nino, no sea ley de acuerdo con lo establecido por la Constitución no quiere decir que ella no sea obligatoria, de acuerdo tal vez a cláusulas tácitas, pero contingentes de la misma Constitución.<sup>7</sup>

El gran marco del modelo norteamericano de jurisdicción constitucional con el que inaugura la célebre sentencia en comentario, reposa, sin lugar a dudas, en la Constitución estadounidense, y esta *Lex Superior*, como se sabe, no se limitó a enunciar derechos formales y a confiar que los poderes públicos los respetarán, sino que se elabora un marco garantista imprescindible del control judicial que debe afirmar la presencia de jueces neutrales e inamovibles, totalmente aislados del proceso político, con el poder y deber de anular la actuación pública, a petición de cualquier ciudadano,

---

<sup>6</sup> Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, CEC, Cuadernos y debate, 1991, p. 100.

<sup>7</sup> *Idem.*

si el magistrado reputa que aquélla viola los derechos fundamentales en la Constitución.

Así, la *judicial review* es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente en todas las áreas del derecho, ya que la *judicial review* se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier juez, en cualquier instancia y tratándose de cualquier materia. Es algo así como un principio constitucional que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está en juego cualquier interés.

### C. *Hans Kelsen*

Interesa aquí, en estas notas, hacer el rescate de un gran jurista que, aunque muy conocido en el mundo del derecho por sus diversos aportes y reflexiones, poco se sabe o se ha divulgado en torno a sus contribuciones y estudio en este campo.

Nos referimos al gran sabio austriaco Hans Kelsen, quien sin proponérselo y, como lo destaca Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,<sup>8</sup> por los años cuarenta, se le denominó el mentor de la justicia constitucional, que a la postre se identifica también como derecho procesal constitucional.

Sí quisiéramos establecer una fecha como aquella en la cual se inició una revisión más rigurosa de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales, podríamos señalar la famosa polémica entre dos destacados juristas. Por una parte, el clásico libro de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*) (literalmente, el protector de la Constitución), cuya primera edición apareció en Alemania en 1931 y que fue traducido en el mismo año por Manuel Sánchez Sarto con el título *La defensa de la Constitución*. Por otra parte, debe mencionarse la réplica a esta obra por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer Soll der Hüter der fassung sein?* (*¿Quién debe ser el protector de la Constitución?*).<sup>9</sup>

En el ya clásico trabajo de Hans Kelsen sobre el defensor de la Constitución, en su memorable polémica con Carl Schmitt, de la cual ya se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se subraya la necesidad de establecer garantías que debían promoverse frente a los órganos constitucionales ca-

---

<sup>8</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, México, UNAM, 1991, pp. 214 y 215.

<sup>9</sup> Fix-Zamudio, Héctor. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, UNAM, 1994, p. 11.

paces de provocar infracciones y también la conveniencia de que el órgano que defendiera a la Constitución no fuera el mismo que pudiera violarla.<sup>10</sup>

Sin embargo, también es de mencionar que las instituciones y órganos de conflictos constitucionales son muy anteriores al estudio sistemático de Kelsen, y para ello, podemos invocar la revisión judicial norteamericana que se consolidó en los primeros años del siglo XIX, especialmente con el conocido caso *Marbury vs. Madison*, decidido por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos y redactado por su presidente John Marshall en 1803.<sup>11</sup>

La paternidad de Kelsen en cuanto a la disciplina, sin ser un cultivador del procesalismo científico, se debe en parte a la promoción para el establecimiento de la Corte Constitucional en la Constitución austríaca de 1920, y también en otra parte, al haber establecido los lineamientos, principios e instituciones de la nueva disciplina que hoy muchos conocen con el nombre de derecho procesal constitucional, que por cierto, la idea de justicia constitucional ha ido cediendo paso a la denominación anterior.

En la segunda posguerra el modelo de la Constitución federal austríaca y su Corte Constitucional impulsada por Kelsen, mencionada en el párrafo anterior, se extendió de manera notable, si se toma en consideración que, además del tribunal especializado austríaco, se crearon Tribunales o Cortes Constitucionales en las Constituciones de Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961-1982); en la antigua Yugoslavia (1963-1874); Portugal (1966-1982); España (1978); Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje), y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional Francés, que se inició como un órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional. Aun cuando la materia de conocimiento de dichos tribunales es muy amplia, pues deciden conflictos de competencia y de atribución entre los diversos órganos políticos, así como las controversias entre las entidades centrales y regionales o federativas, especialmente en cuanto a la constitucionalidad de disposiciones legislativas; una de sus atribuciones más importantes ha consistido en la protección de

---

<sup>10</sup> Soberanes Fernández, José Luis, "Presentación", *Justicia constitucional comparada*, Centro de Estudios Constitucionales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México-Centroamérica, 1993, p. 7.

<sup>11</sup> La traducción al castellano de esta clásica sentencia pudo consultarse en la *Revista Mexicana de Derecho Político*, México, 1975, pp. 331-334; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, pp. 80-89.

los derechos humanos, tanto los consagrados en las Constituciones como en los tratados internacionales.

En años recientes, el paradigma europeo continental se ha extendido de manera considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este que anteriormente seguían el modelo soviético, como ha ocurrido por medio de reformas o expedición de nuevas Constituciones en Polonia (1982-1986) y la nueva Constitución de 1997; Hungría (1989); Bulgaria y Rumania (1991); Checoslovaquia (1991-1992), ahora dividida en las Repúblicas Checa y Eslovaca (1993). Inclusive en la República Federativa Rusa, formada al desaparecer la Unión Soviética, se introdujo en octubre de 1991, una Corte Constitucional que tuvo una actuación importante como tribunal de conflictos entre el Parlamento y el presidente Yeltsin (1993). En la Constitución Rusa, aprobada por referéndum el 12 de diciembre de 1993, se consolida la Corte Constitucional (artículo 125). También la Constitución sudafricana provisional de 1994 y definitiva de 1997, establecieron una Corte Constitucional, la que, entre otras actividades importantes, formuló un dictamen sobre el proyecto de la última Constitución mencionada.<sup>12</sup>

Kelsen, sin duda alguna, fue el gran jurista que logró aportar un rico filón jurídico a la ya vasta, pero inagotable, cantera del derecho. Corresponde a los juristas contemporáneos perfilar con el debido rigor epistemológico los alcances de esta disciplina.

## 2. *Sistemas americano y austriaco*

En primer lugar, es preciso examinar el sistema que ha sido calificado como “americano” no sólo por haberse establecido en sus lineamientos esenciales en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (con antecedentes en la legislación, y en la jurisprudencia de las colonias inglesas en América), sino también por haber servido de paradigma a la abrumadora mayoría de los países americanos, de Argentina a Canadá.<sup>13</sup>

En principio, este sistema americano de la *Revisión Judicial* de la constitucionalidad de las leyes es posible caracterizarlo como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto, la inaplicabilidad de

---

<sup>12</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Estudio preliminar a la traducción castellana de la obra de Paolo Biscaretti di Ruffia”, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28.

<sup>13</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993, p. 66.

las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.

Es válido decir aquí, que esto funciona como principio básico, al grado de que el norteamericano J. A. Grant afirma que es una contribución de las Américas a la ciencia política.<sup>14</sup>

Sus elementos esenciales consisten en la facultad otorgada al órgano judicial sobre el control difuso (es decir, a todos los jueces sin importar su jerarquía), para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes y aún de oficio por el juez que conozca del asunto, en una controversia concreta; lo que de manera incorrecta se ha calificado como “vía de excepción”, pero lo que los procesalistas italianos han denominado, con mejor técnica, como “cuestión prejudicial”<sup>15</sup> si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (procesalmente hablando) de la controversia principal en la cual se plantea.

Un factor muy importante consiste en los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, y se traduce en la desaplicación de la propia ley en ese caso concreto, ya que el fallo únicamente surte efectos entre las partes de la controversia en la cual se planteó o surgió la cuestión de inconstitucionalidad.<sup>16</sup>

Una segunda categoría de control podemos calificarla como “austriaca”, si se toma en cuenta que surgió en la Constitución austriaca de 1920, como es bien sabido, en virtud de la participación del insigne Hans Kelsen.

En forma sencilla y esquemática caracterizaremos el sistema que la doctrina ha denominado “austriaco” según lo expuesto en el párrafo anterior, mismo que también se ha denominado europeo continental (por la influencia que ha tenido sobre los tribunales constitucionales europeos), como la atribución a un órgano especializado denominado Corte o Tribunal Constitucional,<sup>17</sup> para decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos de autoridad, cuestiones que no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios, ya que deben plantearse en la vía principal por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, o en forma indirecta por los jueces o tribunales que care-

---

<sup>14</sup> *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.

<sup>15</sup> Fix-Zamudio Héctor, *op. cit.*, nota 13, p. 66.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>17</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 60-67.

cen de facultad para resolver sobre la constitucionalidad del ordenamiento aplicable, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado, cuando declara la inconstitucionalidad tiene efectos generales, es decir, implica ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad, o en el plazo que fije el propio tribunal constitucional.

De tal manera, si se examinan en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso en relieve de manera penetrante el notable procesalista Florentino Piero Calamandrei,<sup>18</sup> cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente difuso, incidental, especial y declarativo, y viceversa, al que califica como autónomo, es decir, el austríaco es concentrado, principal, general y constitutivo.

Así, mientras el modelo kelseniano, austríaco o europeo es de carácter concentrado, en la medida en que existe un único órgano que ejerce jurisdicción constitucional; el modelo americano es de carácter difuso, en cuanto no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, ya que cualquier juez, sin importar su jerarquía, puede resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. El modelo europeo es de carácter principal ya que se plantea en vía de acción, a través de un juicio especial que es una acción de inconstitucionalidad de las leyes; en el modelo americano es de carácter incidental, porque los problemas de constitucionalidad no pueden plantearse en vía principal, sino en el seno de un proceso ordinario siempre y cuando las partes lo planteen, aunque también en algunos países adscritos al modelo americano, se plantea de oficio por el juzgador. En el modelo europeo los efectos de la sentencia son de carácter general; en el modelo americano, los efectos son de carácter especial y funcionan para el caso concreto (interpartes). Esto, sin embargo, no siempre es así, pues llegado el caso, se puede presentar la situación del precedente judicial.

### 3. *Sectores*

Toca en estas líneas hacer memoria del distinguido comparatista italiano Mauro Cappelletti, quien ha desarrollado una gran aportación al Estado y a mí en lo particular, derivado de sus estudios nos ha convencido con sus argumentos de la justicia constitucional, con la única finalidad de obtener

---

<sup>18</sup> *Idem.*



nuevas conjeturas al respecto y lograr de manera sencilla aportes importantes a la ciencia jurídica y a la ciencia política; Cappelletti aborda de manera ingeniosa tres dimensiones o sectores del derecho procesal constitucional, aclarando que esta perspectiva nos facilita su estudio y en la práctica se encuentran íntimamente relacionados.<sup>19</sup>

El primer sector ha recibido la denominación por parte del propio Cappelletti como jurisdicción constitucional de la libertad, calificativo que introdujo en su clásico libro del mismo nombre publicado en Italia en 1955,<sup>20</sup> y que ha servido para comprender todos los instrumentos establecidos en las Constituciones para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados, y que ha recibido una atención preferente debido a esta época contradictoria en la que, por un lado, se preconizan vigorosamente los derechos humanos, y por la otra, se violan por los detentadores del poder público.

La jurisdicción constitucional de la libertad está integrada por un conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales, dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individuales y sociales. Se trata de un sector extraordinariamente complejo que resulta difícil de sistematizar; no obstante, hemos hecho el intento de señalar varios de éstos en dos direcciones: en primer lugar, en cuanto a la naturaleza misma de los diversos instrumentos, y, en segundo término, por lo que se refiere a los sistemas relativos a los ordenamientos que pertenecen a distintas familias jurídicas.<sup>21</sup>

Una segunda categoría, se ha denominado jurisdicción constitucional orgánica, ya que comprendería el análisis de los instrumentos establecidos para resolver los conflictos o controversias entre los diversos órganos de poder, calificados por Carl Schmitt de “litigios constitucionales”,<sup>22</sup> puesto que se refieren al alcance de las atribuciones y competencia que la ley funda-

---

<sup>19</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 14.

<sup>20</sup> *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955, con varias ediciones posteriores (trad. de Héctor Fix-Zamudio, con el título *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, 1961).

<sup>21</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987, p. 216. También este artículo fue publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXVIII, núm. 110, mayo-agosto de 1978, pp. 337-366.

<sup>22</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México, UNAM, 1952, pp. 132-139.

mental señala para dichos órganos, advirtiéndose con mayor claridad en los países donde existe descentralización territorial, ya sea federal o regional, en los cuales es preciso decidir sobre los conflictos en los órganos centrales y los locales sobre sus respectivas competencias.<sup>23</sup>

Finalmente, un tercer aspecto, el más reciente, es el que se refiere a las controversias sobre la aplicación de las disposiciones constitucionales en relación con las normas de carácter internacional o comunitario con las que se encuentran vinculadas, debido a la adhesión de los gobiernos nacionales, a los convenios internacionales o comunitarios con los cuales se encuentran vinculados. Este aspecto fue destacado por Mauro Cappelletti en varios de sus trabajos recientes,<sup>24</sup> y podemos calificarlo como jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario.

#### 4. *Garantías constitucionales (derecho procesal constitucional)*

Por lo que respecta a las garantías constitucionales y retomando la idea de Couture,<sup>25</sup> éstas son garantías constitucionales en cuanto protegen y defienden a la Constitución, pero necesitan proceso, por ello integran el derecho procesal constitucional, y es precisamente ahí donde el constitucionalismo se viste de proceso.

La expresión científica de *derecho procesal constitucional*, sin embargo, ha sido utilizada por Couture en sus *Estudios de derecho procesal civil*,<sup>26</sup> por el propio Alcalá Zamora y Castillo,<sup>27</sup> y de una manera sistemática por Fix-Zamudio desde sus primeros ensayos publicados en 1956 y que desarrolla a lo largo de las décadas siguientes hasta su obra *Derecho constitucional mexicano y comparado*,<sup>28</sup> explicando por qué utiliza esta denominación por la óptica del procesalismo científico, perfilando su contenido y delimitando su ámbito con respecto a otra disciplina estrechamente vinculada aunque con diverso contenido, que denomina *derecho constitucional procesal* y que será materia de análisis en un estudio diferente.

---

<sup>23</sup> Fix-Zamudio Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 320 y 321.

<sup>24</sup> *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, cit., pp. 213-242.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, nota 23, p. 321.

<sup>26</sup> En la tercera parte del tomo I de esta obra, se refiere a los “casos de derecho procesal constitucional”.

<sup>27</sup> *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 49

<sup>28</sup> *Op. cit.*, nota 19, p. 12.

Estimamos, por consiguiente, que si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture y Cappelletti han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado su sistematización científica específicamente con dicha expresión desde hace un poco más de medio siglo, en 1956.<sup>29</sup>

De esta forma, se afirma que el derecho procesal constitucional constituye la rama más reciente de la ciencia procesal, que se encarga esencialmente del estudio sistemático de las garantías constitucionales en su sentido contemporáneo, es decir, esta disciplina comprende el análisis de aquellos instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos de poder.

En cuanto a su contenido, existen discrepancias entre los cultivadores de esta disciplina. Así, Sagüés, Gozaíni y Bidart Campos, aunque con ciertas variantes y matices, le otorgan un campo más extenso al abarcar en general a las instituciones procesales reguladas por las normas fundamentales, mientras que para Fix-Zamudio su ámbito se reduce estrictamente a las garantías constitucionales, dejando aquella parcela a la otra rama señalada con anterioridad, que denomina *derecho constitucional procesal*, distinción que han seguido y aceptado varios autores, como Rey Cantor y Rodríguez Domínguez, lo cual demuestra que a pesar de los avances hacia la consolidación de esta disciplina, todavía falta afianzarla en cuanto a su contenido y categorías fundamentales.<sup>30</sup>

Por lo anterior, se puede proponer entonces una organización de las garantías constitucionales de la siguiente manera:

- a) Jurisdiccionales: aquellas que se ventilan ante el órgano judicial y sus resoluciones son de carácter obligatorio (México: juicio de amparo, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, juicio de revisión de los derechos políticos electorales y juicio de revisión constitucional electoral).
- b) No jurisdiccionales: aquellas que no se ventilan ante el órgano judicial y sus resoluciones pueden ser vinculatorias o no como es el caso de las recomendaciones del ombudsman.
- c) Complementarias: pueden ser de carácter político.

---

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 14

## 5. *Protección constitucional*

### A. *Protección política de la Constitución, y la reformulación de la tradicional teoría de la división de poderes*

Esta idea se apoya en el principio de la división de poderes, actualmente en crisis, en su formulación original, debido a que ya no se concibe con la misma rigidez inicial, sino “como una distribución de facultades entre órganos del Estado necesitados todos ellos de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas”, distinción y supremacía de poderes, o bien, como una forma de equilibrio recíproco (*equilibrium of powers*).<sup>31</sup>

Uno de los puntos de partida, es la hipótesis de que si una Constitución no está bien diseñada, que resulte de una adecuada ingeniería constitucional, es muy difícil que un sistema político funcione, ya que no es suficiente el cambio de hombres en el gobierno, ya sea en cualquiera de los órganos clásicos del Estado mediante la simple “alternancia en el poder” o por la “legalidad electoral”, ni por el “respeto irrestricto” de la voluntad ciudadana o de los derechos humanos, ya que éstas son simples declaraciones de buena fe, que no garantizan el adecuado funcionamiento de los órganos del Estado, sino que es necesario un sistema de pesos y contrapesos que supere a la tradicional división de poderes, puesto que actualmente se hacen necesarios otros órganos de poder, con facultades de control y vigilancia, que limitan a los órganos clásicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.<sup>32</sup>

En México, existen órganos constitucionales autónomos, tal y como señalamos en páginas anteriores, que, aunque no están reconocidos expresamente en la Constitución con esa denominación de “órganos constitucionales autónomos”, sí están previstos.

Como podemos dar cuenta, esta reorganización del Estado mexicano se encuentra desarrollada, aunque faltaría su reconocimiento explícito, tal como sucede con la Constitución colombiana, que en su artículo 113 expresa:

Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que la integran, existen otros autónomos e independientes

<sup>31</sup> Gil Rendón, Raymundo, “¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 2, invierno de 2000-2001, p. 11.

<sup>32</sup> Gil Rendón, Raymundo, “La nueva forma de organización del poder en México: Reingeniería constitucional”, disponible en <http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis/archivos/arta2.pdf>, Junio de 2004, p. 13.

para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Para México, un claro ejemplo es la Constitución del Estado de Veracruz, que al capítulo VI le ha denominado “De los organismos autónomos del Estado”, e incluye en este espacio a la: Fiscalía General del estado, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, la Comisión Estatal para la Atención y Protección de los Periodistas, el Instituto Veracruzano de Acceso a la Información, así como al Órgano de Fiscalización Superior.

El ilustre maestro Héctor Fix-Zamudio<sup>33</sup> ya ha mencionado que lo importante en la actualidad no consiste en la separación de las tres funciones esenciales del poder del Estado: administración, legislación y jurisdicción, sino el empleo de esta separación para encomendar dichas funciones a diversos organismos con el objeto de evitar la concentración del poder, mediante la simulación recíproca, que es la finalidad que le atribuyen los promotores del principio; es decir, John Locke y en particular Carlos Luis de Secodant, barón de Montesquieu, quien influyó decisivamente en las primeras Constituciones en sentido moderno, es decir, las expedidas en los Estados Unidos y en la Francia revolucionaria, en virtud del concepto de *checks and balances* o *checks and controls* o como recientemente denomina la doctrina *equilibrium of powers*, equilibrios recíprocos y sistema de pesos y contrapesos,<sup>34</sup> que no obstante las profundas transformaciones de los regímenes contemporáneos no deben dejar de considerar como un principio válido y necesario.

Lo que ha ocurrido en realidad es que el dogma trinitario de tres funciones distintas y un solo poder verdadero se ha modificado profundamente en nuestra época, y se ha vuelto mucho más complejo al agregarse otros elementos y formas de limitación del poder; por ello, es válido estar de acuerdo con las destacadas observaciones del connotado tratadista español Manuel García Pelayo, en cuanto considera que no puede afirmarse que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica de los poderes carezcan de significación, sino que simplemente han modificado su sentido, en cuanto tienen la función de contribuir a la racionalidad del Estado democrático, introduciendo factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales, y de obligar a los grupos

<sup>33</sup> Fix-Zamudio Héctor, *op. cit.*, nota 13, p. 261.

<sup>34</sup> Comentarios del doctor Raymundo Gil Rendón, en la clase de Derecho procesal constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo del Posgrado de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala-CIJUREP en febrero del 2001.

políticamente dominantes a adoptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, objetivando así el ejercicio del poder.<sup>35</sup>

Como consecuencia de los cambios mencionados con anterioridad, se ha pretendido descubrir nuevas formas de distribución de facultades del Estado, y el mismo García Pelayo considera digna de mención la teoría del jurista alemán W. Steffani,<sup>36</sup> quien distingue las siguientes categorías: *a)* división horizontal, que coincide con la tripartición clásica; *b)* la división temporal, o sea la duración limitada y la rotación del ejercicio del poder público; *c)* la división vertical o federativa, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales; *d)* división decisoria, y en esto coincidimos con Lowenstein, quien consideró que la tripartición clásica debería sustituirse por otra moderna, también en tres sectores: 1) la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*), 2) la ejecución de la decisión (*policy execution*), y 3) el control político (*policy control*);<sup>37</sup> *e)* división social de poderes entre los estratos o grupos de la sociedad, que en la idea del notable tratadista francés Maurice Duverger, expuso la sugestiva teoría de la división entre el poder del Estado, que significa el fenómeno contemporáneo de la concentración de los poderes de decisión en los mismos órganos, aun cuando después se distribuye en varios sectores (gobierno, asambleas, tribunales) y el que califica de poder tribunicio, en recuerdo de las facultades de intercesión del tributo romano, que resultan del poder público de oposición en contra de los gobiernos mayoritarios y que no sólo pueden impedir, sino inclusive influir en las decisiones de la mayoría.

Lo anterior nos lleva a mencionar brevemente los recientes estudios que se han elaborado sobre el papel de la oposición en la toma de decisiones de los órganos de poder cuyos titulares corresponden al sector político mayoritario y, por ello, la citada oposición actúa como un mecanismo de contrapeso y de limitación respecto a dichos órganos. Este principio se puede aplicar al órgano legislativo mexicano actual, sólo en cuestiones de pesos y contrapesos, pero eso no garantiza que las decisiones ahí tomadas sean las mejores.

Son varios los ordenamientos contemporáneos que han institucionalizado a la oposición, otorgándole una verdadera función constitucional cuya

<sup>35</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 13, p. 263.

<sup>36</sup> La obra de Steffani citada por García Pelayo se intitula “Gewaltenteilung un denokratisch-paralistischen Rechtsstaat” (La división de poderes de un Estado de derecho democrático y pluralista) aparece en la obra citada por Rauch H., *Zur heutigen problematik der Gewaltentrennung* (sobre problemática actual de separación de los poderes), Darmstad, 1969, p. 329.

<sup>37</sup> Lowenstein, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1965.

actividad es necesaria para canalizar la opinión contraria a la de la mayoría, así como su participación en las decisiones esenciales de carácter jurídico-político, incluso la posibilidad de una orientación alternativa.

### B. *Protección social*

Este medio también denominado por Fix-Zamudio como “La institucionalización de los factores sociales: grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos. Los grupos de interés, de presión o de poder, o como les llama Fernando Lasalle en su obra *Qué es la Constitución*: los “factores reales de poder”, y que Maurice Duverger calificara como el “Poder Tribunicio” (tribuno de la plebe en Roma), son un sector importante en la división de las funciones, por su participación activa en la toma de decisiones políticas, en la democracia representativa y que ahora se califica como participativa; representa, por lo tanto, una forma de protección social al orden constitucional.

Una de las partes que más interesa es la institucionalización jurídica de tales grupos, inclusive, en las normas de las Constituciones contemporáneas, y debemos recordar que fue en nuestra Constitución federal mexicana de 1917, la que elevó a rango fundamental el reconocimiento de los derechos de la personalidad jurídica de los sectores más débiles, es decir, de los trabajadores y campesinos, a través de los sindicatos y de las comunidades agrarias, dotándolos de mecanismos jurídicos para la defensa de tales derechos.

Son extremadamente complejos los mecanismos que permiten la participación de los grupos sociales, ya sea de interés, de presión o los inarticulados (titulares de los llamados intereses difusos), en la defensa de sus derechos constitucionalmente establecidos, por lo que, como en ocasiones anteriores y por la imposibilidad de hacer referencia a los más importantes, sólo destacaremos algunos de ellos: *a*) la utilización de instrumentos de democracia semidirecta para decidir sobre las reformas constitucionales o para iniciarlas, y *b*) la formación de consejos económicos y sociales como organismos de consulta y de defensa de los derechos e intereses constitucionales de los grupos sociales.

Entre las instituciones de democracia semidirecta para la defensa de los valores supremos de carácter constitucional, podemos citar el *referéndum constitucional*, a través del cual los diversos sectores se pronuncian sobre las modificaciones al texto constitucional, para aprobarlas o rechazarlas, decidiendo

así la conservación o el cambio en los citados valores jurídicos fundamentales; institución que se consagra entre otros ordenamientos en las cartas fundamentales de Italia de 1948 (artículo 138), la francesa de 1958 (artículo 11) y la austríaca de 1920, restablecida en 1945 (artículo 46).<sup>38</sup>

Además del anterior, se ha establecido otro instrumento de creación jurídica constitucional, con el nombre de *iniciativa popular*, prevista por el artículo 71 de la Constitución italiana de 1948,<sup>39</sup> y por los artículos de la Constitución suiza de 1847. Además, se han propuesto para la democracia representativa, las figuras como el plebiscito y la revocación de mandato.

Es de mencionar que en algunas Constituciones locales, como es el caso de Veracruz y Tlaxcala, se han instituido estos instrumentos. Nos referimos al plebiscito, al referéndum, la iniciativa popular y la revocación de mandato, aunque vale la pena hacer la siguiente apreciación de acuerdo con Giovanni Sartori en el sentido de que si bien es cierto que estos instrumentos son democratizadores de una sociedad, también es cierto que en culturas como la nuestra, se corre un peligro, puesto que habrá que plantearnos si estamos preparados de verdad para usar estos instrumentos como se debe, o si se ocuparían como instrumentos manipuladores de la opinión pública, es decir, valorar la capacidad de la no intervención en la orientación de la decisión ciudadana por parte de los detentadores del poder para sacar un provecho de éste, o si estaríamos dispuestos a dejarlos funcionar al margen de nuestros intereses políticos.

Otro instrumento que nos puede servir de ejemplo es el de la formación de consejos económicos y sociales para la tutela de los derechos e intereses constitucionales de sus integrantes, ante los órganos del Estado, los cuales generalmente están obligados a consultarlos antes de tomar medidas que los afecten.

El régimen jurídico de los partidos políticos se aproxima al sector de la protección social, primero, debido a que la actividad de los propios partidos influye decisivamente en la práctica de los sistemas de gobierno establecidos por su Constitución y, en segundo lugar, porque la regulación normativa de los propios partidos se incorpora de manera creciente a las disposiciones fundamentales.

---

<sup>38</sup> Biscaretti di Rufia, Paolo, *Diritto costituzionale*, 12a. ed., Napoli, 1981, pp. 167-196, además, el excelente análisis intitulado “L’esperienza regionale ed i problema degli enti locale”, en el libro de los tratadistas italianos Paolo Barile y Carlo Macchitella, *I nodi della Costituzione*, Torino, 1979, pp. 142-148; y el agudo estudio de Antonio la Pergola, “Federalismo y regionalismo: el caso italiano”, *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1978, pp. 167-196.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 412 y 413.



### C. *Protección económica y financiera*

Un tercer instrumento protector está relacionado con la regulación constitucional de los recursos económicos y financieros, para evitar que sean utilizados de manera discrecional por los órganos del Estado, especialmente por el Ejecutivo, al cual corresponde la dirección de la política de los recursos del Estado. Por este motivo, la mayoría de las Constituciones contemporáneas contienen varias disposiciones y en algunos casos, capítulos especializados sobre esta materia, que se pueden agrupar bajo la denominación de “derecho constitucional económico”.<sup>40</sup>

En los ordenamientos constitucionales occidentales, calificados también de capitalistas o burgueses, se consagra constitucionalmente el principio de lo que se ha llamado como *economía de mercado o economía mixta*, en la que se pretende lograr un equilibrio entre los sectores privados que conservan ciertos factores de la producción y dirección pública de la economía. Al respecto, podemos señalar como ejemplo a la Constitución española de 1978,<sup>41</sup> sin que se excluya tampoco la posibilidad de la planificación económica, pero esta última no tiene carácter de obligatoriedad absoluta como en los regímenes socialistas, sino que se considera de carácter indicativo, sin que ello signifique que sea potestativa.

Uno de los instrumentos que pueden tutelar con mayor eficiencia las disposiciones económicas fundamentales son los organismos técnicos permanentes que reciben los nombres de *Tribunales de Cuentas y Contralorías Generales*, pues no obstante el nombre de los primeros, sus funciones no son jurisdiccionales, sino en mínima parte; ya que su actividad está dirigida al análisis de los recursos económicos financieros que manejan los organismos públicos.

Por lo que respecta a los propios Tribunales de Cuentas, es posible señalar como ejemplos, los regulados por las Constituciones de la República Federal de Alemania (artículo 114, inciso 2), de Italia (artículo 100), de Portugal (artículo 219) y de España (artículo 136), los cuales realizan una actividad permanente en el examen y fiscalización de las cuentas y de gestión económica del Estado, y en términos generales dependen, con cierto grado

---

<sup>40</sup> Fix-Zamudio Héctor, *op. cit.*, nota 13, p. 269.

<sup>41</sup> Moriso, Máximo, “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis”, en la obra colectiva dirigida por Alberto Pedreira y Eduardo García de Entera, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 363-407; García Cotarelo, Ramón, “El régimen económico-social de la Constitución española”, en la obra colectiva coordinada por Tomás Ramón Fernández, *Lecturas sobre la Constitución española*, 2a. ed., Madrid, 1979, t. I, pp. 60-83.

de autonomía, de los organismos legislativos, ante los que rinden sus informes sobre las infracciones y responsabilidades en que hubieran incurrido los funcionarios encargados de los manejos de los recursos públicos.

#### D. *Protección de técnica jurídica*

##### a. Supremacía constitucional: artículo 133 constitucional

La supremacía constitucional debe considerarse como el principio básico de todo sistema jurídico, como se ha demostrado al establecer una jerarquía normativa indispensable, así como el fundamento de validez de todo el ordenamiento a partir de las disposiciones de carácter constitucional. Sin embargo, por razones prácticas, por los antecedentes de la vida jurídica colonial y la doctrina del magistrado inglés Edgard Cope, este principio fue consagrado primeramente en el artículo VI de la Constitución Federal de Estados Unidos, y se le otorgó eficacia al famoso caso *Madison versus Marbury* (1803), del cual ya hemos abundado en las líneas iniciales de este trabajo y como ya mencionamos, el presidente de la Suprema Corte Federal John Marshall consideró que toda norma legislativa contraria a la Constitución federal era nula y sin ningún valor.

De allí que el sistema jurídico constituya un ordenamiento de normas concatenadas jerárquicamente, por relaciones de subordinación y coordinación, que le permiten lograr la unidad necesaria a todo ente; lo cual, requiere como lógico colofón, la existencia de sistemas de control que garanticen la supremacía de la norma fundamental y ratifiquen o descalifiquen la validez formal y/o sustancial de las normas inferiores, en la medida que reconozcan o no, su inserción en la escala jerárquica que lleva la norma fundamental.

Ya sea que hablemos de sistemas políticos, judiciales o mixtos, si atendemos a la naturaleza del órgano controlante o que aludamos a los controles difusos o concentrados en los sistemas judiciales, en ambos casos siempre nos estaremos refiriendo a los mecanismos que vehiculizan la atribución de declarar la inconstitucionalidad formal o sustancial de cada norma. Por lo tanto, no podemos hablar de principio de supremacía constitucional si no lo hacemos, simultáneamente, de sus pertinentes sistemas de control, garantías fundamentales sin las que el Estado constitucional y democrático de derecho no puede alcanzar plena vigencia.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, UNAM, 2002, p. 217.

Una de las características constitucionales que permiten la determinación de un régimen democrático en los sistemas iberoamericanos —sostiene Héctor Fix-Zamudio— es el relativo a los instrumentos de justicia, la cual debe permitir a través del control de la constitucionalidad, desarrollar efectivamente los valores supremos de carácter democrático contenidos en la Constitución.<sup>43</sup>

En México, actualmente, la supremacía constitucional se ha venido configurando a través de un conjunto de argumentos constitucionales; sin embargo, a nuestro parecer los argumentos los encontramos en los artículos 128 de la Constitución cuando se refiere a la protesta constitucional por parte de los servidores públicos; el 133 que dispone la jerarquía de las leyes colocando a nuestra Constitución por sobre toda la demás legislación en cuanto las hace dependientes existencialmente de la propia Constitución sin perder de vista las implicaciones de la convencionalidad del derecho señalada en el artículo 1o. de nuestra ley suprema; el 135, del cual nos ocuparemos en el siguiente apartado y que se refiere al proceso difícil de reforma, y por último el 136, que tiene que ver con la inviolabilidad de la Constitución por parte de alguna rebelión, es decir, por parte de una minoría.

#### *b. Rigor de reformas*

El principio de rigor de las reformas a la Constitución es complementario del principio de supremacía, ya que, si se modifican en la misma forma que las leyes ordinarias, se desmeritaría el carácter supremo de la Constitución.

El procedimiento de reforma, que también por primera vez fue consagrado en la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 (artículo V), dio lugar a la clásica teoría del jurista inglés James Bryce,<sup>44</sup> que ha tenido una extraordinaria aceptación sobre las Constituciones rígidas y flexibles; las primeras, que actualmente son la inmensa mayoría de los documentos constitucionales, no pueden reformarse sino a través de un procedimiento especial y dificultado; y las segundas, cuyo paradigma ha sido el ordenamiento británico, implica que las modificaciones a las disposiciones que se consideran fundamentales, pueden realizarse en la misma forma y con el mismo procedimiento de expedición de las leyes ordinarias.

<sup>43</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, *Anuario Jurídico*, México, t. IX, 1982, p. 416.

<sup>44</sup> “Constituciones flexibles y Constituciones rígidas”, citado por Madrazo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1996, pp. 414 y 415.

Si bien la división entre estos dos sectores es bastante gráfica, no corresponde a la realidad política, si tomamos en cuenta que mientras las instituciones políticas británicas cambian muy lentamente, muchas de las constituciones rígidas y escritas se modifican con frecuencia, como ocurre particularmente en Latinoamérica (la Constitución federal mexicana de 1917, es significativa en este sentido, pues ha sido objeto de más de setecientas reformas).

Las particularidades que se dan en el proceso de modificaciones a la Constitución, se refieren a una mayoría especial con que deben aprobarse las reformas y la intervención que se da a las legislaturas de los estados. La iniciativa de reforma debe pasar a las comisiones, en especial a la de gobernación y puntos constitucionales, para su dictamen; existe la posibilidad de que ellas dispongan su archivo. No hay un procedimiento señalado, o mayorías especiales para el funcionamiento de las comisiones para el caso de esa forma de reformas.<sup>45</sup>

### III. FUENTES DE INFORMACIÓN

#### *Bibliográficas*

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, México, UNAM, 1991.

ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto y VALENCIA CARMONA, Salvador, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a ed., México, Oxford, 1999.

BISCARETTI DI RUFÌA, Paolo, *Diritto costituzionale*, 12a. ed., Napoli, 1981.

CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, con varias ediciones posteriores, trad. de Héctor Fix-Zamudio, con el título *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, 1961.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, ts. I, II y III, 2002.

---

<sup>45</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford, 1999, p. 194.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Estudio preliminar a la traducción castellana de la obra de Paolo Biscaretti di Ruffia”, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- FIX-ZAMUDIO Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, *Anuario Jurídico*, México, t. IX, 1982.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, 1994.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993 y 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, t. I, 2002.
- GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1995.
- GRANT J., A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.
- HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, UNAM, 2002.
- LOWENSTEIN, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarre, Barcelona, 1965.
- NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, CEC, Cuadernos y Debate, 1991.
- SCHIMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México UNAM.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Presentación”, *Justicia constitucional comparada*, México, Centro de Estudios Constitucionales, México-Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

### *Hemerográficas*

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 57, enero-marzo de 1965.

GIL RENDÓN, Raymundo, “¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?”, *Revista Derecho y Cultura*, México, núm. 2, invierno de 2000-2001.

### *Internet*

GIL RENDÓN, Raymundo, “La nueva forma de organización del poder en México: reingeniería constitucional”, disponible en: <http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis/archivos/arta2.pdf>, junio de 2004.

## LA DIVISIÓN DE PODERES Y LOS ORÍGENES DE LAS ASAMBLEAS PARLAMENTARIAS EN EUROPA

José Antonio ESCUDERO

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *La aparición de los parlamentos en Europa.*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el capítulo 6 del libro 11 de *El espíritu de las leyes*, el barón de Montesquieu escribió lo siguiente:

En cada Estado hay tres suertes de potestad: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del Derecho de gentes, y la potestad ejecutiva de las que dependen del Derecho civil. Por la primera, el príncipe o el magistrado hace leyes, por algún tiempo o para siempre, y enmienda o abroga las hechas. Por la segunda, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad precave las invasiones. Por la tercera, castiga los delitos o juzga los litigios de los particulares. Llamaremos a esta última la potestad judicial, y a la otra simplemente la potestad ejecutiva del Estado.

Se refiere así el jurista francés a las tres potestades o poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Y luego añade:

Cuando la potestad legislativa está reunida a la ejecutiva en una misma persona o cuerpo de magistratura, entonces no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo Senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese anexa a la potestad legislativa, sería arbitraria la facultad de disponer de la vida y libertad de

los ciudadanos, puesto que el juez sería legislador. Si estuviese unida a la potestad ejecutiva, podría el juez tener la fuerza de un opresor.<sup>1</sup>

Estos textos constituyen hoy un dogma político, el dogma de la división de poderes, reconocido como inexcusable para la correcta ordenación del Estado. Ahora bien, esos poderes arrancan de tiempos pretéritos y se han ido conformando con el paso del tiempo, a veces como distintos unos de otros, dándose así episódicamente una relativa separación de ellos, pero de ordinario mezclados y confundidos. Recordemos, por ejemplo, que el Consejo del Rey, órgano típico del Poder Ejecutivo, fue también en los siglos medievales y modernos un supremo tribunal de Justicia (caso, por ejemplo, del Consejo de Castilla en España).

Con estos tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y puesto que vamos a ocuparnos más detenidamente luego del origen de las asambleas políticas representativas, es decir, de las cortes y parlamentos, que representan el intento de hacer independiente al Poder Legislativo, veamos como introducción un somero panorama del origen y desarrollo de los otros poderes, Ejecutivo y Judicial, para volver a continuación al Legislativo y a esas asambleas políticas que dictan las leyes.

De entrada, procede anticipar que la institución que tiene que ver con el arranque de los tres poderes es la antiquísima *curia regia*. Ya en la Alta Edad Media, los reyes aparecen en los distintos reinos de Europa rodeados por un séquito de magnates, seglares y eclesiásticos, que de una u otra forma —prestando su consejo o ejerciendo determinadas funciones— colaboran en la gobernación del reino y figuran junto al monarca a la hora de juzgar y dictar las leyes. En la primitiva etapa altomedieval, nobles y eclesiásticos monopolizan esas juntas, conocidas como *curias*, en las que, como es sabido, cabe distinguir dos tipos: la pequeña asamblea de regular composición —la *Curia ordinaria* o *reducida*—, que vive junto al rey y mantiene habitual relación con él, y otra mucho más amplia —la *Curia extraordinaria* o *plena*—, convocada en ocasiones especiales para asuntos de singular importancia (declaraciones de guerra, matrimonios regios, decisiones gubernativas trascendentales, etcétera), a la que también son llamados los próceres nobiliarios (duques, condes) o los eclesiásticos (obispos, priores) que habitan en los territorios del reino. En un panorama político en el que el rey lo es todo o casi todo, y encarna todos los poderes, la *curia ordinaria* es el antecedente directo del Poder Ejecutivo, pero tiene también estrecha relación con el Judicial. La *Curia ex-*

---

<sup>1</sup> Texto recogido de la *Antología de fuentes del antiguo derecho*, t. II del *Manual de historia del derecho español* de A. García-Gallo, Madrid, 1984, núm. 1160.



*traordinaria* dará lugar a su vez a los parlamentos, sede del Poder Legislativo y órgano de control del Ejecutivo.

La *Curia ordinaria* está formada por el grupo de nobles y eclesiásticos que viven junto al monarca, de ordinario en palacio, y le asesoran en la administración y gobierno cotidiano del reino (*day to day administration*, dice algún documento de las Curias inglesas). En España esa *Curia ordinaria* fue en cierto modo continuación del antiguo *Senatus* de la monarquía visigoda.<sup>2</sup> Pero lo importante es que la *Curia ordinaria*, reunida una y otra vez a lo largo de los años, llegó a cristalizar en otra institución, el Consejo del rey, con el que los monarcas gobernaron sus reinos (Castilla, Aragón, Navarra, etcétera) en la Edad Media y en los primeros siglos de la Edad Moderna. Habrá así una red de Consejos de ámbito territorial: los de esos reinos y los de los territorios a los que se expandió la monarquía (Consejo de Italia, de Portugal, de Flandes) y, por supuesto, el más importante Consejo de Indias para el gobierno de América y ultramar. A esos Consejos se suman otros en función de su competencia material (Hacienda, Inquisición, Órdenes, Cruzada) o para atender todo lo relativo a nombramientos, gracias y mercedes (los Consejos de Cámara). Y se crearon también, en el proceso de institucionalización del Estado en la Edad Moderna, los Consejos de Estado y Guerra, para el gobierno general de la monarquía y las cuestiones bélicas. El conjunto de Consejos formará una superestructura llamada polisindial, o régimen de varios sínodos, con la que los reyes gobiernan el Estado durante los siglos XVI y XVII. La antigua *Curia ordinaria*, convertida en Consejo del rey, será así el germen y antecedente de esa multiplicidad de consejos o régimen polisindial, que en el siglo XVIII habrá de ser sustituido por el ministerial vigente hasta nuestros días.<sup>3</sup> Por lo demás, el que

---

<sup>2</sup> Valdeavellano, L. G., *Curso de historia de las instituciones españolas*, Alianza Universidad, 1982; Thompson, E. A., *Los godos en España*, Alianza, 1979.

<sup>3</sup> Una propuesta de ordenación de los Consejos, según sus competencias, en mi *Curso de historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 4a. ed., Madrid, 2012, cap. 39, pp. 742 y ss. La más reciente y completa exposición del aparato de la Administración central de los Austrias en su conjunto es la de Barrios, F., *La gobernación de la Monarquía de España, Consejos, Juntas y secretarías de la Administración de Corte (1556-1700)*, Madrid, 2015. Para el estudio de la mecánica de gobierno a través de las consultas, véase el informado libro de Polo Martín, Regina Ma., *Consejos y consultas. La consulta como instrumento de gobierno en la Monarquía hispánica del Antiguo Régimen. Un estudio jurídico-institucional, con especial referencia al Consejo de Castilla*, Fundación BBVA, 2018.

El paso del régimen polisindial o de Consejos al de Secretarías del Despacho o Ministerios lo estudié en mi libro *Los Secretarías de Estado y del Despacho*, 4 vols., 2a. ed., Madrid, 1976. Ese proceso puede resumirse así: siglos XVI-XVII, régimen polisindial o de Consejos; siglo XVIII, coexistencia de ese régimen polisindial en declive y del ministerial, o de los Secre-

el Consejo del rey, competente en todos los asuntos de gobierno, tenga atribuciones judiciales, no es un fenómeno exclusivo de España, sino común a buena parte de Europa. En Francia, por ejemplo, asumiendo el monarca la suprema autoridad judicial, como máxima autoridad en cualquier ámbito, y siendo imposible que el rey mismo dirima todo tipo de pleitos, se distinguirá entre la llamada “justicia delegada”, que el rey confía normalmente a los tribunales, y la “justicia retenida”, que administra el monarca bien por sí mismo o a través del Consejo. Por eso, a fines del siglo XV se crea en ese país un órgano jurisdiccional nuevo, el llamado *Grand Conseil*, encargado de esa justicia retenida.<sup>4</sup> Característica del *Grand Conseil* es su jurisdicción soberana y general.<sup>5</sup>

En cuanto al Poder Judicial ordinario, al margen del supremo Consejo regio, hay que considerar los jueces individuales y los organismos judiciales colegiados. En el caso de los jueces individuales, se aprecia el tránsito de los *jueces populares* a los *jueces técnicos*.<sup>6</sup> En la Alta Edad Media la justicia es una función privada, y en ausencia de textos legales que puedan ser aplicados, el juez juzga en muchos territorios a su libre albedrío, dictando sentencias, las llamadas *fazañas*, que al ser reunidas en colecciones, y en un proceso que prescinde de lo anecdótico o particular de cada caso, y abstrae la norma, da lugar a fueros. Ha tenido lugar así un derecho de creación judicial semejante al anglosajón, donde el juez crea el derecho (*Judge made Law*). Pero a diferencia del sistema jurídico continental, en el anglosajón hay dos fuentes principales o de superior rango —la sentencia del juez y la legislación— y dos secundarias: la costumbre y la doctrina de los juristas que pueda ser alegada como autoridad en juicio, con base en los llamados “Libros de Autoridad” (*Books of Authority*).<sup>7</sup> Por otra parte, es de destacar que en Inglaterra se constituyeron en el siglo XI una serie de circuitos que los jueces del rey debían recorrer, constituyendo tribunales ambulantes (*justices in itinere*) que no sólo servían para hacer efectivas las pretensiones de la Corona (*pleas of the Crown*), sino que decidían los conflictos entre particulares (*common pleas*).<sup>8</sup>

---

tarios de Estado y del Despacho, que aparece y se desarrolla; siglo XIX, desaparición del régimen polisinodial y asentamiento definitivo del ministerial que llega hasta hoy.

<sup>4</sup> Olivier Martin, F., *Précis d'Histoire du Droit Français*, 3a. ed., París, Dalloz, 1938, pp. 259 y 304.

<sup>5</sup> Lepointe, G., *Histoire des institutions et des faits sociaux*, París, 1963, p. 465.

<sup>6</sup> García Gallo, A. “Jueces populares y jueces técnicos en la historia del derecho español”, *La Justicia municipal en sus aspectos histórico y científico*, Madrid, 1946, pp. 53-71.

<sup>7</sup> James, P. S., *Introduction to English Law*, 5a. ed., Londres 1962.

<sup>8</sup> Véase la introducción de mi estudio “La historiografía general del Derecho inglés”, *Historia del derecho: historiografía y problemas*, 2a. ed., Madrid, 1988, pp.147-304.

Esta justicia individual fue pues, al principio, en España una justicia no profesional, independiente y separada de los otros poderes. Sin embargo, pasado el tiempo, en la Baja Edad Media y en la Moderna, con la recepción romano-canónica y la creación de cuerpos legales, aparecen unos nuevos jueces, los “jueces de salario” o jueces profesionales, que aplican esos textos, y que a fines del siglo XIV son llamados *corregidores*. Pero estos corregidores, que actúan en Castilla y en Indias, son delegados políticos del monarca, presiden los ayuntamientos y actúan con poderes gubernativos, con lo que se ha perdido la independencia en la función de juzgar, característica de los anteriores jueces individuales, produciéndose la confusión y mezcla de los poderes Ejecutivo y Judicial.<sup>9</sup>

En cuanto a los órganos colegiados ordinarios de la Administración de Justicia, existió en Castilla desde los tiempos medievales el “Tribunal de la Corte”, identificado primero con la *Curia reducida* y luego con el Consejo del Rey en que aquella se ha transformado, lo que hace que, a nivel de esos órganos colegiados se produzca también una confusión de lo gubernativo y de lo judicial. Por si fuera poco, el Tribunal de la Corte aparece también vinculado a la cancillería regia, pues las sentencias del tribunal debían ser autenticadas con el sello de la cancillería, por lo que al necesitar de él los oficiales de justicia, hubieron de dejar de acompañar al rey en los desplazamientos, con lo que el “Tribunal de Corte”, ambulante hasta entonces como la Corte misma, se hizo estable y quedó adscrito a la cancillería palatina. Esa vinculación a la cancillería habrá de determinar que el mismo tribunal reciba el nombre de *Chancillería* y luego de Audiencia, bien porque su función sea “oír” (*audire*) los pleitos, o por imitación del modelo romano-canónico de la “Audiencia episcopal”.<sup>10</sup>

Desde inicios del siglo XVI existen así en Castilla las dos Chancillerías y Audiencias de Valladolid y Granada, compuestas una y otra de oidores y alcaldes del crimen, para lo civil y lo penal, que fueron fundamentalmente tribunales de apelación, aunque también entendían en primera instancia de algunos casos especiales, los *casos de corte*. Creadas luego otras Audiencias, las que se han llamado *Audiencias regionales* (Galicia, Sevilla, Canarias), es de interés destacar que en Indias el tribunal aparece con el mismo título de *Audiencia* y *Chancillería Real*. Con los Austrias se establecen en ultramar numerosas Audiencias —Santo Domingo, México, Panamá, Lima, Guatemala, Nueva Galicia, Santa Fe, Charcas y Quito en América, y Manila en

<sup>9</sup> Sobre los corregidores, González Alonso, B., *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970.

<sup>10</sup> Escudero, J. A., *Curso de historia del derecho*, pp. 588, 589, 770 y ss.

Filipinas—, mientras en el siglo XVIII surgen las de Buenos Aires, Caracas y Cuzco, se suprime la de Panamá y la de Santo Domingo pasa a Cuba. En lo que nos interesa de división o no división de poderes, hay que decir que, si las Audiencias españolas fueron órganos equilibrados de justicia y gobierno, las indianas tuvieron más atribuciones judiciales y menos gubernativas. Su potenciación judicial procede de que en América la Audiencia no sólo falla pleitos, sino que además ejerce una actitud preventiva, tutelando el cumplimiento de las leyes. Las ordenanzas de estos tribunales no les reconocen facultades gubernativas, aunque ciertamente de hecho, por vía de comisión, las Audiencias indianas actuaron como órganos de gobierno, asumiendo incluso la dirección del territorio en las interinidades de virreyes y presidentes, hecho que da lugar en tales casos a las llamadas “Audiencias gobernadoras”.<sup>11</sup>

## II. LA APARICIÓN DE LOS PARLAMENTOS EN EUROPA

Como ya se señaló en otro lugar, el derrumbamiento del Antiguo Régimen con la Revolución francesa dio paso en la Europa del siglo XIX a un Estado constitucional que trajo la superación del absolutismo político mediante el control del poder por el pueblo representado en asambleas. A lo largo de esa misma centuria, en el mundo más amplio de la cultura, el movimiento romántico se interesó vivamente por la Edad Media, restañando una imagen hasta entonces deformada por los juicios peyorativos del Renacimiento y la Ilustración.<sup>12</sup>

Uno y otro fenómeno resultaron complementarios, ocasionando que los mentores ideológicos de esas nuevas asambleas políticas se interesaran por los siglos medievales. Convenía, en efecto, que los parlamentos populares constituidos en Europa en el siglo XIX, tras intensas convulsiones revolucionarias, no aparecieran como una novedad radical y por ello perturbadora. Resultaba oportuno mostrar que el control del poder a través de una cámara de representación popular había sido ya algo ensayado en la Edad

---

<sup>11</sup> Sobre las Audiencias indianas, véase García-Gallo, A., “Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres”, *Memoria del II Congreso venezolano de Historia*, Caracas, 1975, pp. 361-432; Dougnac Rodríguez, A., *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994, pp. 136-165. La más reciente y valiosa exposición de las Audiencias indianas, centrándose en la Real Audiencia de los Confines o de Guatemala y Nicaragua, se encuentra en el tomo primero de la obra de Vallejo García-Hevia, José María, *Estudios de Instituciones Hispano-Indianas*, BOE, 2 ts.

<sup>12</sup> Reproduzco mi exposición del *Curso de historia del derecho*, pp. 525 y ss.

Media y que, por consiguiente, era acorde con las más antiguas tradiciones jurídicas nacionales, aunque más resultara desvirtuado por el absolutismo regio de los siglos modernos. Con ello, en suma, la instauración de asambleas democráticas en el Estado europeo constitucional no sólo no contradecía esa tradición nacional, sino que representaba la restauración de las más añejas y genuinas esencias de la vida política de los pueblos.

Esto fue exactamente lo que sucedió en España. Al plantearse a principios del siglo XIX las Cortes de Cádiz, se pretendió entroncar la asamblea constitucional con las antiguas Cortes medievales. La justificación teórica de esa relación corrió a cargo de don Francisco Martínez Marina, director de la Real Academia de la Historia y calificado como “el primero y más grande de nuestros historiadores del Derecho”,<sup>13</sup> quien a tal efecto publicó su *Teoría de las Cortes*. En esa obra, *el ciudadano don Francisco Martínez Marina*, según allí aparece, acomete la empresa de estudiar las Cortes de León y Castilla, calificadas en el propio título del libro como “monumentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo”. La representatividad de las Cortes de Cádiz no sería así una novedad peligrosa, y por tanto algo que podía ser temido, sino lo practicado por las Cortes medievales, aunque luego hubiera sido subvertido en la Edad Moderna por el que Martínez Marina llamaba *despotismo ministerial* de Austrias y Borbones. Al compás de la oportunidad política, dos grandes temas científicos quedaban así abiertos: primero, ¿fueron las Cortes medievales asambleas representativas que limitaron de hecho el poder real y ejercieron con independencia el Poder Legislativo, prefigurando de alguna forma la luego famosa división de poderes?, y segundo, ¿cuándo y por qué surgieron en Europa esas asambleas políticas representativas, es decir, los parlamentos y las Cortes?

La primera cuestión se ha contestado con interpretaciones extremas y opuestas: para unos las Cortes no fueron asambleas limitadoras del poder real, sino meros órganos que asesoraban al monarca cuando éste lo requería. No hubo, pues, en modo alguno separación de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para otros, como nuestro (el) académico García de Valdeavellano, siguiendo lo preconizado por Martínez Marina, las Cortes fueron claramente un “órgano político fiscalizador del poder real”. Dos interpretaciones contrapuestas, a las que quizá cabría añadir una tercera conciliadora si cabe entender, como entendemos, que las Cortes castellanas fueron algo más que lo primero y algo menos que lo segundo: a saber, una asamblea

---

<sup>13</sup> Ureña y Smenjaud, R., *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de historia del derecho español*, discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1906 a 1907, Madrid, imprenta Colonial, 1906, p. 88.

cuya justificación radicó a menudo en legitimar con su acuerdo las decisiones unilaterales del monarca, pero que por fuerza de las circunstancias políticas y de la necesaria concordia social —acuerdo sobre los impuestos, leyes, etcétera— se convirtió de hecho en un órgano que, con más o menos fuerza según épocas, limitó y moderó el absolutismo regio.<sup>14</sup>

La segunda cuestión —cuándo y por qué aparecen esas asambleas políticas— nos lleva de nuevo a las curias regias, y más en concreto a las Curias *plenas o extraordinarias*, en tanto esas curias se transformarán en asambleas más o menos representativas que en Europa adoptan diversos nombres: *Estados Generales* en Francia y los Países Bajos, *Parlamento* en Gran Bretaña, *Dietas* en Alemania, Cortes en España, etcétera. Semejante transformación tiene lugar cuando los burgueses o ciudadanos se incorporan a las curias extraordinarias, hasta entonces compuestas de nobles y eclesiásticos, con lo que, de acuerdo con la estructura de la sociedad bajomedieval en tres órdenes o estamentos (nobiliario, eclesiástico y ciudadano), las nuevas Cortes aparecen como juntas representativas del cuerpo social en su conjunto.

Tal fenómeno, la entrada de los burgueses en las curias, tuvo lugar en Europa entre los siglos XII y XV, y en él España desempeñó un destacado papel precursor. Sabemos así que en la Francia del rey San Luis, los burgueses de las ciudades con especiales franquicias fueron ocasionalmente llamados a las reuniones de la curia, y que el papa Nicolás IV comunicó a Felipe “El Hermoso”, en 1290 haber recibido a sus enviados: condes, barones y la “comunidad del reino” (*comitum, baronum, ac universitatum seu communitatum regni*). Por fin en 1302 los representantes de las ciudades se incorporaron en Francia a la reunión que la curia celebró en Nôtre Dame, en París. En Alemania, a su vez, la curia solemne celebrada en Worms el 1 de mayo de 1231, da cuenta de que el monarca no introducirá innovaciones legislativas ni nuevos tributos sin el acuerdo de los sectores más representativos (*meliores et maiores terrae*) de los distintos lugares, cuya presencia en las Dietas sólo aparece regularmente comprobada en fechas más tardías. Y ello hasta el punto de que, a una multitudinaria curia celebrada en Nuremberg en 1294, a la que concurren nada menos que cinco mil personas, no asiste un solo representante de las ciudades.<sup>15</sup> Desde fines del siglo XV la llamada en Alemania Dieta del Imperio (*Reichstag*) se compondrá de tres cuerpos o colegios que deliberan separadamente: el colegio de los siete grandes electores (*Kurfürstenkollegium*), el de los demás príncipes, duques, condes y prelados (*Reichsfürstentrat*) y el de las ciudades libres o imperiales (*Kollegium der Städte*), con lo que,

<sup>14</sup> Escudero, J. A., *Curso de...*, cit., p. 539.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 528-530

como puede verse, las Dietas alemanas reunían en un solo colegio (“brazo” en España) a nobles y eclesiásticos. De este tipo fue la Dieta —ahora que se recuerda el centenario de la rebelión de Lutero de 1517— convocada por Carlos V en Worms cuatro años más tarde, para reprimir las pretensiones del monje agustino.<sup>16</sup>

Con independencia de lo que sucederá más tarde en otros países, como Suecia, donde el parlamento o Riksdag sólo puede darse por constituido cuando el rey Gustavo I reúne en 1527 una asamblea con cuatro estamentos (nobleza, clero, burguesía y campesinos), interesa de modo especial referirse a Inglaterra por cuanto el parlamento británico aparece comúnmente, en la opinión pública general, como el modelo y precedente más antiguo de todos los demás.

¿Y como averiguar cuándo y dónde surgieron primero esas asambleas políticas? Pues, lógicamente, examinando los documentos de las curias hasta encontrar en ellos las primeras referencias, como asistentes, de burgueses o ciudadanos. Y como éste es un tema elemental, y por lo mismo fundamental, los historiadores y juristas europeos, en el Congreso de Ciencias Históricas celebrado en Varsovia en 1933, decidieron establecer una comisión que estudiara sistemáticamente esas asambleas en los distintos países. Tales estudios, descartando a todos los otros países de asambleas representativas más tardías, situaron la polémica de la primacía cronológica entre Inglaterra, cuyo Parlamento había sido puesto siempre como primer ejemplo, y España. Por ello, tras haber aludido a Francia, Alemania y Suecia, procede hacer aquí ahora un breve comentario sobre lo sucedido en estos dos países.<sup>17</sup>

En Inglaterra la presencia en las asambleas de los ciudadanos o “gentes del común” (*the commons, common people*) coincide con el logro de las libertades y la quiebra absolutista de la primera mitad del siglo XIII. De 1215 es la *carta libertatis*, la famosa *Magna Carta*, cuya cláusula 39 consagrará en el mundo occidental el *habeas corpus*, o derecho a no ser reducido a prisión si no es con arreglo a las leyes y tras el correspondiente juicio. De 1258, a su vez, datan las *Provisiones de Oxford*, reflejo del triunfo nobiliario frente a Enrique II. Éstos son los datos fundamentales que suelen recordarse como anticipo del reconocimiento de los derechos humanos, de la división de poderes y de la independencia de la asamblea legislativa, pero que son susceptibles de mayores precisiones. Y así, rastreando la magna obra del historiador del

<sup>16</sup> García Villoslada, R., *Martín Lutero. El fraile hambriento de Dios*, 2 ts., BAC, 2016; en I, pp. 527 y 528.

<sup>17</sup> Para la consolidación del régimen parlamentario en Inglaterra y Francia, véase Aguilera-Barchet, B., *A History of Western Public Law. Between Nation and State*, Springer, 2015; en especial, pp. 303 y ss., y 386 y ss.



constitucionalismo inglés William Stubbs,<sup>18</sup> obispo anglicano y profesor de Oxford, podemos resumir lo principal de lo sucedido en Inglaterra de la siguiente forma:

- 1213. Reinado de Juan sin Tierra. El rey convocó una asamblea en Oxford, donde acudieron cuatro ciudadanos de cada condado para discutir los asuntos del reino (*ad loquendum nobiscum de negotiis regni nostri*).
- 1226. Reinado de Enrique III. Otros cuatro de cada condado fueron escogidos para discutir la Carta Magna de 1215.
- 1231. Mismo reinado. Doce burgueses de cada ciudad fueron integrados en el Consejo Condal, formando parte del *Commune Consilium regni*.
- 1265. Simón de Montfort, conde de Leicester (hijo del más conocido Simón de Montfort que lideró la Cruzada contra los albigenses), reunió en nombre de Enrique III el famoso Parlamento celebrado en Westminster el 20 de enero, al que fueron convocados dos caballeros por cada condado y dos burgueses por cada pueblo de Inglaterra. De esta suerte, los constitucionalistas británicos más prestigiosos (*v. gr.* Maitland) han reconocido aquellos episodios como precedentes, y éste de 1265 como aparición real del primer Parlamento británico. Es más, otro historiador británico, Wentworth Webster, en un trabajo de título significativo, *Influencia de los fueros pirenaicos en la Constitución inglesa*,<sup>19</sup> sostuvo que este segundo Simón de Montfort (no el primero, con el que muchos lo confunden), artífice de la organización del Parlamento británico de 1265, se habría inspirado en el ejemplo de la Guyena y de la Corona de Aragón, que él conocía por su estancia como gobernador de aquellos territorios. Webster escribe así:

El gran hecho histórico que trato de establecer en este ensayo es que la libertad constitucional y representativa, la libertad que respeta los derechos de los otros tanto como los nuestros, no es, como se asegura con frecuencia, herencia exclusiva de las razas teutónicas, y que las llamadas latinas no son incapaces de ellas. Por el contrario, estas últimas disfrutaron y practicaron estas libertades mucho antes de que fueran introducidas en Inglaterra.

<sup>18</sup> *Constitutional History of England*, 3 vols., 1874-1878. También las *Select charters and other illustrations of English constitutional history*, pub. en 1913.

<sup>19</sup> Publicado en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, ts. VII y VIII, Madrid, 1883-1884.



Señala, en fin, a modo de conclusión, que Simón de Montfort, durante su gobierno en Gasconia, en continua relación con las costumbres y fueros de las ciudades cercanas al Pirineo, “entre las razas mezcladas de gascones, vascos, provenzales y catalanes, aprendió y practicó lo que más tarde introdujo en Inglaterra y aplicó con tan brillantes resultados”.<sup>20</sup> En suma, que el creador del primer parlamento británico actuó imitando lo que había visto en el norte de España y en el sur de Francia.<sup>21</sup>

Tratando de Inglaterra, y de la entrada de los burgueses en las curias, nos hemos desenvuelto en el siglo XIII. Pero al pasar a España constatamos que ese fenómeno se produjo antes, aunque no tan pronto como en ocasiones se ha señalado. Así, en lo que respecta a Aragón, la *Colección de Cortes de los antiguos reinos de España*, publicada a mediados del siglo XIX por la Real Academia de la Historia,<sup>22</sup> sitúa con cierta laxitud como Cortes diversas reuniones de la curia en fechas tempranas: la primera cierta asamblea que se reunió en Jaca en 1071. También algunos autores, llevados de su fervor nacional o regional, hablaron de Cortes nacidas en Aragón a mediados del siglo XII. Éste fue el caso de Ricardo del Arco al calificar como Corte la asamblea que Alfonso II reúne en 1164, en la que al parecer estuvieron presentes ciudadanos de cinco villas aragonesas. En Cataluña, otros como Soldevila intentaron demostrar la existencia de Cortes a partir de 1214. Pero como han señalado los más fiables expertos, todo esto corresponde a un periodo preparlamentario y las Cortes de Aragón no tendrán existencia jurídica hasta más tarde: según algunos hasta 1283, cuando se celebra la asamblea que en Zaragoza dio lugar al *Privilegio General*,<sup>23</sup> o quizás mejor, como creo entiende nuestro compañero José Ángel Sesma, dos décadas antes, en 1265, con las Cortes de Ejea que institucionalizaron la figura de el Justicia<sup>24</sup> y que curiosamente se celebraron en el mismo año que las Cortes inglesas de Westminster.

<sup>20</sup> “Influencia de los fueros pirenaicos en la Constitución inglesa”, t. VIII, pp. 14 y 337.

<sup>21</sup> “En cuanto a Inglaterra —escribe Webster (p. 14)— si no me equivoco, este folleto, siendo tan corto e insignificante, si tiende a probar algo, demuestra que Simón de Montfort, que introdujo la representación parlamentaria de la burguesía, la aprendió y practicó durante su administración en Guyena, donde la encontró establecida en las antiguas costumbres y libertades del país”.

<sup>22</sup> Edición facsímil de Redondo Veintemillas, Guillermo y Sarasa Sánchez, Esteban, publicada por El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

<sup>23</sup> González Antón, Luis, *Las Cortes de Aragón*, Zaragoza 1978, pp. 46, 59 y 60.

<sup>24</sup> Véanse las *Acta Curiarum Regum Aragonum*, con varios volúmenes publicados, y cuyo t. I, en preparación, da cabida a estas primeras Cortes. En el to. II (“Cortes y Parlamentos del reinado de Pedro IV”, edición a cargo de Sesma Muñoz, J. Ángel y Lafuente Gómez, Mario) se señala que durante el reinado de este monarca (1336-1387) “quedaron definitivamente

En Castilla, en fin, la constatación nos lleva a fecha anterior pues sabemos que los ciudadanos acudieron a una curia o Corte leonesa celebrada por Fernando II en 1170, y sobre todo que ciertos ciudadanos elegidos por distintas villas estaban presentes en 1188 en la asamblea convocada en León por Alfonso IX, donde el monarca se reunió con eclesiásticos, nobles y ciudadanos: “In Dei nomine. Ego dominus Aldefonsus, Rex Legionis et Gallecie. Cum celebrarem curiam apud Legionem, cum archiepiscopo et episcopis et magnatibus regni mei, *et cum electis civibus ex singulis civitatibus...*”. Esa fecha de 1188 ha sido así aceptada como la de la primera entrada segura de los ciudadanos en la curia, y ese texto como la partida de nacimiento de los parlamentos en Europa. En resumen, el calendario de la aparición de las asambleas políticas representativas podría tener por países estos tres hitos cronológicos más significativos: 1188, León; 1265, Westminster en Inglaterra y Ejea en Aragón; 1302, París. De todas formas, a efectos de fijar fechas y establecer un orden de prelación, hay que advertir que ese orden o cualquier otro depende de si, para reconocer la existencia de Cortes, basta comprobar la mera presencia de burgueses y ciudadanos en una curia, o hay que exigir algún requisito más. A este respecto tiene interés la propuesta que hizo el historiador norteamericano Haward Lord, según la cual la *curia regia* sólo puede ser considerada parlamento si concurren además las tres circunstancias siguientes: a) que el rey consulte a la asamblea de modo regular y sistemático, con lo que no debería tomarse en consideración una reunión aislada; b) que las formas de representación adopten cierta fijeza, con arreglo a determinados criterios, y c) que las gentes allí llamadas no acudan sólo para aclamar las decisiones del príncipe, sino que asuman funciones de control y un cierto grado de poder.

Por otra parte, y en lo relativo a las causas de este fenómeno, es decir, por qué los burgueses entraron en las curias, hay que recordar que la conveniencia de que todos participen en la adopción de las decisiones que les afecten aparece en el pensamiento político medieval simbolizado por la fórmula *quod omnes tangit ab omnibus debet approbari* (“lo que toca a todos debe ser aprobado por todos”),<sup>25</sup> fórmula con raíces jurídicas, pues procede de un texto de Justiniano relativo al régimen de la tutela, pero que luego adquirió sentido político en la convocatoria a las curias generales de diversos países europeos, y muy significativamente en la del parlamento inglés de 1295. Aquí Eduardo I habría invocado esa fórmula, convirtiendo lo que

---

constituidas las formas parlamentarias como expresión del sistema de pacto establecido entre la monarquía y las fuerzas sociales”.

<sup>25</sup> Escudero, *Curso de...*, cit., pp. 533 y ss.

era una mera regla jurídica de derecho privado en un principio constitucional. Este proceso fue asimismo perceptible en España, tanto en los textos jurídicos como en los literarios. En las Partidas, por ejemplo, tratando los casos de grave sedición o invasión del reino, se exige que todos acudan “ca pues que el mal o el daño tañe a todos”. Y en un texto de literatura política como el *Rimado de Palacio*, el canciller López de Ayala discurre así sobre los principios que rigen el buen gobierno del reino: “E sean con el rey al Consejo llegados/prelados, caballeros, doctores e letrados/Buonos omes de villas, que hay muchos onrrados/*E pues a todos atañe todos sean llamados*”. Esto en lo teórico, pues en la vida práctica la justificación de la entrada de los burgueses en las curias, y la consiguiente aparición de las Cortes, tuvo dos causas complementarias: la importancia económica que habían adquirido unos concejos dueños de abundantes recursos, y las correlativas necesidades de los reyes que les obligaron a solicitar de ellos la concesión de contribuciones extraordinarias —el llamado *petitum* o *subsidium*— para hacer frente a las necesidades financieras. Efectivamente, dueños los burgueses de cierto poder político al controlar los concejos, y dueños también del poder económico al tener en sus manos el comercio, se convirtieron de hecho en algo parecido a lo que la sociología moderna califica de *grupos de presión*. Pero es que sus pretensiones de querer formar parte de la gran asamblea del reino coincidieron con los intereses de los propios monarcas, quienes a la hora de las crisis económicas necesitaban recabar la colaboración de ciudades y ciudadanos. A las dos partes, rey y súbditos, les interesaba lo mismo, aunque pese a las presiones del estamento ciudadano, se mantuvo la formalidad de que era el rey quien llamaba, y de que llamaba a quien quería.

Señalemos, en fin, la equívocidad en sus orígenes de ese término, “Parlamento”, que ha logrado una aceptación casi general. En Inglaterra, según algunos autores, pudo ser importado de Francia donde aparece a fines del siglo XI, sin existir entonces las asambleas, en algún texto literario como la *Chanson de Roland*,<sup>26</sup> pero en España hay otras asambleas políticas, llamadas unas veces *ayuntamientos* y otras *parlamentos*, distintos de las Cortes. Éste es el caso de los *Parlamentos* que se reúnen en Aragón a la muerte de Martín el Humano, o, dentro de la misma Corona de Aragón, los *Parlamentos* de los territorios italianos, que el rey no preside y que ejercen una función similar a las Cortes.<sup>27</sup>

Desde su aparición hasta entrado el siglo XVI las Cortes aparecen siempre compuestas por nobleza, clero y representantes de las ciudades. En Ara-

<sup>26</sup> Richardson, H. G. y Sayles, G. O., *The English Parliament*, The Hambledon Press, 1981, p. 146.

<sup>27</sup> García Gallo, *Manual de historia del derecho español*, t. I, núm. 1402.

gón y Navarra se organizan en brazos, mientras en Castilla no sólo falta esta estructura orgánica en brazos, sino que muchas veces sólo asisten los representantes de las ciudades y algún otro estado, lo que no impide que la asamblea tenga carácter de Cortes. En todo caso, habiéndose ausentado con frecuencia los nobles y eclesiásticos, pues en las Cortes se trata principalmente de unos servicios económicos de los que ellos, como clases privilegiadas, están exentos, en 1538 dejan definitivamente de asistir. Quedan así desde entonces las Cortes compuestas exclusivamente por los procuradores de las ciudades, o más exactamente de las ciudades y villas de los territorios de realengo, pues las de señorío serán representadas por los respectivos señores seglares o eclesiásticos.<sup>28</sup> El número de estas ciudades con representación en Cortes varió con el tiempo, desde el centenar que hubo a principios del siglo XIV hasta las 17 que se consolidarán en el siglo siguiente. El recuento de esas ciudades muestra en Castilla la escasa o nula representación periférica y de determinadas zonas como Galicia y Asturias. En la Corona de Aragón el número fue extremadamente reducido, pero luego aumentó en Cataluña, Aragón y especialmente en Valencia. Las Cortes navarras, a su vez, dan cabida a las cinco cabezas de merindad junto a otras villas cada vez más numerosas. En Indias, en fin, como no se pagan los servicios que se acuerdan en Cortes, la institución no tiene sentido, creándose para atender los problemas de las ciudades indígenas unas Juntas en Cuba, Nueva España y Perú a las que asisten sus representantes; se llega incluso a prever en 1530 la organización de *Congresos* de ciudades en México y en 1540 la de reuniones de ciudades en Perú. En aquellos *Congresos* la Ciudad de México tendría el primer voto y en las reuniones peruanas, Cuzco estaría a la cabeza, pero tales *Congresos* no llegaron a celebrarse.

Tras estas consideraciones sobre el origen de las asambleas representativas, volvamos al principio, a la división de poderes. No hay desde luego en el Antiguo Régimen una división de poderes formalmente establecida, pero sí, pese a la omnipresencia del rey, una pluralidad de poderes: el real (que a su vez es doble, según se trate del *regnum*, sobre todo el territorio, o del señorío sobre las partes sometidas a su autoridad), el señorial propiamente dicho, además del que alega el papa y, ocasionalmente, el que tiene el título de emperador. Esa fragmentación del poder será, en fin, un contrapeso al poder absoluto, a lo que habrá que añadir la limitación al poder regio por la intervención que el reino adquiere en el gobierno a través de asociaciones

---

<sup>28</sup> Para la etapa final de las Cortes de Castilla, Lorenzana de la Fuente, Felipe, *La representación política en el Antiguo Régimen. Las Cortes de Castilla 1655-1834*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013.

corporativas según fue el caso de las Juntas, Uniones y Hermandades.<sup>29</sup> En suma, un poder dividido de hecho entre instancias variables, a diferencia del esquema fijo de los tres poderes. En todo caso, habiendo recordado al principio a Montesquieu y algo más tarde a Martínez Marina, concluyamos con ellos para destacar que el eclesiástico español se apartó de la trilogía de poderes del barón francés al añadir un cuarto poder, el subventivo, aplicado a la aprobación y control de los impuestos. Esos cuatro poderes que diseñó Marina en su *Teoría de las Cortes* —Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Subventivo— forzosamente deben ser atribuidos a sus correspondientes órganos. Pero, para que la originalidad sea completa, él no habla de cuatro órganos sino de dos, las Cortes y el rey; las Cortes como titular de los poderes legislativo y subventivo (que por delegación puede también ser atribuido al rey), y el rey como titular del Ejecutivo y Judicial.<sup>30</sup> Ello conduce a una peculiar separación de poderes y al mismo tiempo a una peculiar concentración de los mismos, lo que se corresponde con el antiguo modelo de lo que los politólogos llaman *Estado mixto* o *Constitución mixta*,<sup>31</sup> y los historiadores podemos reconocer como las tesis jovellanistas de la soberanía compartida.

---

<sup>29</sup> Álvarez de Morales, A., *Las Hermandades, expresión del movimiento comunitario en España*, Valladolid, 1974; González Antón, L., *Las Uniones aragonesas y las Cortes del reino*, 2 vols., Zaragoza, 1975; García-Gallo, *Manual de historia del derecho español*, t. I, núms. 1359 y 1366.

<sup>30</sup> Véase mi estudio introductorio a la *Teoría de las Cortes* de Francisco Martínez Marina, 3 vols., Oviedo, Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996; en especial, pp. CXXXIX y ss.

<sup>31</sup> Varela Suanzes, J., *Tradición y liberalismo en Martínez Marina*, Oviedo, 1983.

## CONSULTA INDÍGENA: TEMA SENSIBLE DE NUESTRA CONSTITUCIONALIDAD

José Ramón GONZÁLEZ CHÁVEZ

*A Serafín Ortiz Ortiz, con mi afecto, reconocimiento,  
respeto y agradecimiento eterno por honrarme con su  
amistad y sus luces.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Consulta indígena y constitucionalidad.*  
III. *Instrumentos internacionales.* IV. *Legislación secundaria.* V. *Consulta  
indígena y Poder Judicial.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

El año 1992 será recordado como un acontecimiento simbólico en la concepción de la realidad indígena para la historia política y del derecho; se conmemoró el 500 aniversario del “Descubrimiento de América”, “Encuentro de Dos Mundos”, “Nacimiento de la Hispanidad”, de la “Resistencia Indígena” o cualquiera otra forma con que se le denomine según la ideología de preferencia, pero sin duda este hecho marcó un hito en la visión y comprensión jurídico-política de un sector demográfico absorbido durante décadas —que ya hacen siglos— por las teorías unificadoras del liberalismo nacionalista clásico.

La fecha no escapó a la “circunstancia” a la que se refirió con magistral elocuencia Ortega y Gasset (Ortega, p. 9), o si se quiere, al “contexto”, aludido por Dieter Nöhlen (Grotz, p. 3 y ss.) con gran agudeza, para señalarnos su importancia en el conocimiento, análisis y comprensión de la realidad; “coincidía” (¿en política hay coincidencias?) con el surgimiento de las políticas neoliberales Reagan-Tatcheristas de corte globalizador, que propiciaron el choque dialéctico entre actores y sujetos de diferentes posturas que prevalece desde entonces y se refleja en los sistemas jurídicos, políticos, sociales,

culturales y mediáticos a todos los niveles: regional, nacional, subnacional, local y hasta comunitario (Neil, p. 10).

Como una forma de hacer evolucionar los sistemas jurídicos y afrontar las consecuencias que han provocado estos “vientos de cambio”, el nuevo paradigma jurídico constitucional en México prevé e impone la evolución del llamado Estado de derecho de corte legalista o paleopositivista, a un Estado de derecho de corte garantista o neoconstitucional, donde éstos sean preponderantes respecto de las políticas, instituciones, programas y actividades gubernamentales, fungiendo las autoridades de los órganos del poder público del Estado —tal como su nombre lo indica como sus garantes, a fin de convertir en actos concretos, tangibles, los principios que postulan y las normas que establecen los distintos instrumentos jurídicos vigentes.

## II. CONSULTA INDÍGENA Y CONSTITUCIONALIDAD

Si bien la *consulta popular* como prerrogativa (derecho-obligación) constitucional podría considerarse como el género, la *consulta indígena* en particular resultaría ser una especie, con características, normas y principios propios, que se vinculan a preceptos constitucionales específicos, entre los que sobresalen los siguientes:

*Artículo 2o.* Establece que

“...la Nación Mexicana es única e indivisible...”; sin embargo, acto seguido aclara que “...esta tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...”, definiéndolos como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

La redacción carece de claridad y precisión, resulta excluyente y alejada del valor jurídico que pretende proteger, pues deja fuera de su ámbito de cobertura a grupos sociales como los afromexicanos, que constituyen la tercera minoría, sólo después de los nahuas y los mayas (Inegi, p. 1).<sup>1</sup>

En ese mismo sentido, el mismo numeral reitera que

---

<sup>1</sup> Inegi, Encuesta intercensal 2015, Red Nacional de Metadatos, disponible en: <http://www3.inegi.org.mx/rnm/index.php/catalog/214/datafile/F18/V1243>; y específicamente: Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), “Pueblos y Comunidades Afromexicanos”, [https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/FichaTematicaAfrodescendientes%20\(1\).pdf](https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/FichaTematicaAfrodescendientes%20(1).pdf), e intervención de la senadora Susana Harp Iturriarría en el pleno del Senado el 18 de octubre de 2018, <http://www.senado.gob.mx/64/intervenciones/1149/15446>.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional) y que las constituciones y leyes de las entidades federativas llevarán a cabo su reconocimiento, para lo cual deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

Y en su apartado A, fracción VIII, párrafo segundo, se prevé que “las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para su reconocimiento como entidades de interés público”.

Sin alejarnos del tema que nos ocupa, vale mencionar que es necesaria la investigación jurídica comparada tanto de las Constituciones y leyes secundarias estatales como del marco regulatorio de otras naciones para definir al menos los aspectos generales de esas características, situaciones y aspiraciones a las que se refiere el texto constitucional, incluyendo desde luego los denominados grupos de población minoritarios (lo que conllevaría una redefinición del concepto “pueblo originario”), para luego estar en posibilidad de construir el marco de autonomía y de respeto a la diversidad en la unidad que el constituyente proclama, lo que resulta indispensable para definir las condiciones de una eventual consulta; de lo contrario ¿sobre qué se les consultaría a estos grupos si se desconoce por ambas partes el marco de los asuntos que les son propios y exclusivos, tanto en lo general como en lo particular?

Es en relación con este aspecto que el apartado B del mismo artículo 2o. dispone que para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, las autoridades tienen la obligación de

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas, con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

Asimismo, establece que

La federación, las entidades federativas y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desa-



rollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

En apego a la técnica legislativa, por su contenido, estos párrafos deberían fusionarse o bien invertirse, dado que el segundo constituye el género y el primero la especie.

A estos mismos supuestos jurídicos de los dos párrafos anteriores podría resultar aplicable lo dicho en el apartado anterior en cuanto a que no existe definición, ni en el ámbito constitucional ni en el de las leyes secundarias federales ni locales de los “fines específicos” mencionados de cada uno de estos grupos, tanto en lo general como en lo particular.

Prosigue el listado de obligaciones del poder público frente a los grupos indígenas más estrechamente vinculadas a la consulta:

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

La redacción de este precepto implica que la definición del objetivo mencionado se mantiene en la abstracción, pues ni las leyes vigentes en la materia abordan el tema, ni se ha consultado a las comunidades, como lo ha mostrado con plena evidencia el proceso de reforma que está volviendo a sufrir recientemente la legislación en materia educativa, mantenida casi en exclusiva a nivel mediático y del congreso federal, donde desde nuestro punto de vista se han abordado primordialmente aspectos de forma, más que de fondo respecto del marco normativo constitucional que se encontraba vigente.

Sería muy esclarecedor incluir lo relativo a la sustentabilidad dentro de la temática de mejoramiento de la escolaridad que señala este párrafo, a fin de generar cultura entre las comunidades y sus miembros en este que es uno de los tópicos de mayor relevancia dentro de los que desde luego deberían integrar la agenda de la consulta indígena.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> “La cultura, detonante en el desarrollo sostenible de las comunidades”, México, Secretaría de Cultura, 18 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.gob.mx/cultura/prensa/la-cultura-detonante-del-desarrollo-sostenible-de-las-comunidades>.

De igual manera, señala: “IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos”.

De nuevo el constituyente parece confundir género con especie, pues el derecho a la vivienda es un principio universal consagrado como derecho social en la carta magna, mientras que la convivencia y la recreación en su caso formarían parte del entorno necesario para que este derecho se ejerza en plenitud.<sup>3</sup>

Agrega: “V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria”.

La aplicación efectiva de este tema requiere un tratamiento muy delicado, por el riesgo de contraposición cultural entre la visión occidental del concepto “género” (anglosajona, derivada de *gender*) y la propia de cada comunidad indígena.<sup>4</sup>

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

La realización material de este postulado se vislumbra aún lejana, pues es justamente en las comunidades indígenas donde se presenta el más grande rezago en materia de servicios básicos, como la energía eléctrica, indispensable para la operación de los medios de comunicación que se pretende operar. Sobre el particular, es importante remarcar que este tema se relaciona íntimamente con los de educación y cultura, pues el uso de herramientas tecnológicas de comunicación no puede darse sólo en el sentido de meramente consumir los materiales disponibles gracias a ellas, sino también, y ante todo, de construir en las comunidades capacidades y habilidades para

---

<sup>3</sup> Al respecto, vale la pena analizar en su contexto “Vivienda liderada por la comunidad”, *World Habitat*, en <https://www.world-habitat.org/es/nuestros-programas/vivienda-liderada-por-la-comunidad>, consultada el 15 de mayo de 2019.

<sup>4</sup> Sobre el tema, Tibán Guala, Lourdes, “Género y sustentabilidad: nuevos conceptos para el movimiento indígena”, *Polis*, núm. 9, 22 octubre 2012, disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/7284>, consultada el 14 de mayo de 2019.

producir y difundir los propios, e intercambiar ideas, experiencias con otros grupos y usuarios (ONU, pp. 1 y ss.).

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

Se detecta una redundancia de este postulado con el contenido de la fracción I, por lo que técnicamente sería conveniente fusionarlo con aquella para darle mayor solidez argumentativa, y por supuesto relacionarlo con la consulta indígena.

Como se ha podido constatar, a partir de su simple repaso, en general los temas comprendidos en las fracciones de la IV a la VII son cruciales para el desarrollo regional y el propio de las comunidades indígenas, razón suficiente para considerarlos dentro de la agenda de la consulta que necesariamente debería de hacerse. Sin embargo, desafortunadamente la legislación secundaria los omite, quedando sus preceptos a nivel meramente declarativo.

El siguiente párrafo se resalta en su totalidad por ser el único dentro del texto constitucional que se refiere de forma explícita a la consulta indígena: “IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”.

Sin embargo, como se puso en evidencia durante el reciente proceso de elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, no hubo una sola consulta indígena; lo más lamentable es que aun de haber habido voluntad política para realizarla hubiera sido poco productiva por falta de elementos jurídicos para su organización y procesamiento, dado que la normativa al respecto en la legislación secundaria es inexistente.

*Artículo 6o.* Pasando a otro tema de gran importancia dentro del nuevo modelo constitucional: el acceso a la información, en este numeral el constituyente dispone que se requiere de consulta para nombrar comisionados sustitutos del órgano “garante”, es decir, del Instituto Nacional de Acceso a la información (INAI). En los hechos, no se tiene conocimiento de que hasta el momento se haya realizado alguna consulta a las comunidades indígenas para tales fines, a pesar de que conforman un sector demográfico de atención especial, sobre todo si se tiene en consideración la falta de recursos

tecnológicos de conectividad, infraestructura informática y de telecomunicaciones, e incluso de servicios tan básicos como la electricidad, indispensables para que puedan ser consultados y a la vez estén en posibilidad de emitir sus opiniones, aunque sea de manera remota.

Asimismo, vale mencionar que con poca sorpresa, al consultar el sitio web del INAI y buscar el tema “Consulta indígena”, sólo se encontraron tres referencias, pero a actas de sesión de su Consejo, en las que apenas se menciona en algún párrafo de las decenas de páginas que contiene cada una, la necesidad de hacer una consulta para ciertos aspectos que son sólo de forma, y aun en este caso no se pudo encontrar algún lugar para consultar la normativa, forma, organización y procedimientos para la realización del proceso, con el fin de hacer efectivo este precepto constitucional.

En el mismo tenor, si bien el apartado A de este artículo, que establece el marco de principios rectores de la Federación y entidades federativas para el ejercicio del derecho de acceso a la información, en plena contradicción con lo estipulado en el precepto anterior, omite lo referente a las comunidades indígenas y equiparables, las que por razones de equidad el constituyente considera de forma privilegiada.

El párrafo séptimo del mismo apartado dispone que el organismo garante se integrará por siete comisionados. Para su nombramiento, la Cámara de Senadores, previa realización de *una amplia consulta a la sociedad (sic)*, a propuesta de los grupos parlamentarios, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, nombrará al comisionado que deba cubrir la vacante, siguiendo el proceso establecido en la ley. Continúa indicando que el nombramiento podrá ser objetado por el presidente de la República en un plazo de diez días hábiles, y si éste no objetara el nombramiento dentro de dicho plazo ocupará el cargo de comisionado la persona nombrada por el Senado de la República.

Como también puede constatarse en el sitio web del INAI, esta “amplia consulta” también ha quedado en la retórica constitucional, pues no existen indicios de que se haya realizado alguna, menos aún en el ámbito de las comunidades indígenas.

En la misma situación se encuentra el apartado B de este mismo artículo en cuanto a los principios rectores de la Federación y entidades federativas en materia de radiodifusión y telecomunicaciones para el acceso a la información, la consulta y la participación. La fracción V, párrafo segundo, establece que

El organismo público (Comisión Federal de Telecomunicaciones, Cofetel) contará con un Consejo Ciudadano con el objeto de asegurar su indepen-

dencia y una política editorial imparcial y objetiva. Será integrado por nueve consejeros honorarios quienes serán elegidos mediante una amplia consulta pública por el voto de dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, de la *Comisión Permanente*. Los consejeros desempeñarán su encargo en forma escalonada, por lo que anualmente serán sustituidos los dos de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen ratificados por el Senado para un segundo periodo.

Al igual que en casos anteriores, el precepto queda en la abstracción al no especificarse nada sobre el tema, ni en la legislación secundaria ni en la normativa que regula la operación de los organismos públicos involucrados.

*Artículo 26:* Artículo primordial en el tema que nos ocupa, dado que establece el *Sistema de Planeación Democrática* (y deliberativa) *del Desarrollo Nacional* con objeto de imprimir solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación; asimismo, incorpora la consulta ciudadana a través de foros, cuya información producida será recopilada, analizada y sistematizada, que conformará el material de base para la elaboración del *Plan Nacional de Desarrollo*. Su párrafo tercero dispone que

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine, mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares, las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El Plan Nacional de Desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.

Lo anterior quiere decir que la definición de normas y procedimientos para la consulta popular dentro del *Sistema Nacional de Planeación Democrática* —incluyendo por supuesto la consulta indígena— es una obligación constitucional para los Ejecutivos federal y locales; no obstante, el dispositivo permanece pendiente de ser observado en la práctica.

*Artículo 27.* Su fracción VII del párrafo segundo señala que “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”. Dada su importancia, esta garantía constitucional debería ser integrada a la agenda de los temas fundamentales de la consulta a estas comunidades, más aún cuando

se tiene prevista por la administración en curso la ejecución de proyectos que inciden en ellas.

*Artículo 35.* Este numeral postula los derechos y obligaciones de los ciudadanos, quienes en su conjunto forman la comunidad política o pueblo del Estado, elemento imprescindible del andamiaje constitucional. Entre ellos, se determina que son derechos de los ciudadanos:

VIII: Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente:

Párrafo 3o.: No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma (*forma de Estado y gobierno*); la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente.

A continuación, dispone una parte esencial del procedimiento de consulta, al estipular que “La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta”.

De lo anterior se infiere la responsabilidad de los tres órganos del poder público del Estado en la determinación de la temática de la consulta para efectos de su constitucionalidad, lo cual en los hechos no se ha llevado a cabo hasta el momento, habiéndose realizado incluso algunas en clara inobservancia a este precepto.

El constituyente continúa con la descripción del procedimiento de consulta, estableciendo una prevención de suma relevancia para su realización material: “...Párrafo 5o. ...se realizará el mismo día de la jornada electoral federal”, supuesto jurídico político y hasta de economía procesal que tampoco se ha tenido en cuenta.

*Artículo 36.* Este apartado establece entre las obligaciones a cargo de los ciudadanos: “Fracción III: Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley”, lo que más que obligación constituye una prerrogativa, es decir, a la vez un derecho y un compromiso frente a la comunidad política, tal como lo indicaba la redacción anterior del artículo.

*Artículo 73.* Prevé dentro de las *facultades* del Congreso: “Fracción XXIX-Q. ...legislar sobre iniciativa ciudadana y consultas populares”, la cual en lo que se refiere a consulta indígena también sigue pendiente de realización material, como lo pone en evidencia la poca, por no decir nula, regulación sobre el particular.

*Artículo 102.* En relación con la integración del sistema nacional de derechos humanos, el constituyente determina que

Apartado B: El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Para instrumentar dicho Sistema, el párrafo 8o. estipula que

La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.

Al respecto, se visitó el sitio web de la CNDH<sup>5</sup> y se encontró apenas una referencia cercana a nuestro tema: la acción de inconstitucionalidad 2018/81 del 24 de septiembre de 2018, contra el decreto 778, que modifica la ley 701 de reconocimiento, derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas, y el decreto que publica la ley 777 de Seguridad Pública, ambas del estado de Guerrero, violatorias de distintos preceptos constitucionales e instrumentos jurídicos de carácter internacional, que precisamente confirma lo expuesto hasta el momento en el presente trabajo, pues el motivo de la acción es la falta de consulta previa a dichos pueblos y comunidades en cuanto al contenido de ambas.<sup>6</sup>

Por último, es de mencionar que dentro de las consideraciones insertas en los transitorios existen algunas que datan del 12 de noviembre de 2002 y se mantienen en el texto vigente sobre reformas en materia educativa:

Artículo Segundo. La autoridad educativa federal deberá, a la entrada en vigor del presente Decreto, instalar comisiones técnicas y *de consulta* con las demás autoridades educativas del país que resulten pertinentes, para iniciar un proceso tendiente a la *unificación estructural, curricular y laboral* de los tres niveles constitucionales obligatorios, en un solo nivel de educación básica integrada.

Artículo Tercero. La autoridad educativa federal deberá, a la entrada en vigor del presente Decreto, instalar comisiones técnicas y de consulta con las demás autoridades educativas del país que resulten pertinentes, para ini-

<sup>5</sup> <http://www.cndh.org.mx/search/node/consulta%20ind%C3%ADgena>.

<sup>6</sup> [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc\\_Inc\\_2018\\_81.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2018_81.pdf).

ciar un proceso tendiente a la revisión de los planes, programas y materiales de estudio, para establecer, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, los nuevos programas de estudio de la educación preescolar obligatoria para todo el país, así como preparar al personal docente y directivo de este nivel, de acuerdo a la nueva realidad educativa que surge de este Decreto...

Al respecto, cabe mencionar que pese a que desde el Legislativo se hicieron observaciones de importancia para considerar el tema de la consulta a las comunidades indígenas —aunque desafortunadamente sólo en materia de educación bilingüe—, la actual “reforma a la reforma educativa” la mantiene a nivel meramente discursivo y omite los métodos y procedimientos para ampliarla a otros aspectos, aparte del meramente bilingüe, y establecer líneas, normas, métodos y procedimientos para convertirla en actos concretos.<sup>7</sup>

### III. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El más importante en cuanto al presente trabajo es la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>8</sup> que postula principios y valores fundamentales para el desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas y equiparables, y cuya esencia debe orientar tanto las normas, políticas, programas y acciones de los órganos del poder público, como la cultura y la vida social. Entre ellos hay algunos que simplemente enunciaremos a continuación, y cuyo análisis individual y de conjunto quedará pendiente para una ocasión posterior, por exceder los alcances del presente trabajo; sin embargo, incluimos a continuación algunos de sus numerales que destacan por relacionarse con el tema tratado:

Art. 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Art. 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedi-

---

<sup>7</sup> Al respecto, véase Mendoza Zuany, Rosa Guadalupe, “Educación intercultural bilingüe en la reforma educativa: marginalidad y desplazamientos”, en Martínez Bordón, Arcelia y Navarro Arredondo, Alejandro (coords.), *La reforma educativa a revisión. Apuntes y reflexiones para la elaboración de una agenda educativa 2018-2024*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, pp. 123 y ss.

<sup>8</sup> [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).



mientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Art. 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Art. 24. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Art. 26.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate...

Art. 29.1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna...

Art. 30.

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares...

Artículo 32.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 38. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos...

#### Notas

1) La consulta debería hacerse antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, en particular cuando se desarrollen de manera particular proyectos productivos relacionados con la “utilización y explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

2) Es este sentido es preciso que los estados miembros creen un marco normativo para llevar a cabo las consultas en los pueblos indígenas tal como ya lo hacen regímenes constitucionales como el de Bolivia y Perú.

## IV. LEGISLACIÓN SECUNDARIA

Dentro de la presente investigación se llevó a cabo el análisis a la legislación que se denomina *secundaria*, relacionada con los preceptos constitucionales e internacionales en materia de consulta indígena que se han señalado con anterioridad.

En el mismo tenor ya señalado, el tratamiento individual de estos ordenamientos rebasa los alcances de este trabajo, aunque en el cuadro siguiente se enlistan y se hacen comentarios sobre el contenido relacionado con el tema en estudio para un análisis posterior de mayor amplitud y profundidad:

Ley de la CNDH <sup>9</sup>	No se encontraron referencias específicas a la consulta indígena.
Ley de Nacionalidad <sup>10</sup>	No se encontraron referencias específicas a la consulta indígena.
Ley Federal de Consulta Popular <sup>11</sup>	No se encontraron referencias específicas a la consulta indígena.
Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz en Chiapas 1995 <sup>12</sup>	No ha sido modificada en 25 años. No se encontraron referencias específicas a la consulta indígena.
Ley Federal de Responsabilidad Ambiental <sup>13</sup>	No se encontraron referencias específicas a la consulta indígena.
Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres <sup>14</sup>	No se encontraron referencias específicas a la consulta indígena.
Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión <sup>15</sup>	Entre las atribuciones del Instituto Federal de Telecomunicaciones (Ifetel) se encontraron algunos dispositivos relacionados con el tema: Art. 1. Fracción XL. Formular, de considerarlo necesario para el ejercicio de sus funciones, consultas públicas no vinculatorias ( <i>sic</i> ), en las materias de su competencia; Artículo 51. Para la emisión y modificación de reglas, lineamientos o disposiciones administrativas de carácter general, así como en cualquier caso que determine el Pleno, el Instituto (Ifetel) deberá realizar consultas públicas bajo los principios de transparencia y participación ciudadana, en los términos que determine el Pleno (del Consejo), salvo que la publicidad pudiera comprometer los efectos que se pretende resolver o prevenir en una situación de emergencia...

<sup>9</sup> [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/normatividad/Ley\\_CNDH.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/normatividad/Ley_CNDH.pdf).

<sup>10</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/53.pdf>.

<sup>11</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCPo.pdf>.

<sup>12</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/177.pdf>.

<sup>13</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA.pdf>.

<sup>14</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIMH\\_140618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIMH_140618.pdf).

<sup>15</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR\\_020419.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_020419.pdf).

	<p>Párrafo 3o. El Instituto contará con un espacio dentro de su portal de Internet destinado específicamente a publicar y mantener actualizados los procesos de consultas públicas y un calendario con las consultas a realizar, conforme a los plazos y características generales que para éstos determinen los lineamientos que apruebe el Pleno. Las respuestas o propuestas que se hagan al Instituto no tendrán carácter vinculante (insiste), sin perjuicio de que el Instituto pondere las mismas en un documento que refleje los resultados de dicha consulta.</p> <p>Art. 67.</p> <p>Párrafo 3o.: Las concesiones para uso social indígena, se podrán otorgar a los pueblos y comunidades indígenas del país de conformidad con los lineamientos que emita el Instituto y tendrán como fin la promoción, desarrollo y preservación de sus lenguas, su cultura, sus conocimientos promoviendo sus tradiciones, normas internas y bajo principios que respeten la igualdad de género, permitan la integración de mujeres indígenas en la participación de los objetivos para los que se solicita la concesión y demás elementos que constituyen las culturas e identidades indígenas (<i>deja afuera temas muy importantes insertos en la Constitución como por ejemplo el desarrollo</i>).</p>
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación <sup>16</sup>	<p>Artículo 15 Bis. Cada uno de los poderes públicos federales y aquellas instituciones que estén bajo su regulación o competencia, están obligados a realizar las medidas de nivelación, las medidas de inclusión y las acciones afirmativas necesarias para garantizar a toda persona la igualdad real de oportunidades y el derecho a la no discriminación.</p> <p>Artículo 20. Atribuciones del Consejo (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Conapred)</p> <p>LI. Emitir opiniones sobre las consultas que, relacionadas con el derecho a la no discriminación, se le formulen;</p> <p>Artículo 23. La Junta de Gobierno (del Conapred) estará integrada por la persona que ocupe la Presidencia del Consejo, siete representantes del Poder Ejecutivo Federal y siete de la Asamblea Consultiva del Consejo (<i>en esta Junta no hay representación de organizaciones ni de instituciones indígenas</i>).</p>

<sup>16</sup> Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262\\_210618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262_210618.pdf).

	<p>La representación del Poder Ejecutivo Federal se conformará con las siguientes dependencias y entidades:... <i>(omite organismos relacionados con los pueblos y comunidades indígenas y equiparables, por ejemplo, al Instituto Nacional Indigenista, solo por mencionar uno).</i></p> <p>Artículo 31. La Asamblea Consultiva (del Consejo) es un órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle el Consejo en Materia de Prevención y Eliminación de la Discriminación (en esta Asamblea no hay representación de organizaciones ni instituciones indígenas).</p>
Ley de Desarrollo Rural Sustentable <sup>17</sup>	<p>Artículo 14. En el marco del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales de las dependencias y entidades que la integren, la Comisión Intersecretarial para el Desarrollo Rural Sustentable propondrá al Ejecutivo Federal, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 7, 9 y 22 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 19 y 26 de la Ley de Planeación, el Programa Especial Concurrente para el Desarrollo Rural Sustentable que comprenderá las políticas públicas orientadas a la generación y diversificación de empleo y a garantizar a la población campesina el bienestar y su participación e incorporación al desarrollo nacional, dando prioridad a las zonas de alta y muy alta marginación y a las poblaciones económica y socialmente débiles.</p> <p>Artículo 15. El Programa Especial Concurrente al que se refiere el artículo anterior, fomentará acciones en las siguientes materias:...</p> <p>XII. Impulso a la cultura y al desarrollo de las formas específicas de organización social y capacidad productiva de los pueblos indígenas, particularmente para su integración al desarrollo rural sustentable de la Nación...</p> <p>Artículo 31. Los Distritos de Desarrollo Rural coadyuvarán a la realización, entre otras, de las siguientes acciones:...</p> <p>IX. Proponer al Consejo Estatal, como resultado de las consultas respectivas, los programas que éste deba conocer en su seno y se consideren necesarios para el fomento de las actividades productivas y el desarrollo rural sustentable;</p>

<sup>17</sup> Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/235\\_120419.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/235_120419.pdf).

	<p>X. Realizar las consultas y acciones de concertación y consenso con los productores y sus organizaciones, para el cumplimiento de sus fines;...</p> <p>Artículo 52. Serán materia de asistencia técnica y capacitación:...</p> <p>IV. La preservación y recuperación de las prácticas y los conocimientos tradicionales vinculados al aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, su difusión, el intercambio de experiencias, la capacitación de campesino a campesino, y entre los propios productores y agentes de la sociedad rural, y las formas directas de aprovechar el conocimiento, respetando usos y costumbres, tradición y tecnologías en el caso de las comunidades indígenas (<i>omite mencionar lo respectivo a la capacitación en el ejercicio de esos derechos y prerrogativas en la materia, tal como lo postula el instrumento internacional comentado</i>).</p> <p>Artículo 56. Se apoyará a los productores y organizaciones económicas para incorporar cambios tecnológicos y de procesos tendientes a:...</p> <p>V. Buscar la transformación tecnológica y la adaptación de tecnologías y procesos acordes a la cultura y los recursos naturales de los pueblos indígenas y las comunidades rurales;</p> <p>Artículo 154. Los programas del Gobierno Federal, impulsarán una adecuada integración de los factores del bienestar social como son la salud, la seguridad social, la educación, la alimentación, la vivienda, la equidad de género, la atención a los jóvenes, personas de la tercera edad, grupos vulnerables, jornaleros agrícolas y migrantes, los derechos de los pueblos indígenas, la cultura y la recreación; mismos que deberán aplicarse con criterios de equidad.</p> <p>Artículo 157. El Instituto Mexicano del Seguro Social formulará programas permanentes de incorporación de indígenas trabajadores agrícolas, productores temporales (sic) de zonas de alta marginalidad y todas aquellas familias campesinas cuya condición económica se ubique en pobreza extrema, a los cuales la Ley del Seguro Social reconoce como derechohabientes de sus servicios dentro del régimen de solidaridad social.</p>
--	--

	<p>Artículo 175. Los ejidatarios, comuneros, pueblos indígenas, propietarios o poseedores de los predios y demás población que detente o habite las áreas naturales protegidas en cualesquiera de sus categorías, tendrán prioridad para obtener los permisos, autorizaciones y concesiones para desarrollar obras o actividades económicas en los términos de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, de la Ley General de Vida Silvestre, de las normas oficiales mexicanas y demás ordenamientos aplicables.</p> <p>Artículo 176. Los núcleos agrarios, los pueblos indígenas y los propietarios podrán realizar las acciones que se admitan en los términos de la presente Ley, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley General de Vida Silvestre y de toda la normatividad aplicable sobre el uso, extracción, aprovechamiento y apropiación de la biodiversidad y los recursos genéticos.</p> <p>La Comisión Intersecretarial, con la participación del Consejo Mexicano, establecerá las medidas necesarias para garantizar la integridad del patrimonio de biodiversidad nacional, incluidos los organismos generados en condiciones naturales y bajo cultivo por los productores, así como la defensa de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas y campesinos.</p>
<p>Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables<sup>18</sup></p>	<p>Art. 43 (últimos 3 párrafos).</p> <p>En igualdad de circunstancias, tendrán preferencia las solicitudes de las comunidades indígenas. Cuando la concesión o permiso pueda afectar el hábitat de alguna comunidad indígena la autoridad deberá recabar el parecer de los representantes de dicha comunidad.</p> <p>Con el fin de apoyar las actividades productivas de las comunidades indígenas, la Secretaría promoverá programas que favorezcan su desarrollo sustentable. Asimismo, les dotará de estímulos, recursos y tecnologías para que incrementen sus capacidades productivas.</p> <p>La Secretaría establecerá los procedimientos y mecanismos necesarios, para que los títulos o documentos en los que consten las concesiones y permisos sean traducidos a las lenguas de los concesionarios o permissionarios pertenecientes a los pueblos indígenas, o bien, para asegurar que les sea interpretado su contenido...</p>

<sup>18</sup> Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS\\_240418.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS_240418.pdf).

Ley Federal de Zonas Económicas Especiales <sup>19</sup>	Artículo 18. Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en las Zonas y su Área de Influencia, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, la Secretaría de Gobernación y la Secretaría, en forma coordinada, realizarán los procedimientos de consulta previa, libre e informada necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, con la participación que corresponda a las entidades federativas y municipios involucrados.
Ley General de Transparencia y Acceso a la Información <sup>20</sup>	Art. 13. (último párrafo): Los sujetos obligados buscarán, en todo momento, que la información generada tenga un lenguaje sencillo para cualquier persona y se procurará, en la medida de lo posible, su accesibilidad y traducción a lenguas indígenas. Art. 42: ( <i>Atribuciones de los organismos garantes</i> )... XIII. Coordinarse con las autoridades competentes para que, en los procedimientos de acceso a la información, así como en los medios de impugnación, se contemple contar con la información necesaria en lenguas indígenas y Formatos Accesibles, para que sean sustanciados y atendidos en la misma lengua y, en su caso, se promuevan los Ajustes Razonables necesarios si se tratara de personas con discapacidad;...

De lo anterior se infiere que la legislación secundaria incidente en el tema de la consulta indígena es en algunos casos inexistente; en otros, paternalista, al hacer meramente concesiones sin propiciar la participación de los pueblos y comunidades originarios y equiparables en las decisiones que les afectan ya sea directa o indirectamente, y en otros más meramente declarativos, al omitir la forma en hacer efectivas las disposiciones enunciadas.

## V. CONSULTA INDÍGENA Y PODER JUDICIAL

Como se ha mencionado al inicio del presente trabajo, el sistema constitucional vigente asume un nuevo paradigma con el que se pretende evolucionar del sistema legalista de corte paleopositivista autoritativo, a uno garantista de corte neoconstitucional valorativo, misión en la que el Poder Judicial juega un papel fundamental, en aspectos tan relevantes como la ponderación en

<sup>19</sup> Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFZEE.pdf>.

<sup>20</sup> Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>.



el equilibrio entre hechos y derecho, o la argumentación como medio para resolver casos bajo parámetros racionales y objetivos, con los que se haga efectivo ese antiguo y aún vigente precepto de Ulpiano, sustento del principio máximo y fin último de la justicia: dar a cada quien lo que corresponde, más aun tratándose de un tema en el que la legislación y otros instrumentos jurídicos como los tratados internacionales —tal como se ha podido constatar— es en su mayoría meramente declarativa, y en ciertos casos patrimonialista y ambigua.

Tan importante resulta la tarea jurisdiccional en el nuevo sistema, que Norberto Bobbio ha llegado a declarar el siglo XXI como “el siglo del Poder Judicial” (Giraldo, pp. 1 y ss.) y que por lo mismo se requiere un nuevo perfil de juez, dotado de un blindaje de conocimientos en derechos fundamentales, organización y funcionamiento del poder público, en el contexto jurídico y jurisdiccional internacional y en las distintas materias relacionadas con su especialidad.

Sin duda, el juez debe dejar de ser meramente la “boca de la ley”, para convertirse en un agente activo, de acompañamiento social, comprometido con la *lex* o el sentido profundo de justicia, y para lograrlo debe enfrentar y ganar la lucha contra las malas prácticas y los vicios arraigados.

La eficacia procesal y de todo el sistema jurídico en su conjunto depende de estos factores, y más aún en temas como el ambiente y la administración del territorio, que padecen de una gran fragilidad procesal, factor tan necesario para garantizar efectivamente los derechos ambientales y propiciar un desarrollo social realmente sustentable, no sólo en términos ecológicos, sino también económicos, políticos, sociales y culturales.

El juez del nuevo siglo debe ejercer el denominado “poder-deber de tutela” de la constitucionalidad, previsto también en el nuevo sistema. En tal sentido, debe valorar los intereses de las partes, cuidando siempre la observancia de principios fundamentales, nuevos y renovados, tales como el pro persona, el debido proceso, el interés superior del menor, el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, la interpretación conforme, procurando siempre el justo equilibrio de los distintos intereses en juego que deben ser armonizados, como los comunitarios, los nacionales, los derivados de los compromisos internacionales adquiridos vía tratados y convenios y, en su caso, aplicando de forma correcta medidas cautelares correspondientes.

De ahí que resulte imperioso ampliar las perspectivas de acción del juez: fortalecer los mecanismos probatorios para prevenir y solucionar los hechos eventualmente dañinos de las comunidades afectadas, no sólo en lo general, sino en lo particular; hacer que las sentencias se vuelvan realmente

ejecutables; crear cuerpos periciales adecuados, capacitar en estos temas al personal judicial (administrativo, de investigación) a su cargo; contar con medios adecuados para realizar inspecciones judiciales, superando las barreras de facto además de las culturales.

En ese mismo orden de ideas, en lo tocante a consulta indígena amerita remarcar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reiterado en diversas sentencias la necesidad de respetar el derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados, de buena fe y a través de sus representantes, con la finalidad de llegar a un acuerdo cada vez que se prevean medidas legislativas que sean susceptibles de afectarles directamente,<sup>21</sup> aunque desafortunadamente el impacto real de estas declaraciones aún siga siendo relativo.

## VI. CONCLUSIONES

La consulta indígena es un tema sensible de nuestra constitucionalidad, por diversos factores. De manera enunciativa resaltan algunos puestos a la vista como producto del presente trabajo:

Es producto de la realidad social que se hizo visible a partir del surgimiento del movimiento social zapatista en 1994 sumándose dentro del paquete de reformas a la Constitución de la República y las leyes *secundarias*, y actualizada posteriormente al asumir el Estado mexicano la integración al sistema jurídico nacional de preceptos contenidos en diversos instrumentos internacionales, entre los que sobresale la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 13 de septiembre de 2007.

Va más allá del tema meramente indigenista; es parte instrumental de un derecho que sustenta todo el andamiaje constitucional, como lo es el artículo 39 de la carta magna en cuanto a la potestad del pueblo del Estado (la comunidad política) en el que reside la soberanía nacional, de decidir sobre la forma de su gobierno, además de conformar una prerrogativa (derecho-obligación) en la toma de decisiones relacionadas con la gobernanza y el desarrollo a todas las escalas en su sentido amplio, y por lo mismo se amplía, como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, a otros ámbitos importantes del quehacer gubernamental.

---

<sup>21</sup> Al respecto, se sugiere revisar las sentencias del pleno sobre la controversia constitucional 32/2012 del 29 de mayo de 2014; y sobre las acciones de inconstitucionalidad 83/2015 19 de octubre del 2015; 31/2014 del 12 de marzo de 2016; 84/2016 del 28 de julio del 2018, y 121/2017 del 28 de junio de 2018.

A pesar de tener un sustento constitucional considerable, en los hechos ha sido menospreciada y en muchos casos omitida al momento de la producción legislativa que la instrumente y de la toma de decisiones en la realización de políticas, planes, programas y acciones de gobierno, situación que continúa hasta el momento. De ello ha dejado y sigue dejando constancia el Poder Judicial en sus resoluciones, en específico las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque vale decir que su intervención ha quedado en gran parte de los casos a nivel meramente declarativo. El tema, sin duda, da para investigaciones posteriores de mayor amplitud y profundidad.

Como en muchos otros casos de inaplicación de lo proclamado y dispuesto en la Constitución de la República, la voluntad política, el liderazgo, la determinación de procesos claros y precisos y los medios sancionatorios por incumplimiento son clave para que la consulta indígena se convierta en actos concretos, en una forma de ver y vivir la gobernanza y un Estado constitucional democrático. La coyuntura nos da la oportunidad para hacerlo. Nos afecta a todos, nos incumbe a todos, nos conviene a todos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- GIRALDO, Jesael, *El juez del siglo XXI, Democracia Siglo XXI*, <https://teodulolopezmelendez.wordpress.com/2011/04/01/el-juez-el-siglo-xxi>.
- GROTZ, Florian, Dieter Nöhlen. *El contexto hace la diferencia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2734/6.pdf>.
- HARVEY, Neil, *¿Hay una economía zapatista? La otra campaña y alternativas al neoliberalismo*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2006.
- ONU, Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas, disponible en: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).
- ONU, “Medios de comunicación y pueblos indígenas. Abrir la comunicación para escuchar diferentes voces”, México, 9 de agosto de 2007, disponible en: [https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/foromediasyPI.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/foromediasyPI.pdf).
- ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, disponible en: <https://merca.ba.org/SANLUIS/Filosofia/autores/Contempor%C3%A1nea/Ortega%20y%20Gasset/Meditaciones%20del%20Quijote.pdf>.

## DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LEGITIMIDAD POLÍTICA

Fabio LARA CERÓN\*

SUMARIO: I. *Historia y legitimación política.* II. *Legitimidad popular y democracia.* III. *Renovación del poder público en la democracia.* IV. *Democracia social.* V. *Enfoque teórico de la democracia.* VI. *Democracia directa.* VII. *Democracia representativa o indirecta.* VIII. *Democracia semidirecta.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

Inicio este capítulo haciendo énfasis en que la historia es una ciencia eminentemente toral en el conocimiento de un país, mismo que para su cabal desarrollo, requiere de una paz debidamente consensada, no impuesta, donde la correcta aplicación de la justicia garantice la seguridad jurídica en bien de un pueblo, porque es evidente que en los países donde se han asentado diversos grupos humanos —con diferentes culturas e intereses—, se corre el riesgo de que no haya una armoniosa relación entre los gobernantes y gobernados, puesto que no siempre se genera un ambiente de cordialidad y equilibrio entre todos los sectores sociales de los estados o países.

Algunas de las causas de estas disociaciones de las sociedades pueden ser que no están satisfechas con la forma de elección de sus gobernantes, la extensión de sus territorios, o la invasión de éstos —en virtud de que se encontraban en una etapa de consolidación— o que, al existir diversidad de culturas y conflictos de intereses, se ven en la necesidad de recurrir a las guerras para seguir conservando su territorio, su forma de gobierno, su cultura y todo vínculo de identidad que los hace ser unidos y constituirse como una nación autónoma, libre e independiente, con gobiernos propios que les

---

\* Maestro en Derecho constitucional y amparo por el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJUREP), y director de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

permitan otorgar a todos y cada uno de sus gobernados la plena satisfacción de sus necesidades y legítimas aspiraciones.

Lo anterior, porque esos grupos sociales han sido partícipes de un devenir histórico derivado de un proceso democrático, pacífico y transparente en el cual imperó la legalidad en bien de toda una colectividad, dando así la oportunidad para que los gobernantes ejerzan y desarrollen sus funciones de manera adecuada, apegadas a la ley, sin actos de corrupción, de injusticia, tiranía o traición a la patria.

Por tan loables razones, es sumamente importante el estudio de la democracia, porque por medio de ella se determinan las formas de gobierno, y en particular por las que nuestro México ha transitado en su definición del rumbo y consolidación como país.

Es así que me permito hacer una semblanza muy sintetizada del tema de la democracia, en el marco de esta obra que honra la trayectoria de uno de nuestros más connotados académicos y líderes intelectuales, el doctor Serafin Ortiz Ortiz.

## I. HISTORIA Y LEGITIMACIÓN POLÍTICA

La historia de nuestro México se ha escrito por épocas en las cuales se han destacado inteligentes y valientes patriotas mexicanos que han pasado a la gloria de la inmortalidad, gracias a sus trascendentales acciones y justas heroicas, derivadas de sus firmes principios, convicción nacionalista, patriotismo acendrado y preocupación por el bienestar o prosperidad y seguridad de una colectividad, siendo todo esto el punto de partida, la causa fundamental o el fin último por el que se defiende la estabilidad, independencia y desarrollo —aun cuando por ello se generen movimientos políticos, sociales y hasta movimientos armados, en los que se han sacrificado un incalculable número de vidas de seres humanos, principalmente de los sectores sociales más desprotegidos.

Es así que estos próceres, en aras de obtener un mejor nivel de vida para sí y los suyos, han sido sujetos de verdaderas hecatombes sociales, que al paso del tiempo la historia nacional —por su singular importancia— las registra como actos heroicos, inmortalizando la acción de quienes participaron en ellas, dando cuenta de esas hazañas en célebres páginas que quedan para el loor eterno de las generaciones presentes y futuras, quienes de manera directa e indirecta reciben sus beneficios.

Desde los años 1325 a 1519, gobernados por una línea dinástica de emperadores, los aztecas tuvieron 194 años de esplendor; empero, con la llega-

da de Hernán Cortés y sus huestes, se desarrolla la conquista de México que concluye con la toma de Tenochtitlan el 13 de agosto de 1521, iniciándose a partir de esa fecha una nueva forma de gobierno, siendo representada por el capitán general y justicia mayor Hernán Cortés; posteriormente, la de capitán general y gobernador de la Nueva España que recayó en él mismo hasta 1524; posteriormente, al periodo de 1524 a 1526, se le conoce como el gobierno de los “oficiales reales”. Y en el lapso de 1526 y 1527, hubo la designación de varios gobernadores provisionales de la Nueva España, hasta que en 1528 se instituye el gobierno de Audiencias, siendo nombrados sus integrantes por la Corona española, durando este tipo de gobierno hasta 1535; finalmente, por los abusos cometidos por tales Audiencias, sobre todo por la primera, a partir de 1535 y hasta el año de 1821 se estableció el Virreinato para la Nueva España, habiendo existido un total de 63 virreyes, 62 de ellos nombrados por el rey de España, a excepción del penúltimo que fue de facto, y muy breve en su función, don Francisco de Novella, quien fue nombrado por una Junta Militar.

A partir del año 1821, al inicio de nuestra Independencia —formalizada luego de la firma de los Tratados de Córdoba—, se tuvo un emperador y un triunvirato; una vez promulgada la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos en 1824, se habilitó una forma de gobierno republicano y federal, pero al realizarse el cambio de poderes hubo una pugna nuevamente entre los bandos centralistas y federalistas, de donde surgió otro triunvirato; posteriormente, siendo presidente Antonio López de Santa Anna, por medio de la promulgación de las Siete Leyes, se estableció un gobierno centralista, y durante todo el tiempo que gobernó Santa Anna, existió la pugna entre liberales y conservadores, situación que originó un nuevo Congreso Constituyente, del cual surgió la Constitución Política de la República Mexicana de 1857.

En los años siguientes, se dio la existencia de dos formas de gobierno: uno republicano y otro monárquico, con Benito Juárez y Maximiliano de Habsburgo, respectivamente; luego, a la muerte de Juárez (que había reducido al enviado europeo en Querétaro), Sebastián Lerdo de Tejada asume la presidencia de la República para hacerse cargo de la misma, hasta que Porfirio Díaz asume después la primera magistratura por más de treinta años, y no será sino que por medio de un movimiento armado revolucionario y con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se genera un ambiente de aparente paz y respeto a la soberanía del pueblo, con la permanencia un partido hegemónico por más de setenta años en el poder, siendo hasta el año 2000 cuando se dio la alternancia en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal.

No obstante, a pesar de este pasado inmediato de sucesión política alternativa, y de los esfuerzos que realizan las instituciones electorales, los partidos políticos, las instituciones educativas y los medios de comunicación, aun no son factores suficientes para eliminar o al menos combatir en gran medida la pobreza tanto en nuestra entidad federativa como en México y en algunos países del mundo.

Esta realidad se suma a la diversidad de partidos políticos existentes, partícipes en las contiendas electorales que inciden en el hecho de que el triunfador de los comicios electorales no sea elegido por una mayoría absoluta, y, por ende, se incurra en un escenario de inconformidades en no pocas ocasiones, impugnándose los resultados.

Esta situación se corrobora con lo que refiere Jorge Mario Lescieur Talavera, que cuando cita a Maurice Duverguer, nos dice:

...la legitimación del poder no es otra cosa que el hecho de que es reconocido por tal por los miembros de la colectividad, o al menos por la mayoría de ellos... la fuente única de legitimidad definido por el sistema de valores y de normas de la colectividad donde se ejerce y que exista un consenso en el interior de esta sobre dicho esquema.<sup>1</sup>

Considero prudente en este apartado, hacer mención de estas circunstancias que se presentan en nuestra entidad federativa de Tlaxcala, con los resultados de las dos últimas elecciones locales que se han realizado, y donde se demuestra que no obstante el pluripartidismo, la influencia de los medios de comunicación, el grado de cultura que poseen las nuevas generaciones, entre otros factores, se sigue dando el fenómeno del abstencionismo, atribuido a diversas causas.

Una de ellas es porque los resultados obtenidos dependen de si es una autoridad administrativa o legislativa a la que se elige, será entonces que a la ciudadanía le interesa más participar por elegir a aquella autoridad con la que va a tener mayor relación y de la que considera obtener mayor apoyo para la solución de sus diferentes problemas económicos, de servicios públicos y de educación que los conduzcan a una mejor calidad de vida, a diferencia de aquella autoridad legislativa, de quien solamente recibirá orientación y gestoría, pero no recursos de manera directa, porque esa no es su función.

Otra razón es porque el candidato del partido al que pertenece no responde a sus expectativas de superación o bien ningún otro candidato de

---

<sup>1</sup> Nohlen, Dieter, voz "Elecciones", *Diccionario Electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, 1989.

los partidos contendientes. A su vez, está el medio social y geográfico en el que se desenvuelve el votante, o la no existencia de sanción por el incumplimiento del derecho de votar (como ocurre en Argentina), las deficientes administraciones anteriores que lo han defraudado en su confianza y algunos otros elementos que hacen que la ciudadanía distraiga su atención en otras actividades y se olvide de votar, de ejercer sus derechos y sus prerrogativas, las cuales están sujetas a una condición jurídica.

Ello no obstante que los derechos humanos se tienen desde que el ser humano ha nacido, como lo es el derecho a la vida y a su libertad, así como el derecho a que el Estado le proporcione seguridad y todas las condiciones indispensables para su realización y superación a través de un verdadero ejercicio y aplicación de la democracia.

## II. LEGITIMIDAD POPULAR Y DEMOCRACIA

El término “democracia” en nuestro régimen es empleado de manera exhaustiva durante las campañas electorales para contextualizar la elección de las autoridades legislativas y administrativas.

Todo parece indicar que es una palabra o un concepto reservado exclusivamente para ser utilizado en un ritual político, en el cual, por sus características peculiares, es ahí donde sólo puede causar impacto, efecto o resultado que un candidato pretende obtener entre sus simpatizantes, militantes y todos los ciudadanos que lo escuchan. Y de modo práctico, se representa durante sus eventos políticos, y tales actos, prácticas y objetivos consisten en convencer a la ciudadanía para que el día de la contienda electoral acuda a las urnas a depositar su voto en favor de su candidatura y así obtener el añorado triunfo. Pero una vez logrado éste, como por arte de magia desaparece el ideario de la ahora ya autoridad o servidor público, así como los compromisos contraídos durante la campaña, y aquel candidato optimista, visionario, accesible y entusiasta, se convierte en frío y calculador político, realista y reservado, técnico y moderado en su vocabulario, que evita relación con congregados masivos populares y prefiere las ceremonias oficiales, la comunicación con sus iguales y superiores jerárquicos. Sus compromisos de convivencia ya no son con sus representados, porque su investidura le implica dirigir su atención a asuntos de gran importancia con máximas autoridades, hecho que le impide atender problemas de su gente, por ser —supone— de ínfima importancia.

Este tipo de comportamiento es el que desmoraliza a la ciudadanía, que ilusionada acudió a las urnas con la esperanza de mayores expectativas de



progreso que los conduzcan a mejores estadios de vida, y que al no darse, en posteriores contiendas electorales se refleja en abstencionismo o bien en cambio de militancia hacia otro partido político, lo que determina que los próximos candidatos se conviertan en nuevas autoridades con un menor número de votos, no alcanzando una mayoría absoluta, siendo así no debidamente legitimados en el poder.

Giovanni Sartori nos dice que “el poder es del pueblo”,<sup>2</sup> y se establece una concepción sobre las fuentes de la legitimidad del poder.

Para este efecto, democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa en concreto si es en cuanto libremente consentido.

Tal aseveración tiene relación con lo que la Constitución General de la Republica establece en su artículo 39: “La soberanía nacional, reside esencial y originalmente en el pueblo, todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

Giovanni Sartori, nos indica “que existe democracia si el poder es legítimo, si emana de la voluntad popular, que si la designación de los dirigentes no proviene del consenso popular, no hay democracia”.<sup>3</sup>

Esto implica que, si el pueblo como soberano no participa legitimando a sus autoridades en las elecciones respectivas, no se está ante una verdadera democracia que genere como consecuencia gobiernos aceptados por la gran mayoría, que pueden llevar a cabal realización, planes y programas de trabajo que redunden en beneficios colectivos. Entonces, ¿hasta cuándo las condiciones culturales, económicas y sociales serán las adecuadas para que en nuestra entidad y en el país entero se logre tener la mayoría absoluta de participación ciudadana en las elecciones populares?

Y no nada más eso, sino que nuestras normas electorales de igual manera establezcan los procedimientos y las formas, a efecto de exigir que una autoridad de elección popular sea legalmente reconocida, sólo si es legitimada en el poder por una mayoría absoluta de la ciudadanía, porque es la forma de participación ciudadana más conveniente para lograr el desarrollo económico sustentable de los pueblos, que genere a su vez la paz social debidamente consensada y duradera que permita a todo individuo su integra realización como profesional, empresario, político, comerciante, trabajador, y como ser humano parte de una familia, de una sociedad y de una nación.

---

<sup>2</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Patria, 1997.

<sup>3</sup> *Idem.*

En tal virtud, nuestros gobernantes, sus instituciones y órganos del poder deben acentuar su interés en el aspecto político electoral para evitar conflictos sociales de funestas consecuencias, situación que nos demuestra Roberto Bergalli y Eligio Resta, quienes, al citar a Elías Canetti, nos dicen que “con cada voto la guerra se aleja, pero al mismo tiempo también se perpetúa”.<sup>4</sup>

Los números cuentan como fuerza también en la elección de los diputados; la campaña electoral es ese reflejo ritual en el cual está permitido ofender, desvalorizar, denigrar políticamente al adversario, escarneciéndolo, deslegitimándolo. Es obvio que durante el tiempo que señala el derecho electoral de nuestro país y en lo particular en Tlaxcala para realizar campañas electorales, los respectivos candidatos contendientes lo aprovechan para dar a conocer su ideología, sus proyectos políticos, su trayectoria política, cultural y profesional, recaudar inquietudes, sugerencias, advertir necesidades y contraer compromisos. Sin embargo, las leyes electorales no pueden evitar que este espacio de tiempo, también sea utilizado para denigrar al adversario, desvirtuar a los demás partidos políticos, confrontar a la ciudadanía, dividir criterios y opiniones, empleando la generalidad de las veces un discurso falaz, demagógico e incendiario que genera lacras y diferencias difíciles de superar en las sociedad, porque se convierten en secuelas que en cada periodo de elecciones se reavivan, se consolidan y se hacen más grandes y fuertes, conduciéndonos a la irreconciliación política entre los ciudadanos.

Canetti indica respecto de esta realidad negativa:

La metamorfosis de la guerra en guerra parlamentaria, el abandono de la violencia que consiste en la batalla confiada a los números, esto es lo que marca la diferencia. Cada voto aleja una agresión: pero, quien tome como juego esos números, quien los confunda, los falsifique, lo que hace es dejar nuevamente un espacio a la muerte sin darse cuenta de ello.

A pesar de todo lo benéfico que resulta lograr la máxima participación de la ciudadanía en la elección de sus gobernantes, de las fuertes inversiones económicas de los partidos políticos y que sus candidatos con el fin de obtener la aceptación del pueblo y alcanzar el triunfo anhelado, finalmente sólo se queda en un intento más, en una hazaña emprendida que se consolida parcialmente para el candidato triunfador en lo personal, pero en lo medular —que es politizar a los electores, concientizarlos de sus responsa-

---

<sup>4</sup> *Idem.*

bilidades ciudadanas, para con su municipio, entidad federativa o país— realmente no se logra.

A esto debemos agregar que, en los últimos tiempos, las elecciones tanto locales como federales siguen dentro del marco tradicional de acción perniciosa, donde lo que más se ha acentuado es la típica dádiva de la propaganda política, que en nada asegura al candidato —que por el hecho que el ciudadano lo acepte— sea ya una razón más que suficiente para obtener un voto a su favor.

Al no aplicarse la democracia sustantiva, la indiferencia política sigue manifiesta, al no reflejarse el compromiso con un gran sector de la ciudadanía, donde existe otra elevada proporción de las masas populares que prefieren el aislamiento político, autodenominándose apolíticos; del otro lado, para algunos ciudadanos les es cómodo condicionar su voto con base en la solicitud de mayores regalías, o al grado mismo de canjearlo por dinero, lo que se califica como corrupción política, costumbre de la que candidatos y partidos políticos perdedores se quejan al final de la jornada y en ese argumento justifican y ocultan la no aceptación de la autoridad electa por la mayoría de la ciudadanía.

Estas circunstancias nos dan motivo para aseverar que no se puede hablar de una efectiva democracia representativa, sobre todo si la consideramos como nos la plantea Javier Patiño Camarena: “Democracia representativa es la forma de organización política en la que todos los ciudadanos tienen participación en la voluntad general, crean el Estado, conforman el gobierno y eligen a sus representantes”.<sup>5</sup>

Me parece importante destacar el texto “Forma de organización política en la que todos los ciudadanos tienen participación en la voluntad general...”, porque surgen así interrogantes como las que siguen: ¿en realidad todos los ciudadanos tienen participación en las decisiones de beneficio general? o ¿todo individuo sabe a ciencia cierta lo que significa democracia? Obviamente las respuestas a estas interrogantes las podemos encontrar a través de encuestas que efectuemos para tal fin; pero eso no es lo fundamental, sino más bien es el cómo erradicar esa indiferencia, apatía, conformismo, carencia de cultura; es necesario un correcto, interesante o motivante y adecuado empleo de los medios masivos de comunicación, para contribuir a la efectiva y real participación ciudadana, para que la ciudadanía sea debidamente representada en el marco político, derivando esta inercia en mejores administraciones y eficientes legislaciones por parte de nuestros go-

---

<sup>5</sup> Patiño Camarena, Javier, *Derecho electoral mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

bernantes, desempeñando cabalmente su función representativa, de la cual González Ibarra en su obra *Epistemología*, nos dice que “la función representativa está definida tanto por las prácticas políticas y sociales, y constituye una “representación electiva”, sin que se pueda analizar fuera del sistema político en conjunto, bajo la condición de ser elecciones competitivas con respeto del libre voto y los procesos electorales.

La representación es un fenómeno complejo, que en su núcleo consiste en un proceso de elección de los gobernantes y de control sobre su obra, a través de la existencia de un marco jurídico que permite la participación ciudadana para elegir a sus gobernantes, mediante el libre voto en elecciones competitivas con la imperante necesidad de limitar a las autoridades en el poder y promover el cumplimiento de éstas con sus funciones de acuerdo con las facultades y obligaciones que la ley les señale, y así sean salvaguardados los derechos fundamentales de sus representados.

Al no darse estas circunstancias en nuestra entidad, se tiene el imprescindible deber, por parte de todas las instituciones educativas, políticas y civiles, de fomentar la conciencia política en el joven ciudadano, la idea de fraternidad y solidaridad para con su sociedad, entidad y país, porque la personalidad de la ciudadanía no es solamente haber cumplido el requisito de la mayoría de edad, y así sentirse libre, emancipado, desligándose de ciertos valores y del vínculo familiar; por el contrario, es necesario hacer del joven ciudadano un ente social con mayor responsabilidad, participativo, propositivo, crítico, analítico, dinámico, que funde en la ciencia, la cultura y el trabajo su propio porvenir y el bienestar de los demás, que entienda la ciudadanía como “una capacidad de goce y ejercicio de los derechos políticos, de participación en la formación del poder en el Estado”.<sup>6</sup>

Es necesario hacer comprender a la ciudadanía que la democracia no es sólo el hecho de depositar en la urna el voto a favor de determinado candidato, o que la democracia única y exclusivamente se hace patente en la época de campañas y comicios electorales, sino que está siempre presente en nuestra vida política, cultural, económica y social, como una forma de gobierno, como sistema político y económico, como constante participación individual y colectiva del pueblo, en los diferentes campos productivos, con el fin de ser factor importante y trascendente de cambio, de prosperidad en general.

Debe convertirse la democracia en la razón para que el ciudadano aprecie sus vínculos nacionales, para que tenga pleno conocimiento de su historia nacional, su cultura, tradiciones, que acepte sus recursos humanos y

---

<sup>6</sup> *Idem.*

materiales, cuyo valor y capacidad los enfoque con la tendencia de favorecer a los demás como a sí mismo, que busque en la colectividad la armonía y la cordura que permitan superar todas sus frustraciones o problemas, que no recurra a los vicios y a la delincuencia, y sí, por el contrario, que contribuya a la conformación de un ambiente englobado por la seguridad y paz social, crear un Estado lleno de oportunidades donde no existan diferencias de raza, credo religioso, ideología política, clase social.

En la democracia se debe buscar que las diferencias sean resueltas conforme a las normas dispuestas expresamente para tal fin, que se aprenda a vivir en la diversidad de criterios y opiniones, convergiendo en los objetivos comunes y luchando unidos por lograrlos sin mezquindades —que únicamente nos conducen a confrontaciones, al retroceso económico, cultural, político y social.

### III. RENOVACIÓN DEL PODER PÚBLICO EN LA DEMOCRACIA

Como ya se dijo, la democracia representa un término que, a través de la historia de los diversos sistemas políticos, se ha utilizado no sólo por gobiernos liberales, sino también por otros que no han reunido los requisitos que impone este vocablo (no olvidemos la desaparecida República Democrática Alemana, que al igual de otras naciones, en su forma de gobierno no era republicano, y mucho menos democrático).

Este término fue utilizado por primera vez por los griegos, de ahí que etimológicamente el término democracia “proviene de dos palabras griegas: *demos* que significa pueblo y *cratos*, autoridad; expresa la idea de que el poder pertenece al pueblo”.<sup>7</sup>

Felipe Tena Ramírez, citando a Aristóteles, manifiesta: el poder de mando o de gobierno puede residir en un solo individuo, en una minoría o en una mayoría; en cada uno de estos fundamentos del gobierno distinguía Aristóteles una forma pura y una forma impura.

Cuando el gobierno reside en un solo individuo, tenemos la forma pura de la “monarquía”; si ese individuo emplea el poder de que dispone en beneficio de todos, y es la forma impura de “tiranía”, si ese individuo utiliza el poder en beneficio exclusivo de sí mismo o de sus favoritos.

Cuando el gobierno reside en una minoría, existe la forma pura de la “aristocracia” si la minoría usa el poder en beneficio de todos, y la forma impura de la “oligarquía”, si el poder sólo beneficia a la minoría que lo detenta.

---

<sup>7</sup> Berlín Valenzuela, Francisco, “Los sistemas electorales”, *Memoria del Primer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Veracruz, Universidad Veracruzana-UNAM, 1991, vol. II.

Por último, cuando el poder lo usufructúa la mayoría de la colectividad, resulta la forma pura de la “democracia” si ese poder favorece a todos por igual; la forma impura de la “demagogia”, si se aplica tan solo en servicio de los desposeídos.

Mucho tiempo después de los pensadores de la antigüedad clásica, Abraham Lincoln se refería también a la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Hoy el término democracia se sigue utilizando en diferentes disciplinas, pero sobre todo en la política, cuyo significado es posible sintetizarlo como la intervención del pueblo en el gobierno. Sin embargo, la palabra democracia no es posible que exista aisladamente, pues resulta necesaria la vinculación con otros conceptos como el de soberanía y el de república como forma de gobierno.

De ahí que la democracia sea parte sustancial de los regímenes en los cuales las principales autoridades públicas no sean vitalicias, sino de renovación periódica, consultando para tal efecto la voluntad popular. “La esencia de esta forma es que los funcionarios cambien con frecuencia, ejerciendo sólo temporalmente sus cargos; por lo común impera en dicha forma la democracia”.<sup>8</sup>

Esta voluntad popular se torna vigente, desde el punto de vista jurídico, cuando participan los ciudadanos, ya sea por medio del sufragio, de los partidos o agrupaciones políticas, o bien, como candidatos. Por otra parte, es importante señalar que en la democracia no existe la unanimidad, sólo la voluntad de las mayorías. De igual manera, una vez que se hayan hecho efectivos los derechos político-electorales por parte de los ciudadanos, las autoridades legalmente establecidas desempeñarán sus actos unilaterales, coercitivos e imperativos frente a todos aquellos que habiten en el territorio del Estado correspondiente, con independencia de la edad, el sexo, el color, la religión, etcétera.

En este contexto, no todos los ciudadanos elegimos a las autoridades que han de gobernarnos, pero sí todos los habitantes estaremos subordinados a ese poder. Sin embargo, la democracia es y seguirá siendo la forma por excelencia por medio de la cual se hacen efectivos los derechos político-electorales por parte de los ciudadanos. De ahí que los artículos 39 y 40 de nuestra Constitución se encuentren estrechamente vinculados; el artículo 39, por lo que se refiere a la soberanía depositada en el pueblo y el 40, porque “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática...”.

---

<sup>8</sup> *Idem.*

#### IV. DEMOCRACIA SOCIAL

Al celebrarse las elecciones de los gobernantes de nuestra entidad federativa, se genera en la ciudadanía tlaxcalteca un elevado porcentaje de expectativas de progreso, se despiertan esperanzas, se forjan metas, se plantean propuestas, se elaboran conjeturas y un gran interés por conocer las estrategias, mecanismos, planes y medios para superar los problemas de educación, económicos y sociales que afectan a la colectividad.

Es el momento en el cual también la gente se clasifica de acuerdo con su estatus social, se acentúa y se acepta la estratificación, porque el ciudadano considera que al darle a conocer al candidato sus carencias o su precaria situación económica, aumentan sus probabilidades de recibir apoyos económicos o materiales, mismos que les permitan incursionar a la movilidad social para escalar otro peldaño dentro de la pirámide en la que se ubican las clases sociales, y por qué no, aunque de manera utópica, pensar remotamente en alcanzar la igualdad con los más encumbrados de su ámbito social.

Es una de las razones por las cuales el ciudadano de escasos recursos participa, pues desea ser parte de todo el conglomerado, asegurar su integración a su estrato y a la sociedad en general, para pugnar y alcanzar la igualdad entre sus congéneres. Sartori al respecto nos dice que la “Democracia social revela una sociedad cuyos hechos exigen a sus propios miembros verse y tratarse socialmente como iguales”.<sup>9</sup>

En efecto, este tipo de democracia es el que debe mover a las masa populares, participar responsable y activamente en las contiendas electorales y hacerlas más competitivas, más congruentes con la realidad, induciendo al ciudadano hacia su propia formación integral, y de esta manera su acción se refleja madura, vertical, fundamentada y visionaria; por el contrario, no se le debe enajenar y dominar por la pasión, el encono, la envidia, y sus frustraciones, sin reflexionar acerca de las ideologías, principios, valores religiosos, morales, familiares, que son los que contribuyen a consolidar la paz en las sociedades, haciendo posible la convivencia sin importar las diferencias de raza, credo, posición social, sexo, nacionalidad, etcétera, sino ver por el desarrollo económico, científico y tecnológico de su entidad y país, abocándose cada uno de sus integrantes a las tareas encomendadas, produciendo los satisfactores que les permitan superar sus necesidades, incurriendo en el bienestar social.

---

<sup>9</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, cit.

## V. ENFOQUE TEÓRICO DE LA DEMOCRACIA

El ejercicio de la democracia es un derecho que permite a la sociedad construir un consenso de ideas y opiniones, a través de la formulación de preferencias y la participación dentro del Estado.

En otras palabras, la democracia es la máxima expresión de la participación del pueblo en el gobierno, donde los habitantes de un determinado país se organizan para intervenir en la toma de decisiones, que les permite participar en la vida política del Estado; por su etimología el origen de la palabra democracia, se deriva de dos vocablos del griego que son *demos*, que significa pueblo y *cratos*, que significa autoridad o poder. Por consiguiente y según su etimología se define a la democracia como el gobierno del pueblo.<sup>10</sup>

Norberto Bobbio, tratadista italiano, construye una definición mínima de la democracia, según la cual las personas pueden decidir y establecer su forma de gobierno; por régimen democrático se entiende entonces al conjunto de reglas y de procedimientos para la formación de decisiones colectivas, en el que es prevista y facilitada la más amplia participación posible de los interesados.<sup>11</sup>

Thomas Hobbes al respecto establece la naturaleza del representante para definir su gobierno, y expresa que cuando el representante es un hombre, entonces el gobierno es una monarquía, cuando es una asamblea de todos cuantos quieren concurrir en ella, tenemos una democracia o gobierno popular, y cuando la asamblea es de una parte solamente, entonces se denomina aristocracia.

Pedicone de Valls, al resumir en su libro *La evolución de la democracia desde la antigüedad hasta la democracia moderna*, indica que ha salido fortalecida la democracia como autogobierno del pueblo, que concibe al hombre y a la sociedad dentro de un supuesto racional que lo hace convivir en un orden voluntariamente establecido, y cuya esencia radica en las amplias dimensiones de la libertad y la igualdad, rechazando cualquier forma de dominación, injusticia y gobierno arbitrario.<sup>12</sup>

Por consiguiente, la democracia ha ido acoplándose como un mecanismo viable para las sociedades grandes y modernas, y de conformidad con el elemento básico de la democracia que es el pueblo, los autores han

<sup>10</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 115.

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. de José Fernández, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 37.

<sup>12</sup> De Valls, Pedicone, *Derecho electoral*, La Rocca, 2001, p. 24.



clasificado a la democracia por la forma de participación del pueblo en: democracia directa, indirecta o representativa y semidirecta, clasificación que vamos a describir.

## VI. DEMOCRACIA DIRECTA

En primer lugar, la democracia directa como forma de gobierno viene desarrollada por los atenienses en el siglo V, a. C.; la democracia directa o antigua se basaba en un sistema de autogobierno; por tal razón, sólo existe la participación del pueblo sin necesidad de representantes. Es Rousseau uno de los defensores de la democracia directa por su pensamiento sobre la «soberanía popular», que es inalienable e indivisible, por lo que considera que “la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada, consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad general no se representa; es ella misma o es otra, no hay término medio”.

Aquella reflexión nos permite establecer que la democracia directa niega la existencia de la representación, porque ésta sólo traería sumisión del pueblo. La democracia y representación resultan dos términos incompatibles, y es por ello que el pueblo es el que ejerce directamente las funciones estatales, porque sin el pueblo todo acto que se desarrolle sería ineficaz e ilegítimo.

En conclusión, la democracia directa, siendo un sistema puro, no fue un sistema de organización política ideal, existieron varias limitaciones pues las asambleas eran libres para cualquier varón adulto que fuera ciudadano y mayor de veinte años. Sin embargo, es un ejemplo para las sociedades actuales y punto de partida de los mecanismos de democracia semidirecta que hoy conocemos. Lo que para ellos fueron las votaciones a mano alzada, para nosotros son los antecedentes al sufragio activo, donde lograron establecer la participación popular y buscaron el bien común que es el objetivo de una democracia; por ello, la democracia directa sigue siendo objeto de estudio en el presente.

En contraposición a la democracia directa, existe la democracia indirecta o representativa, siendo la clasificación de democracia más adoptada por los países en la era moderna.

## VII. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA O INDIRECTA

En segundo lugar, la democracia representativa o indirecta es aquella que como su nombre lo indica, las ciudadanas y los ciudadanos de un país no

desarrollan directamente el ejercicio del poder, sino que delegan ese poder a sus representantes. Varios tratadistas consideran a la democracia representativa como la única forma de progreso de las sociedades, porque si bien la democracia directa es un sistema de autogobierno ideal, en la práctica la representación ha permitido la estructura política y jurídica de un Estado democrático; así lo afirma Stuar Mill, al decir que “el tipo ideal de un gobierno perfecto no puede ser otro que el representativo”.<sup>13</sup>

Duverger define a la democracia representativa como “el sistema político en que los gobernantes son elegidos por los ciudadanos y considerados de esta forma como sus representantes”. Sin embargo, para elegir a los representantes es necesario un sistema de elecciones y construir normativa electoral.

Pedicone de Valls analiza que la democracia representativa sería entonces el sistema político que combina la libertad individual y el respeto a las diferencias con las necesidades que impone la organización racional de la vida colectiva. Por ello, la democracia moderna sólo puede funcionar como democracia representativa, y representación significa que el ciudadano mediante el instrumento de elecciones, delega el poder político por un cierto tiempo, en determinadas personas y procedimientos.<sup>14</sup>

La democracia representativa surge, primeramente, al no ser posible aplicar la democracia directa y al observar al pueblo en su conjunto como una nación; esto último es un aporte que se dio durante la Revolución francesa, lo que llamamos “teoría de la soberanía nacional”. Al respecto, el tratadista Hernán Salgado Pesantes analiza la teoría de soberanía nacional y dice “Al pueblo se lo concibe como una nación y no como una comunidad de personas individuales”; en correlación, Sieyès, ideólogo del siglo XVIII, habla sobre la “soberanía que reside en el pueblo como un cuerpo estable llamado nación”.

Y según esta teoría,

La Nación es concebida como algo distinto de la simple suma de los individuos que la componen; es una entidad objetivada, fruto de su reunión, no de su adicción y, por ello, la soberanía nacional no es tampoco el resultado de sumar voluntades individuales. Puede ser expresada por órganos no democráticos en su formación y, en general, no es preciso que concurren a determinarla todos los ciudadanos; la teoría justifica restricciones sociales al derecho de sufragio, para que sólo elijan al órgano formador de la voluntad nacional quienes «merecen» hacerlo en atención al concepto normativo de Nación.

<sup>13</sup> Bidart Campos, Germán José, *Derecho político*, Buenos Aires, Aguilar, 1972, p. 328.

<sup>14</sup> De Valls, Pedicone, *Derecho electoral*, cit., p. 41.

Concluimos por medio de la teoría de la soberanía nacional que la nación no tiene voluntad por sí misma, y es necesario que la colectividad exprese sus intereses generales, para que la voluntad colectiva sea el fundamento de la autoridad; a esto se le llama soberanía y la soberanía que radica en el pueblo permite elegir representantes que son los que gobiernan el país.

Sin embargo, aunque varios autores optan por la democracia representativa como el mejor sistema de gobierno posible, existen algunos Estados que critican esta forma de democracia, porque la consideran como una democracia solamente teórica y en la práctica no existe una participación del pueblo que es el titular de la soberanía. Los gobernantes se alejan de la voluntad del pueblo y lo excluyen de las decisiones.

Con estas consideraciones, encontramos que existe una doble necesidad: primeramente, el poder controlar a los representantes de elección popular, para que no se alejen de la voluntad colectiva, y el poder desarrollar formas o mecanismos que les permitan a los ciudadanos participar activamente de la estructura del Estado, de donde surge la tercera clasificación de las formas de democracia, que muestra un sistema mixto, conocido como democracia semi-directa.

### VIII. DEMOCRACIA SEMIDIRECTA

La democracia semi-directa es aquella democracia híbrida, que consiste en la combinación entre democracia directa y democracia representativa, sin que se contrapongan, y posibilita una mayor intervención del pueblo en los asuntos de interés general, dado que tanto la democracia directa y representativa paulatinamente han ido limitando la participación del pueblo en la estructura política y jurídica.

Pedicone de Valls comenta sobre la democracia semi-directa, estableciendo que esta democracia posibilita que el pueblo intervenga en la actividad legislativa, gubernamental y constitucional, porque en la práctica de la democracia representativa la participación popular cada vez se iba disminuyendo y “los partidos políticos desplazaron a los ciudadanos quienes quedaron limitados”.<sup>15</sup>

Bajo estas condiciones, la democracia semi-directa dio lugar a diferentes instituciones que permiten la participación ciudadana, y mediante estas instituciones los ciudadanos se organizan, deciden y presentan peticiones al Estado de forma directa y conforme a los requisitos que determinen la Constitución y las leyes.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 24.

Los mecanismos de democracia semi-directa en algunos países se dividen en: iniciativa popular normativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria del mandato; éstos impulsan además la configuración progresiva de nuevos espacios que posibiliten el ejercicio directo del poder ciudadano de acuerdo con la Constitución.

A estos mecanismos que permiten una mayor participación de los ciudadanos y que mejoran la democracia representativa, es lo que el tratadista Hernán Salgado Pesantes llama “democratización del gobierno representativo”.<sup>16</sup>

Aquella reflexión nos permite desarrollar las siguientes ideas: primero, se reconoce toda forma de organización de la sociedad, y segundo, todos los miembros de la organización pueden participar democráticamente sobre los asuntos de interés público, y sobre todo, defender los derechos por el bien común.

## IX. CONCLUSIONES

Como ciudadano, considero que hay la percepción de que una vez que en las elecciones finaliza el proceso de votación, hasta ese momento también culmina la importancia de la participación ciudadana, al haberse conocido los resultados aritméticos del total de los sufragios emitidos en favor de un candidato del partido triunfador y que en lo sucesivo empezará la tarea exclusiva del nuevo gobernante, servidores públicos, autoridad, mandatario, o representante según se le mencione de acuerdo con el lugar, al cargo, a la comunidad, municipio, entidad o distrito, de acuerdo con los modismos y regionalismos con los que la sociedad se exprese, y en consecuencia, crezcan las alternativas de trabajo, superación, educación, salud, seguridad, justicia, bienestar social, etcétera.

Sin embargo, ante los resultados que se han presentado en algunos procesos electorales, me he dado cuenta de lo importante que es el escrutinio, porque de él depende que verdaderamente se respeten, en primer término, la voluntad del ciudadano manifestada en la preferencia de su candidato o partido; segundo, que el cómputo sea el real y no se alteren o modifiquen las cantidades ciertas, y por último, que los órganos encargados del cómputo y escrutinio sean totalmente imparciales, justos y honestos para que no quede lugar a dudas del triunfo de cierto candidato o partido, pues como se ha co-

---

<sup>16</sup> Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de derecho constitucional*, Quito, Ediciones Legales, 2004, p. 153.

mentado mucho respecto de los resultados de las elecciones presidenciales de 1988 o las de 2006, dejaron entrever que estuvieron viciadas o definidas por el fraude electoral, recientemente en 2016, las elecciones de gobernador de Tlaxcala, de la misma manera en que se presentó la sombra del fenómeno de la corrupción. Todo esto, atendiendo a la cita que hace Beatriz Franco, de que “La oposición puede ganar las elecciones, pero los escrutinios los gana el gobierno” o dicho en otras palabras: “Quien escruta elige”.

Entonces, resulta necesario que las elecciones no dependieran de los gobernantes en turno, para que en algunos ciudadanos no desaparezca el deseo y convicción de participación en pro de la satisfacción de sus aspiraciones por una mejor calidad de vida, de la certeza de que el hecho de simpatizar con un candidato o un partido político le garantice el respeto a su triunfo, y a la vez se genere en toda la población un ambiente de estabilidad política, económica y social, porque en algunos otros ciudadanos, cuya participación estuvo basada en la esperanza de que con el nuevo gobernante a quien se apoyó, le serán resueltos muchos de sus problemas, de sus carencias, de sus expectativas de crecimiento y desarrollo social, y habrá también quienes, al considerar que las elecciones no fueron limpias, en ellos existirá la frustración, la decepción y el rechazo a las nuevas autoridades electas por considerar que no son las idóneas, y que además no son capaces o no tienen la ideología adecuada para poder gobernar y ser factores de cambios trascendentales que se reflejen en progreso de la colectividad.

Tal parece que a partir del momento en que un nuevo gobernante inicia su periodo, allí termina la participación del ciudadano en la toma de decisiones fundamentales en la vida democrática de una comunidad, municipio o entidad federativa, porque supone que, a partir de la nueva administración, solamente a ella le asiste la facultad de decidir dónde, cómo y cuándo aplicar los recursos económicos y materiales, que primordialmente en eso consiste su función.

Reitero, sólo la democracia se logrará a través de la participación consciente de los ciudadanos y del honesto, justo y responsable ejercicio del poder por parte de nuestros gobernantes, y si bien este documento se remite únicamente a un estudio teórico y conceptual, también se plantea con el objetivo de sentar las bases de un verdadero ejercicio y comprensión de la democracia y, más aún, de fomentar un cultura electoral de participación activa y decidida de los ciudadanos en las decisiones torales del bienestar social, con el afán de generar en la sociedad en general y particularmente en Tlaxcala, una verdadera participación.

Es necesario educar en materia de derecho electoral a la niñez y juventud desde temprana edad, en las instituciones de educación básica y hasta

la media superior, en virtud a que el artículo 72 de la Ley General de Educación permite que las organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de padres de familia y maestros, cuyo objeto social sea la educación, ante el Consejo Nacional de Participación Social en la Educación y ante el Consejo Estatal, podrán opinar en asuntos pedagógicos, planes y programas de estudio, y proponer políticas para elevar la calidad y la cobertura de la educación, para que se incluya en los programas de estudio respectivos una materia de derecho electoral, en la que se impartan a los estudiantes los derechos, obligaciones y prerrogativas del ciudadano, así como cuáles son las leyes y organismos encargados de las elecciones populares para elegir a sus autoridades y representantes, y de esta manera, cuando la ahora niñez y juventud alcancen la mayoría de edad y deban participar en elecciones populares, lo hagan con plena conciencia, con firme convicción, identidad nacional, estatal, municipal y comunitaria, con cabal patriotismo y se combata la compra de votos, la corrupción, la movilización, la cultura de la dádiva, y la desleal y desigual competencia entre los candidatos de los diferentes partidos políticos participantes en las respectivas contiendas electorales, con Educación Cívica y Ética política, para generar una cultura lo suficientemente amplia, de convicción comunitaria, identidad social y compromiso con la gente para alcanzar el bien común.

Se debe convertir al ciudadano en un verdadero evaluador de sus representantes políticos, y a través de un análisis responsable, fundamentado, sistemático, científico y experimental, poder emitir un juicio crítico de su función desempeñada durante su mandato o representación, con un criterio amplio, consciente, imparcial y con pleno conocimiento jurídico político, para decidir si es que lo considera en bien de la sociedad, reelegir a sus representantes, o de lo contrario, optar por el rechazo, en virtud de que, conforme a la evaluación emitida respecto al desempeño de sus representantes, determine el ciudadano que no es o son merecedores de ser reelectos para el periodo inmediato subsecuente, además de que participe de los beneficios a los que el Estado está obligado para su causa y exija el cumplimiento cabal de sus gobernantes de las funciones para las que fue electo y considere que la alternancia es una opción de mejora.

## X. BIBLIOGRAFÍA

BERLÍN VALENZUELA, Francisco, “Los sistemas electorales”, *Memoria del Primer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Veracruz, Universidad Veracruzana-UNAM, 1991, vol. II.

- BIDART CAMPOS, Germán José, *Derecho político*, Buenos Aires, Aguilar, 1972.
- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. de José Fernández, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 2005.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de México*, México, Secretaría de Gobernación, 2010.
- Constitución Política de la República Mexicana de 1857, *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de México*, México, Secretaría de Gobernación, 2010.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de México*, México, Secretaría de Gobernación, 2010.
- DE VALLS, Pedicone, *Derecho electoral*, La Rocca, 2001.
- NOHLEN, Dieter, voz “elecciones”, *Diccionario electoral*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, 1989.
- PATIÑO CAMARENA, Javier, *Derecho electoral mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones de derecho constitucional*, Quito, Ediciones Legales, 2004.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Patria, 1997.

## LA INDISOLUBLE (PERO OLVIDADA) CONEXIÓN ENTRE POLÍTICA Y DERECHOS

Marla D. RIVERA MOYA\*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Consideraciones finales*. III. *Fuentes consultadas*.

### I. PREÁMBULO

Una de las formas de rendir homenaje a un brillante y destacado investigador como el doctor Serafín Ortiz Ortiz es plasmando algunas ideas en torno a un tema que él ha cultivado durante gran parte de su vida: el derecho, pero no sólo eso, sino tratar de reflejar el propósito de esta ciencia a partir de lo que él ha transmitido a través de su cátedra, de sus obras y del gran número de conferencias que ha disertado. Es así que en este trabajo pretendo plasmar algunas ideas que he desarrollado bajo su influencia, intentando contribuir modestamente a aquello en lo que como investigadores perseguimos, que la ciencia influya en la constante mejora de nuestro entorno.

Existe, sin duda, una relación muy estrecha, sin embargo, actualmente desarticulada entre la política y los derechos. Desde tiempos antiguos se ha buscado incesantemente limitar al poder; por ejemplo, ya en la antigüedad Aristóteles en su reflexión sobre la mejor Constitución (entendida ésta como “la estructura que da orden a la ciudad establecida bajo el funcionamiento de todos los cargos y sobre todo de la autoridad soberana”)<sup>1</sup> exponía sus ideas sobre limitar y organizar al poder con el propósito de evitar que los intereses particulares prevalecieran sobre el interés general, ya que conside-

---

\* Doctora en Derecho por el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 33.



raba que un buen gobierno se distinguiría de uno malo precisamente por el fin que persiguiera.<sup>2</sup>

La política es un término usado para “designar la esfera de acciones que se refiere directa o indirectamente a la conquista y el ejercicio del poder último (supremo o soberano) sobre una comunidad de individuos en un territorio”.<sup>3</sup> En este sentido, es la herramienta a través de la cual se forma el gobierno (o más específicamente, los poderes públicos) y éste ejerce el poder para organizar, regular, resolver conflictos, orientar y dirigir una sociedad, pero sobre todo, para hacer uso de la fuerza legítimamente. El poder político entonces se ejerce con dicha finalidad, pero vale la pena detenernos a pensar ¿cómo es que se accede a ese poder (las reglas que debe seguir en su proceso de formación)? y sobre todo, ¿cuál es su finalidad (qué intereses debe seguir y qué límites debe tener)?

Para dar respuesta a estas dos cuestiones analizaré, por una parte, los derechos humanos y, por la otra, la democracia.

## 1. *Derechos humanos*

Primero, es necesario identificar los documentos más relevantes que se han promulgado en materia de derechos humanos a partir de la idea que éstos no nacieron con la configuración de la modernidad distinguida por el modelo de Estado de derecho (y de la positivización de las leyes), sino más bien encuentran sus antecedentes en aquellos documentos que reconocían, aunque fuera de manera restringida, ciertos derechos o prerrogativas a las personas. Basta con remitirnos a la Magna Carta de Juan sin Tierra de 1215, “el artículo 39 de este documento nos habla de una “ley del país” que limita algunos poderes del rey [...]”.<sup>4</sup> Por otro lado, encontramos la *Petition of Rights* de 1628 “que se promovió en el contexto de la lucha contra el absolutismo”.<sup>5</sup> Más tarde, hallamos el *Habeas Corpus Act* de 1679, la *Bill of Rights* de 1688, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, así como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del mismo año,<sup>6</sup> hasta llegar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>2</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, España, Trotta, 2003, p. 238.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>4</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 75 y 76.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 159-164. Disponible en: <https://>

Dos propósitos principales se buscaban: limitar al poder y proteger los derechos de los ciudadanos, de las personas, del pueblo. La tradición francesa difundió más ampliamente la idea de la división de poderes y, además, que los derechos de los ciudadanos se incorporaran a un sin número de textos constitucionales en el mundo occidental. En América Latina, por ejemplo, se fraguaban los procesos independentistas y con ello se promulgaban textos constitucionales con los principios que se difundían desde Europa. Ya lo enunciaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.<sup>7</sup>

De la mano de ello, se posicionaba un derecho que implicaba la conformación del poder público, ya no a través de la herencia y por designio divino, sino más bien como producto de la voluntad popular, esto es, el derecho a la autodeterminación política traducido en lo que en nuestros días se identifica como democracia política o electoral. Así, además de contar con una estructura orgánica determinada que también representara al pueblo que elegía a sus propios representantes, se buscó su limitación por el mismo derecho y por los derechos.

El siglo XIX (principalmente) se identificó por esta búsqueda de limitar al poder mediante la ley, del derecho escrito, y con ello generar un sistema de pesos y contrapesos por medio de la división de poderes, mas también reconocer derechos a los gobernados, por ejemplo, el derecho de elegir a sus representantes.

Para mediados del siglo XX la humanidad había vivido dos guerras mundiales y con ello la experiencia de que el gobierno de las leyes y los principios antes referidos eran necesarios mas no suficientes para que el poder político, los llamados representantes del pueblo, se vieran realmente limitados tanto por los documentos que reconocían derechos, como por las Constituciones en sí. Las propias Constituciones políticas, a pesar de ser producto de procesos constituyentes democráticos, podían ser vulneradas e incluso la propia democracia podría ser disuelta (o estar en riesgo de disolverse). La idea de la regla de la mayoría legitimada para gobernar incluía la posibilidad no sólo de disolverse a sí misma, sino de vulnerar derechos, sostenida por el derecho mismo. Los límites y vínculos establecidos a los

---

*biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2698-sobre-el-origen-de-las-declaraciones-de-derechos-humanos*, consultado el 28 de marzo de 2019.

<sup>7</sup> Véase [http://www.pudh.unam.mx/declaracion\\_DH\\_hombre\\_ciudadano.html](http://www.pudh.unam.mx/declaracion_DH_hombre_ciudadano.html); consultado el 9 de abril de 2019.

representantes implicaban el respeto a la ley; cualquier ley que tenía la formalidad de su creación contaba con la validez para ser aplicada.

Así, surge la necesidad de establecer mecanismos jurisdiccionales para garantizar la efectividad de la Constitución, esto es, generar garantías jurisdiccionales que fungieran, en palabras de Ferrajoli,<sup>8</sup> como “el brazo ejecutor de los derechos”, pues no basta otorgar o reconocer derechos, no basta con formar gobiernos democráticamente, no es suficiente con dividir al poder y limitarlo recíprocamente, es necesario generar mecanismos que ni las propias mayorías puedan derribar. Los derechos de los ciudadanos, de los hombres, o de algunos, debían transitar a un lenguaje universal: al de los derechos humanos. Además, la necesidad de establecer mecanismos jurisdiccionales de protección de las propias Constituciones a fin de vincular y limitar al poder público era necesaria a partir del establecimiento de la esfera de lo indecible: la garantía de los derechos fundamentales.

Entonces, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial en 1945, se generó la idea en el mundo occidental sobre la necesaria incorporación de derechos humanos y sus garantías en los textos constitucionales, dando lugar a los mecanismos de protección constitucional que garantizaran precisamente la efectividad y la aplicación directa de la Constitución (por medio, por ejemplo, de cortes constitucionales). Además, aunque las mayorías estuvieran legitimadas para tomar decisiones, éstas ya no podían ir en contra de la propia Constitución y, por lo tanto, de los derechos fundamentales (o humanos).

Como afirmaba Ferrajoli: “En virtud del cambio de paradigma generado por el constitucionalismo rígido en la estructura de las democracias, también los poderes legislativos y los de gobierno están jurídicamente limitados, no solo en relación con las formas, sino igualmente en lo relativo a la sustancia de su ejercicio”.<sup>9</sup> Dicha sustancia la constituyen los derechos fundamentales, como límites y vínculos a los poderes públicos a partir de la idea de lo que se llama “esfera de lo indecible”. Una democracia sin estos elementos no puede llamarse democracia.

Entonces, uno de los principales propósitos del derecho<sup>10</sup> se basa en la limitación del poder político; aquél y éste tienen una necesaria conexión, pero además resulta en “un asunto muy complejo de interdependen-

---

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta-Minima, 2011, pp. 39-41.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>10</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2017, p. 7, en este sentido, el derecho también sirve “para disminuir violencia, para atenuarla”.

cia recíproca”,<sup>11</sup> ya que “el orden jurídico es producto del poder político”.<sup>12</sup> Derivado de ese derecho (productor del poder político),<sup>13</sup> se ha producido todo este aparato complejo de protección de los derechos, por tanto, éstos constituyen la parte medular del límite al poder político y su conexión, que además de ser evidente es necesaria. Podríamos entender que los derechos son la parte axiológica, así como normativa del derecho y, por lo tanto, el poder político está obligado no sólo jurisdiccionalmente a no violarlos y a garantizarlos, sino también a no disolverlos y no corromper el orden preestablecido por él mismo.

Retomando a Aristóteles, se hablaba entonces de los gobiernos corruptos y de la forma en que éstos, al no buscar el interés general, se desviaban y desvirtuaban buscando el interés particular. Estas ideas no son ajenas al día de hoy y a pesar de contar con todo este proceso evolutivo del derecho, del constitucionalismo (como teoría, como método y como interpretación), la corrupción del poder político sigue siendo un tema que requiere de nuestra preocupación y atención.

## 2. *Democracia constitucional*

Una vez identificados algunos de los elementos más primordiales de los derechos humanos y su importancia, mismos que implican el fin que debe perseguir el poder político (y que además lo limitan y vinculan), es necesario hablar de los medios que dicho poder debe utilizar para posicionarse como gobierno y con ello estar legitimado para la toma de decisiones. Como todos sabemos, la regla de la mayoría que se incorpora a través de los regímenes democráticos constituye el medio para tal fin. La democracia “ha conocido principalmente dos estaciones: los siglos IV y V a. C. y los siglos XIX y XX”.<sup>14</sup> Precisamente en el contexto actual, en el del constitucionalismo desarrollado sobre todo desde mediados del siglo XX, es que ubicaremos la concepción de la democracia.

En nuestros días suele hablarse de democracia como adjetivo y siempre con una connotación positiva: gobiernos democráticos, regímenes democráticos, decisiones democráticas, elecciones democráticas, gobernabilidad democrática; a su vez, la solemos utilizar como sustantivo si decimos,

---

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la...*, cit., p. 253.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>13</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *op. cit.*, pp. 4-7.

<sup>14</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional...*, cit., p. 108.

por ejemplo, que la democracia es el procedimiento contemporáneo que los países independientes del mundo han instituido para formar gobiernos, también se habla de las democracias en el mundo, de las democracias más o menos avanzadas. La democracia como sustantivo implicaría en nuestros días y en el contexto del constitucionalismo dejar claro a qué tipo de democracia nos referimos, es decir, dotarle de un calificativo que implique no sólo aquella concepción de carácter electoral o político (basada, entre otros elementos, en la regla de la mayoría), sino un calificativo que nos haga pensar más allá del poder del pueblo.

Ese calificativo es necesario en el actual constitucionalismo, en donde los textos constitucionales se encuentran en el vértice de la pirámide normativa<sup>15</sup> (junto con los tratados internacionales en materia de derechos humanos). No puede haber democracia sin derechos, no puede haber democracia sin límites y vínculos impuestos a los poderes públicos y, por supuesto, a las mayorías que ellos representan y conforman. Por lo tanto, al hablar de democracia como sustantivo no es posible olvidar su calificativo elemental: constitucional.

Hoy más que nunca resulta pertinente y necesario hablar de democracia constitucional, de su permanencia como régimen político pero también como límite para evitar una regresión autoritaria. “La dimensión política y representativa de la democracia no puede ser concebida como la única fuente de legitimidad de los poderes públicos”,<sup>16</sup> pues si bien se requiere de elementos formales para la conformación del poder, a través del cual los ciudadanos ejercen derechos políticos y civiles eligiendo a sus representantes, esto sólo atendería al cómo y quiénes deciden, mas estaríamos dejando de lado la sustancia de la democracia: qué se puede y qué no se puede no decidir.<sup>17</sup>

Visto así, “el respaldo popular ya no es suficiente para legitimar cualquier decisión”,<sup>18</sup> la democracia política o procedimental es un requisito necesario de cualquier democracia contemporánea, pero no es suficiente para decir que realmente nos encontramos en una democracia, es decir, no es una democracia del constitucionalismo, por lo tanto, no estaríamos hablando de una democracia constitucional; ya que, “la democracia para no mentirse a sí misma tendrá que ser constitucional”.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes... cit.*, pp. 39-41.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 35-40.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes... cit.*, p. 28.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 12.

Actualmente, la mayoría de los países independientes se autodefinen como democráticos, no obstante, se han sumado a este paradigma desarrollado a partir de la instauración del modelo de Estado constitucional de derecho, incorporando a sus Constituciones las garantías referidas y además un bloque de constitucionalidad que busca la más amplia protección de los derechos no sólo por la propia Constitución, sino también por aquellos tratados y convenciones internacionales que los protejan.

Ahora bien, ¿cómo se encuentra en nuestro contexto y en nuestros días esta relación entre política y derechos? Se sabe que el mundo en el que vivimos se mantiene en una transformación constante, inevitable y definitivamente imparable, sobre todo y en gran medida por el proceso acelerado de las comunicaciones a través de Internet y las redes sociales; en donde el modelo económico capitalista y de política económica neoliberal no ha permitido solucionar problemas como la desigualdad social o la pobreza mundial; que vivimos además bajo altos índices de inseguridad ciudadana, derivada de una desmedida violencia estructural e intersubjetiva; además, nos encontramos en un escenario en el que la información, como elemento clave para generar opinión pública libre y rendición de cuentas, se sigue viendo viciada y/o reprimida.

Poder político y derechos tienen una conexión indisoluble: se han instaurado democracias en la mayoría de los países del mundo y los principios y derechos que de ella emanan se han extendido progresivamente, tal es así que en nuestro país se han llevado a cabo una gran diversidad de reformas constitucionales que buscan una democracia constitucional; por un lado, la conformación de los gobiernos se hace a partir de las reglas democráticas, de procesos electorales libres, plurales, limpios, periódicos, y por el otro, existen diversas reformas que buscaron configurar un texto constitucional normativo, con aplicación directa y que incluye mecanismos de control constitucional.

Sin embargo, puede afirmarse que la creencia en la democracia como mecanismo para formar o derribar gobiernos es indiscutible, lo que también se respalda con la evidencia que muestra que vivimos el periodo democrático más largo de nuestra historia en América Latina, ya que desde 1978, año en que iniciaron las transiciones democráticas, se siguen eligiendo a los representantes por esta vía. La democracia política llegó para quedarse y lo que debe evitarse es una regresión autoritaria.

Como ejemplo de lo anterior, puede observarse el nivel de participación ciudadana generada en las elecciones de julio de 2018 con un porcentaje

del 63.4290%<sup>20</sup> del padrón electoral, en donde se eligió al jefe del Ejecutivo con mayoría absoluta (obtuvo el 53.1916% de los votos),<sup>21</sup> convirtiéndole en el presidente más legitimado de la historia democrática mexicana desde la llamada transición política (del año 2000).

### 3. *Las expectativas en la democracia*

No obstante lo anterior, la parte que atañe a la garantía de los derechos humanos sigue siendo el punto flaco de la democracia constitucional en nuestro país y América Latina. Como lo hemos visto en líneas anteriores, los límites impuestos al poder político han sido tarea incansable desde la antigüedad, sin embargo, esa tarea sigue persistiendo y en muchos aspectos sigue siendo deficiente. Tenemos gobiernos democráticamente conformados, pero desafortunadamente la realidad nos muestra que a pesar de tener un diseño constitucional e institucional, el cual implica que “ninguna mayoría parlamentaria, y menos aún el jefe de la mayoría, y ni siquiera la mayoría de los electores, pueden representar la voluntad de todo el pueblo”,<sup>22</sup> América Latina no sólo es la región más desigual del mundo,<sup>23</sup> sino también la más violenta.<sup>24</sup> De estos datos no se puede excluir a México, en donde de acuerdo con ONU Mujeres,<sup>25</sup> asesinan a nueve mujeres al día, considerándolo el país más violento para las mujeres.

A lo anterior debemos sumar la ausencia de una adecuada política pública que garantice nuestra libertad, basta con mirar el informe anual de *Freedom House* en donde México es un país parcialmente libre hasta el 2019 en lo que corresponde a las libertades civiles y a los derechos políticos, mas

---

<sup>20</sup> Disponible en: <https://computos2018.ine.mx/#/presidencia/nacional/1/1/1/1>; consultado el 12 de abril de 2019.

<sup>21</sup> Disponible en: <https://computos2018.ine.mx/#/presidencia/nacional/1/1/1/1>; consultado el 12 de abril de 2019.

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes...*, cit., p. 48.

<sup>23</sup> Entrevista de Carmen Aristegui a Michael Reid, ubicado en el Podcast “Aristegui”, episodio del 10 de julio de 2019, titulado “América Latina fue un laboratorio de reformas sociales, políticas y financieras. ¿Cómo ha cambiando América Latina en los últimos años?”.

<sup>24</sup> Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/es/frontpage/2019/july/el-homicidio-causa-muchasmuertesquelos-conflictos-armados--segn-nuevo-estudio-de-la-unodc.html?ref=fs1>; BBC News, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48960255>; Open Society Foundations, disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/voices/new-campaign-against-latin-america-s-epidemic-homicide>.

<sup>25</sup> Véase Organización de las Naciones Unidas, Mujeres, disponible en: <http://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2018/11/violencia-contra-las-mujeres>.

en lo que se refiere a la libertad de prensa es un país no libre para 2017.<sup>26</sup> Este último dato se transformó en 2011, pues durante casi todo el sexenio de 2006-2012 aún se encontraba en la categoría de parcialmente libre.<sup>27</sup>

Los indicadores de pobreza no son más alentadores para México. De acuerdo con datos del Coneval 2016, el promedio de ingreso anual por hogar es de 43,036 pesos, lo que significa que la percepción quincenal asciende a 1,793.16 y a 119.54 pesos por día (por hogar). Para este mismo año, el porcentaje de la población pobre en nuestro país es de 43.6%, lo que equivalente a 53.4 millones de habitantes, y la población en extrema pobreza asciende a 7.6%, lo que representa 9.4 millones de personas.

Según esta misma fuente,<sup>28</sup> la pobreza en nuestro país no ha disminuido, tal como se muestra en el Gráfico 1, desde 2010 y hasta el 2016.<sup>29</sup> Entre 2010 y 2016 las cifras muestran un aumento de la pobreza, pues en 2010 el número de personas pobres ascendía a 52,813,020 personas, mientras que para el 2016 existen 53,418,151 personas, lo que implica que 605,131 personas ingresaron a dicha condición (aunque en datos porcentuales se muestra una disminución debido a que la población del país aumentó).

Somos un país con más de la mitad de su población en condición de pobreza, somos el país más inseguro para las mujeres, nos encontramos en la región con mayor desigualdad social y, además, la libertad sigue siendo restringida o coartada.

Lo prescrito en nuestro texto constitucional es producto de movimientos sociales no sólo en el contexto mexicano o latinoamericano, sino del mundo occidental, lo que ha implicado relevantes avances como se ha demostrado previamente. Los derechos humanos han adquirido un rango primordial y condicionante del poder político, no sólo por ser universales, sino también por ser la sustancia de la democracia constitucional que se ha venido configurando en nuestro país al menos desde hace dos décadas y media. Esto implica que, aunque los retos y los retrocesos que aquí se muestran atentan contra dichos derechos, también existen avances y logros consolidados que

---

<sup>26</sup> Disponible en: <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017>; consultado el 7 de marzo de 2019.

<sup>27</sup> Disponible en: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP%202010%20Global%20%26%20Regional%20Tables.pdf>

<sup>28</sup> Véase [http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobrez\\_a\\_16/Pobrez\\_a\\_2016\\_CO NEVAL.pdf](http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobrez_a_16/Pobrez_a_2016_CO NEVAL.pdf); consultado el 7 de marzo de 2019.

<sup>29</sup> Recordemos que en el 2010 el presidente panista Felipe Calderón Hinojosa había cumplido cuatro años de su mandato, y que en 2012 asumió el poder el presidente priista Enrique Peña Nieto.



a partir de los representantes elegidos democráticamente pueden ser obtenidos.

El actual gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador ha incorporado en su Plan Nacional de Desarrollo (PND, 2019-2024) como ejes generales de su política los siguientes: justicia y Estado de derecho, bienestar y desarrollo económico; de los que se despliegan los tres ejes transversales de igualdad de género, no discriminación e inclusión; combate a la corrupción y mejora de la gestión pública; territorio y desarrollo sostenible.

Del eje transversal 2 que implica, sobre todo, disminuir la corrupción tanto en la impartición de justicia como en las cárceles, en la adjudicación de obras y en su transparentación a partir del uso de tecnologías de la información, llama especial atención el principio 5 relacionado con dicho eje: “el mercado no sustituye al Estado”, pues precisamente uno de los factores que ha provocado los desequilibrios de la democracia constitucional lo constituye la colusión del poder económico con el político. Basta con mirar los altos índices de corrupción que nuestro país ha mostrado durante décadas y que han generado lo opuesto a lo pronunciado por N. Bobbio: “vivir para la política y no vivir de la política”. Esto significa también la búsqueda del interés particular y no del general, es decir, la corrupción del gobierno.

Se esperaría que el gobierno hiciera realidad los postulados de su PND, pues el proceso para acabar con los gobiernos corruptos generaría un importante salto a la democracia constitucional, implicaría que el gobierno realmente cumpla con su mandato constitucional (y original): la búsqueda del interés general.

## II. CONSIDERACIONES FINALES

La existencia de la democracia constitucional “ha cambiado la relación entre política y derecho. Ya no es el derecho el que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales...”;<sup>30</sup> el reto ahora no se circunscribe a un adecuado diseño constitucional, legal e institucional, sino también al entendimiento de una sociedad en permanente y acelerado cambio que requiere atención al contexto, un entendimiento o reconfiguración del papel del poder político que visualice su origen, esto es, quiénes lo eligieron y para qué lo eligieron.

El poder político debe seguir siendo limitado por los derechos, eso es indudable, porque cuando el poder no está sujeto a la ley puede resultar en

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes...*, cit., p. 35.

tiranía, y lo que debe evitarse, aún en las actuales condiciones, es una regresión autoritaria.

Los derechos fundamentales deben ser la guía de actuación de la política, acotarla y guiarla. Por lo tanto, la democracia constitucional crea al poder político y, a su vez, lo limita.

### III. FUENTES CONSULTADAS

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, España, Trotta, 2003.

BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta-Mínima, 2011.

ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2017.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

## DERECHO PENAL

## LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO MEXICANO

Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución de 1917*. III. *La inclusión de la víctima en la Constitución*. IV. *La reparación del daño*. V. *El conflicto penal*. VI. *Justicia restaurativa en México*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Hablar de justicia restaurativa es hablar de la víctima del delito y de su participación en la resolución del conflicto; por lo anterior, revisaremos el papel de la víctima en el proceso según su regulación constitucional, para posteriormente exponer el concepto de reparación del daño como derecho de la víctima y su alcance.

En segundo lugar, debemos entender qué significa el conflicto penal, quiénes son los titulares del mismo, y cómo la justicia restaurativa tiene como objeto y fin la resolución del conflicto y no sólo de una controversia judicial.

Por último, veremos cómo ha sido regulada la materia de los medios alternativos de solución de controversias y si cumple nuestra legislación con la ideología de la justicia restaurativa.

### II. LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Originalmente nuestra carta magna establecía en el capítulo I “De las garantías individuales”, diversas disposiciones de carácter penal,<sup>1</sup> como la posesión

---

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917.

de armas para la seguridad y legítima defensa de los habitantes (artículo 10), se impide el juzgamiento por leyes privativas y tribunales especiales; prohíbe la existencia de fueros, salvo el militar, con la imposibilidad de que el orden militar juzgue a un paisano que se encuentre “complicado” en un delito o falta militar (artículo 13); la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna; cualquier acto de privación será resultado de un juicio, y formalidades procesales. La inclusión del principio de legalidad en materia penal *nullum crimen nulla poena sine lege* (artículo 14), las características de los actos de molestia y de la orden de aprehensión o detención, regula de mejor manera la flagrancia y agrega los casos de urgencia, y requisitos del cateo (artículo 16), la proscripción de la prisión por deudas civiles; asimismo, de la justicia por propia mano, y el principio de justicia expedita y gratuita (artículo 17), las garantías de los imputados en todo juicio del orden criminal (artículo 20), las facultades investigadoras del MP y la competencia de la autoridad administrativa (artículo 21); finalmente, la prohibición expresa de la pena de muerte por delitos políticos, permitiéndola para un catálogo de delitos en *numerus clausus* (artículo 22).

Como podemos observar, el diseño del sistema de justicia penal estaba basado en la protección de los derechos del imputado, sin que se vislumbra, ni someramente, alguna referencia a los derechos de la víctima.<sup>2</sup> Históricamente, el protagonista ha sido el imputado; al ser el derecho penal —y su pretensión punitiva— uno de los ámbitos de actuación del Estado que en mayor medida priva de derechos a los individuos, no es de extrañar que en diversas épocas y lugares se haya utilizado éste de manera desmedida, arbitraria, irracional, tiránica, o de forma autoritaria. Es por eso que en el momento de la redacción de nuestra carta magna la principal preocupación del constituyente fuera garantizar los derechos del imputado en el proceso penal.

---

<sup>2</sup> Inclusive, en el discurso de Venustiano Carranza del 1 de diciembre de 1916 expresa que la principal preocupación respecto del sistema de justicia penal es la violación a los derechos del imputado: “El Artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos”. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Revolución Mexicana, 1960, p. 385.

### III. LA INCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA CONSTITUCIÓN

#### 1. *Reforma de 1994*

La víctima ha sido la gran ausente tanto de manera normativa como físicamente hablando del sistema de justicia penal; tan es así que el texto original de la Constitución ni siquiera la contemplaba. Fue hasta 1994 que mediante la reforma del artículo 21 constitucional, por primera vez se le reconocía el derecho de poder impugnar las resoluciones del MP sobre el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal.<sup>3</sup> Fuera de esta posibilidad procesal de impugnación, la víctima del delito no tenía ninguna injerencia en el proceso penal.

#### 2. *Reforma de 2000*

En 2000 se reformó el artículo 20 constitucional para establecer el apartado *a)* que establecía los derechos del imputado y el *b)* los de la víctima y ofendido del delito:<sup>4</sup> asesoría jurídica, coadyuvar, recibir atención médica y psicológica, reparación del daño, no carearse si son menores o víctimas de violación o secuestro, y medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio. A pesar del avance que significó esta reforma en materia de protección de los derechos de la víctima, dicha regulación fue objeto de innumerables críticas por considerar que otorgaba una protección “paternalista” y no consideraba a la víctima como verdadera parte procesal.

#### 3. *Reforma de 2008*

El 18 de junio de 2008 fue publicada la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, que reformó los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado b del artículo 123, estableciendo, principalmente, la aplicación de un sistema acusatorio en nuestro país.<sup>5</sup> Los artículos relacionados directamente con los derechos de la víctima son el 17 y 20, apartados *a)* y *c)*. Dicha reforma introdujo en el artículo 17 un tercer párrafo (hoy quinto) que establece los mecanismos alternativos de solución

<sup>3</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1994.

<sup>5</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008.

de controversias y que, en materia penal, deberán garantizar la reparación del daño. “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.<sup>6</sup>

Por su parte, el artículo 20 indica que el proceso penal tendrá las características de acusatorio y oral, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Además, tiene tres apartados: *a)* de los principios generales; *b)* de los derechos de toda persona imputada, y *c)* de los derechos de la víctima o del ofendido.<sup>7</sup> Podemos decir que con la reforma se tiende a alcanzar el fortalecimiento de las garantías y protección de los derechos de la víctima, así como una participación más activa durante el proceso penal.

El apartado *a* sobre los principios generales, en la fracción I refiere que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; el apartado *c* habla de los derechos de la víctima o del ofendido, la fracción IV manifiesta la reparación del daño, donde el MP estará obligado a solicitarla, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria; en la fracción VIII se establece que podrá impugnar ante autoridad judicial las omisiones del MP en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.<sup>8</sup>

Haciendo un análisis sistemático de los artículos constitucionales en comentario se desprende que existe un reconocimiento al derecho de la víctima del delito a la reparación del daño y que es obligación del MP solicitarla. Por su parte, la implementación del sistema acusatorio supone la utilización de los medios alternativos de solución de controversias, que tienen como uno de sus objetivos el garantizar la reparación del daño de las víctimas del delito.

---

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>7</sup> “El fortalecimiento de las garantías de la víctima y el ofendido se dirige a una mejor defensa de su integridad y su interés, así como una participación más activa durante el proceso”, Gobierno Federal, *Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, 2008, p. 22.

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El concepto de daño surge del derecho civil y ha tenido un gran desarrollo teórico y dogmático en esta rama del derecho. El derecho penal toma este concepto del derecho civil con ciertas particularidades; en materia de daños, la responsabilidad penal y civil tienen gran diferencia. La responsabilidad penal tiene como fuente la realización de conductas tipificadas, en cambio la responsabilidad civil puede surgir de cualquier daño causado, inclusive de la realización de una conducta delictiva. Respecto de la culpabilidad en el ámbito penal es subjetiva o anímica del autor, lo que determina la pena; en cambio, la culpabilidad civil es objetiva.<sup>9</sup>

Históricamente se ha considerado que la víctima que ha sufrido un daño en sus bienes jurídicos tiene el derecho a solicitar su reparación; inclusive es obligación del Estado, a través del MP, conseguir dicha reparación con independencia de las acciones que pueda tener la víctima para obtenerla. La pena no es el único efecto del delito, aquel que comete un delito deberá reparar el daño causado; se habla de la responsabilidad civil derivada de un delito.

La reparación se contempla como la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales que tienen un claro y específico contenido patrimonial. Cuando la reparación del daño deba ser hecho por el delincuente tendrá el carácter de pena pública; en cambio, cuando la reparación deba exigirse a un tercero tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará como incidente.<sup>10</sup>

En la actualidad podemos encontrar en la doctrina y en la práctica tres modelos distintos de reparación del daño: como imposición de un tribunal,

---

<sup>9</sup> *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, España, Banzaszon imprenta de la viuda de don Joaquín Escriche, pp. 528 y 529.

<sup>10</sup> Esta distinción se encuentra plasmada en el artículo 34 del Código Penal Federal mexicano.

“Artículo 34. La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el M.P. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al M.P. o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevega el Código de Procedimientos Penales. El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo. Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales. Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del M.P., sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente”.



la suspensión del proceso a prueba o condicional y por justicia restaurativa. En cuanto a la reparación del daño, el ilustre profesor mexicano Julio Hernández Pliego opina que, por regla general, la acción de *reparación de daños constituye una pena pública* en nuestro medio, al corresponderle su ejercicio obligatorio al MP y el juez no puede dejar de condenar a su pago. Solamente será cuestión accesoria al proceso si se promueve la reparación del daño contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando la forma de responsabilidad civil.<sup>11</sup>

Aunque considerada como pena pública, la reparación del daño al estar asociada la sanción pecuniaria, solamente contempla aspectos económicos, patrimoniales y monetarios. A pesar de que los códigos penales tengan previstos las indemnizaciones de todo tipo de atención médica y psicológica, rehabilitación, etcétera, se olvidan que hay muchas cosas que, solamente, el encuentro con su ofensor puede sanar. La víctima no tiene incidencia en cuanto a la forma y momento de reparar el daño.

*La suspensión del proceso a prueba o suspensión condicional del proceso* es una variante del anterior, que como requisito necesita que se repare el daño o se garantice la reparación (puede extenderse en el tiempo); se traduce en un ofrecimiento de reparación de la defensa (imputado y defensor) que el juzgador puede admitir o no sin importar en mayor medida la opinión de la víctima.

*La justicia restaurativa* es un sistema que busca la reparación proporcional y a la vez consensuada que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas, no sólo es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización.<sup>12</sup> Más que reparar el daño se trata de enmendarlo,

---

<sup>11</sup> Hernández Pliego, Julio Antonio, *La reparación del daño en el CNPP: el Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015, pp. 341 a 356.

<sup>12</sup> “Otro principio a tener en cuenta consistiría en la prohibición de cualquier intento de mediatización del ser humano. Tal como afirmaba Immanuel (sic) Kant en su célebre postulado, “No debe tratarse nadie a sí mismo, ni a los demás como simples medios, sino como un fin en sí mismo”. La idea central es el respeto por el individuo y por la dignidad humana, considerando que el hombre debe ser tratado como el sujeto de las políticas y nunca como un objeto, como un medio que en tanto medio, pueda ser utilizado como moneda de cambio para objetivos posteriores, por muy loables que éstos sean. ¿Aspiramos a que los ciudadanos recuperen su autonomía? Comencemos pues, por respetarla desde los enunciados jurídicos, de esta manera, podremos exigir de los mismo, responsabilidad sobre sus actos. “La creencia en el significado de la autonomía individual presupone seres humanos capaces de regular su propio comportamiento. En muchas oportunidades, el argumento de la inexistencia del sujeto autónomo es esgrimido no para restar responsabilidades al individuo, sino para quitarle derechos. Es muy fácil (económico, práctico) enarbolar la bandera de las responsabilidades ante la sociedad cuando se utilizan para condenar a un desdichado marginal en mérito a la

ya que existen delitos que causan daños graves y son de difícil o imposible reparación (aunque se trate de un robo simple, la víctima puede tener un daño más allá de lo económico, como la pérdida de la seguridad y tranquilidad, que no se reparan con dinero).

Una actitud por parte del ofensor —de empatía— de asumir sus responsabilidades, de intentar reparar el daño (material o económicamente), puede ayudar en el proceso de atención a las necesidades de la víctima, aunque nunca se restaure por completo su daño. Este modelo busca tratar las causas del delito, la acción de enmendar el mal causado a la sociedad implica adoptar medidas para evitar que el ofensor siga con su conducta y otros realizan conductas parecidas, los modelos de justicia restaurativa amplían el círculo de interesados pudiendo intervenir los miembros de la comunidad. Consideramos que al llegar a un acuerdo no es el objetivo primordial de la mediación penal dentro del contexto de la justicia restaurativa, pero en caso de que las partes lleguen a establecerlo y que se plasme en un convenio, éste podrá tener un contenido muy variado y no necesariamente económico o patrimonial (pedir disculpas o perdón, realización o abstención de ciertas conductas, prestación de servicios a la comunidad, etcétera).

## V. EL CONFLICTO PENAL

Se puede decir que el conflicto es inherente a la persona, que se podría traducir en un motor de cambio y crecimiento del individuo, dependiendo en la manera en que se afrontará. En otras materias distintas a la penal, los conflic-

---

generación de un dudoso ejemplo de justicia que eventualmente serviría para evitar que se cometan nuevos delitos. El sujeto goza de autonomía a la hora de cargar con todo el peso de un castigo a causa del delito cometido, pero nadie recuerda a esa misma autonomía en el momento de respetar su individualidad, su carácter de no-objeto... cada ser humano es un sujeto único e irreplicable, es imposible valorarlo en todas sus dimensiones, es inmoral utilizarlo como un escalón para lograr cualquier objetivo. La apropiación del monopolio de la fuerza por parte del Estado en algún momento de la historia, legítima o ilegítimamente conseguida, cedida por la sociedad o expropiada por éste, hizo mella en la teoría de la retribución, orientándose cada vez más, en la medida en que la necesidad de un mayor control social lo hizo necesario, hacia las teorías de la prevención, dejando a estas últimas casi como único fundamento real de toda punición. Tanto víctima como victimario pasaron a ser utilizados, el uno para fundamentar la necesidad y la justicia del castigo en mérito al sufrimiento producto del daño, y el otro como mero elemento ejemplificador de cara al resto de la sociedad, y sobre todo a aquellos grupos sociales pasibles de ser a su vez víctimas de la virulencia de la venganza estatal". Córdoba, Víctor Alfonso, *Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos: resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 79 y 80.

tos que le competen a la mediación son aquellos interpersonales o intersubjetivos en donde existe una relación entre las partes en las que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna de las partes como incompatibles. Concretamente nos referiremos a los conflictos que tienen o se traducen en una cuestión jurídica.

Pero en la materia penal, aunque en algunos casos pudieran darse conflictos derivados de la comisión de un acto delictivo con estas características, esto no siempre es así, por ejemplo, los delitos que no tiene una víctima concreta o cuando no hay una relación previa entre víctima y victimario. No obstante, en estos casos se genera un conflicto, donde hay personas afectadas y con objetivos considerados como incompatibles entre ellos.

Independientemente del tipo de delito, el Estado (con la concepción de la acción pública) arrebató el conflicto a las personas que originalmente estuvieron involucradas. Dicha expropiación se da mediante la realización de procedimientos formales por parte de órganos extraños a la situación, capaces de dar respuestas que, muchas veces, son completamente “incomprensibles” o “ridículas” para el autor de la conducta y la víctima. La víctima lo es frente a su agresor y también frente al Estado.<sup>13</sup>

La noción de protección de bienes jurídicos, derivada de las ideas contractualistas,<sup>14</sup> estableció a favor del Estado facultades que deberían ser de la víctima, convirtiéndose en titular del conflicto en la búsqueda y pro-

---

<sup>13</sup> Highton, Elena I. *et al.*, Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998, p. 40.

<sup>14</sup> Rousseau, Juan Jacobo, El contrato social, 10 ed., México, Porrúa, 1996, p. 14.

“Libro II. Capítulo primero. La soberanía es inalienable. La primera y más importante consecuencia de los principios establecidos, es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerza del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de esos mismos intereses es lo que ha hecho posible, su existencia. Lo que hay de común en esos intereses es lo que constituye el vínculo social, porque si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir. No siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad. En efecto, si no es posible que la voluntad particular se concilie con la genera, es imposible, por lo menos, que este acuerdo sea durable y constante, pues la primera se entiende, por su naturaleza, a las preferencias y a la segunda a la igualdad. Más difícil aún es que haya un fiador de tal acuerdo, pero dado el caso de que existiera, no sería efecto del arte, sino de la casualidad. El soberano puede muy bien decir: «yo quiero lo que quiere actualmente tal hombre, o al menos, lo que dice querer»; pro no podrá decir: «lo que este hombre querrá mañana yo querré», puesto que es absurdo que la voluntad se encadene para lo futuro, y también porque no hay poder que pueda obligar al ser que quiere, a admitir o consentir en nada que sea contrario a su propio bien. Si, pues, el pueblo promete simplemente obedecer, pierde su condición de tal y se disuelve por el mismo

tección del bien común. Dicha noción de bien jurídico convirtió a la víctima en algo objetivo donde la protección al bien jurídico fue más allá del daño real, material y moral provocado a la persona concreta con el objetivo de preservar la paz jurídica.

El bien jurídico, a la luz de la teoría del delito, es el elemento rector de la interpretación del tipo, así como para la fijación de la punibilidad. El intervalo de punibilidad dependerá del valor —jurídico— del bien protegido; por lo que existe una jerarquización de los bienes tutelados y, por ello, de las punibilidades. Toda esta jerarquización se hace con base en una abstracción legislativa que no toma en cuenta las circunstancias y entorno en que se comete la conducta.<sup>15</sup>

En este sentido, el conflicto quedó reducido a la relación Estado-súbdito y, procesalmente hablando, a la persecución del imputado por parte del Estado. La víctima fue alejada del proceso y del conflicto ante el objetivo de protección abstracta de bien jurídico y no de la persona. En un proceso penal existen cuestiones que no son tomadas en cuenta en el momento de juzgar, la conducta realizada puede tener en juego tensiones entre los diversos autores, que pueden influir en el comportamiento pero no tienen que ver con la concepción del delito desde la dogmática jurídico-penal, ni con el proceso, pero que en un modelo de justicia restaurativa pueden ser más importantes que llegar a un acuerdo.<sup>16</sup>

---

acto: desde el instante en que tiene un dueño, desaparece el soberano y queda destruido el cuerpo político”.

<sup>15</sup> “Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal. El bien jurídico es el elemento básico en la estructura del tipo y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se le infiere o, al menos, el peligro a que se le expone, da lugar, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, a la concreción de la punibilidad. A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión. Asimismo, del bien jurídico depende la cantidad y las clases de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiera dar al bien condicione el número y la clase de elementos. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos; y para una protección limitada, un mayor número de ellos”. Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 32 y 33.

<sup>16</sup> “Dos causas se iniciaron simultáneamente. En una de ellas el dueño de una panadería denunciaba que un empleado lo había agredido y amenazado. En la otra, el referido empleado denunciaba al patrón por retener indebidamente efectos de su propiedad que estaban guardados en un armario del personal. Convocados a una audiencia de mediación, ambos concurrieron con sus abogados. A través de las entrevistas privadas el mediador pudo armar la historia. El patrón en todo momento decía que la otra parte era un excelente empleado, pero que debido a su adicción al alcohol llegaba permanentemente tarde y no cumplía con su trabajo. El empleado, por su parte, reconocía al otro como una muy buena persona, que inclusive había tomado a su hija como empleada de mostrador en la panadería, reconocía su

La justicia restaurativa es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas y que el proceso judicial no atiende. Es ampliar el círculo de los interesados-afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye al Estado, al ofensor, a la víctima y a otros miembros de la comunidad. Debe quedar claro que no se trata de eliminar (privatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido. Howard Zehr describe y explica cuáles son las necesidades, derivadas del conflicto producido por un crimen o delito, que deben ser atendidas de la víctima, de la comunidad y por el propio ofensor:<sup>17</sup>

<i>Necesidades</i>		
<i>Víctimas</i>	<i>Ofensores</i>	<i>Comunidad</i>
<i>Información.</i> Se les debe dar respuesta a sus preguntas concretas (¿Por qué sucedió? ¿Qué ha sucedido después del hecho?). Necesitan información real, no especulaciones ni informaciones técnicas-legales. Acceso a los ofensores a poseer la información.	Se debe fomentar la responsabilidad activa del ofensor, pero la justicia retributiva (basada en el castigo) no es capaz de hacer entender las consecuencias de sus acciones ni que desarrolle empatía por la víctima.	Si el Estado actúa a nuestro nombre se pierde el sentido de comunidad. Las comunidades también sufren el impacto del crimen, ya que —en muchos casos— tanto la víctima como el ofensor pertenecen a la misma.

adicción y su frustración al no poder sostener un tratamiento en alcohólicos anónimos. Había existido un episodio de violencia entre ambos, a resultas de una nueva llegada tarde del empleado. Este se retiró del lugar de trabajo y no regresó más. Manifestaba su angustia por la vergüenza que decía tener por lo sucedido. Entre las denuncias y la audiencia se habían cursado sendos telegramas laborales. Al pasar a la reunión conjunta, las partes volvieron a reconocer los aspectos positivos del otro y espontáneamente se disculparon mutuamente, comprometiéndose el Patrón a devolver los objetos que habían quedado en la panadería. El mediador propuso entonces a las partes la posibilidad de aprovechar el espacio y el buen diálogo a fin de resolver la cuestión laboral. Luego de consultar en forma privada con sus abogados, llegaron a un acuerdo respecto de la desvinculación laboral que quedó asentado en el acta para luego homologarlo en la sede del Ministerio de Trabajo”. Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005, pp. 91 y 92.

<sup>17</sup> Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos, Good books and Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción, 2010, pp. 19 y ss.

<i>Necesidades</i>		
<i>Víctimas</i>	<i>Ofensores</i>	<i>Comunidad</i>
<p><i>Narración de los hechos.</i> La posibilidad de poder relatar su historia a aquellas personas que les causaron el daño y poder mostrarles el impacto que tuvieron sus acciones.</p> <p><i>Control.</i> Es frecuente el sentimiento de pérdida de control después de un delito (de sus bienes, cuerpos, emociones y sus sueños). La participación directa y activa puede contribuir a recuperar el sentido de control.</p> <p><i>Restitución o reivindicación.</i> Se pueden restituir los bienes materiales, pero también, el reconocimiento simbólico representado en la restitución es igualmente importante. Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial. En cierto modo dice: “Reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa”.</p>	<p>El proceso y el castigo, no implica una responsabilidad activa real antes, al contrario, exacerbaban la alienación social percibida por el ofensor.</p> <p>La responsabilidad activa implica motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle para dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible (pensando en las víctimas).</p> <p>Si queremos que los ofensores asuman sus responsabilidades, modifiquen su comportamiento y se conviertan en miembros útiles de la sociedad, se deberán atender también sus necesidades.</p>	<p>En este sentido, las comunidades también deben ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias. Las comunidades necesitan de la justicia: Ser reconocidas y atendidas como víctimas.</p> <p>Oportunidades para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros.</p> <p>Motivación para asumir sus responsabilidades en pro del bienestar de todos sus miembros, incluidas las víctimas y los ofensores, y fomentar las condiciones para crear y sostener comunidades sanas.</p>

## VI. JUSTICIA RESTAURATIVA EN MÉXICO

El uso de los medios alternativos de solución de conflictos es producto de un movimiento social y académico que con base en prácticas y usos que fueron introduciéndose como alternativa al sistema que se encuentra en juicio, y que han influido en su uso diversas organizaciones e instrumentos internacionales.

## 1. *La reforma de 2008*

De manera general, se ha entendido como medio alternativo a toda figura procesal que ponga fin a la pretensión punitiva, es decir, aquello que no sea una sentencia penal dictada por un tribunal (colegiado o unitario) de juicio oral. En ese sentido, algunos piensan que los medios alternativos de solución de conflictos son: los criterios de oportunidad aplicados por el MP, la justicia restaurativa, la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado.

La confusión puede provenir de una interpretación errónea del fundamento constitucional, introducido por la reforma en comento, al mencionar los mecanismos alternativos de manera general en el originalmente párrafo tercero del artículo 17 constitucional de la reforma:<sup>18</sup> “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

En primer lugar, podemos percibir que nuestra carta magna establece el uso de medios alternativos para cualquier materia jurídica (ambiental, laboral, familiar, civil, mercantil, electoral, propiedad intelectual, comercio y un amplio etcétera); respecto a la materia penal establece, sin mayores especificaciones, que deben asegurar la reparación del daño y el establecimiento de los casos en que éstos requieran de una supervisión judicial como control de legalidad.

Consideramos que debemos distinguir entre simples medios de descongestión o aceleramiento del sistema penal y verdaderas salidas alternas. Como medios de descongestión están la aplicación de criterios de oportunidad (artículo 21, párrafo séptimo)<sup>19</sup> y el procedimiento abreviado (artículo 20, apartado A, fracción VII);<sup>20</sup> por otro lado, consideramos como verda-

---

<sup>18</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Hay que tomar en cuenta que un decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010 reformó el artículo 17 en comento introduciendo en párrafo (que nada tiene que ver con nuestro tema) y por lo que actualmente el fundamento de los mecanismos alternativos es el párrafo cuarto.

<sup>19</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 21, párrafo séptimo: “El M.P. podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

<sup>20</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “Artículo 20. ...I. De los principios generales. VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen

deros medios alternativos de solución de conflictos, en materia penal, la suspensión condicional del procedimiento y la justicia restaurativa. Los medios de aceleración o descongestión tienen, a nuestro criterio, las siguientes características: la reparación del daño no es un objetivo directo o principal (en los criterios de oportunidad es un requisito y en el procedimiento abreviado es parte de la sentencia). No se soluciona el conflicto entre las partes (los criterios de oportunidad son facultad del MP basada en cuestiones de política criminal) y respecto a la procedencia del procedimiento abreviado se le puede consultar a la víctima pero su opinión no es vinculante. Al final, la terminación del proceso es a consecuencia de una decisión de una autoridad de procuración o administración de justicia.

En cambio, las características de los medios alternativos son: que es más importante la reparación del daño, no sólo en sentido económico (recordemos que en la suspensión condicional, dentro de las obligaciones a imponer al imputado, podemos encontrar abstenerse de realizar ciertas conductas, tratamientos de desintoxicación, etcétera). Se busca la solución del conflicto entre las partes. El fin del proceso es a consecuencia de la voluntad de las partes (debe haber una resolución por parte del MP o del juez, según corresponda, pero sólo es en carácter de revisión de legalidad y dotar de formalidad el acuerdo —acuerdo reparatorio— o del cumplimiento de las obligaciones y reparación del daño —suspensión condicional—).

## 2. *Código Nacional*

El 5 de marzo de 2014 fue publicado el Código Nacional de Procedimientos Penales, con el objetivo de dar una respuesta única a la implementación del sistema acusatorio en México y así evitar malas prácticas locales que se suscitaban a partir de la legislación de algunas entidades federativas. No obstante, la realidad nos enfrenta a un código con infinidad de antinomias, lagunas, malas interpretaciones y errores de redacción; aquello que quería corregir errores locales, se convirtió en un error generalizado.<sup>21</sup>

---

medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”.

<sup>21</sup> Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Manual de derecho procesal penal mexicano para conocer y utilizar el código único*, México, Flores Editor/INMEXUS, 2014, pp. 10 y 11.

“No son pocos los escoyos que el Código Nacional ha puesto a este camino llano y andadero que es el proceso acusatorio. Quizá el mayor ha sido querer destrozarse esa actividad técnica y científica que nuestra policía realiza en la escena del crimen. Confundir una insti-



En contexto, el Código Nacional menciona, por primera vez, los mecanismos alternativos de solución de controversias en el título V, “Sujetos del procedimiento y sus auxiliares”, capítulo II, como derecho de la víctima u ofendido a participar en éstos (artículo 109, fracción X), como obligación del defensor a promoverlos (artículo 117), y obligación del MP a promoverlos (artículo 131, fracción XVIII).

En el libro segundo del Código Nacional encontramos reguladas las soluciones alternas y las formas de terminación anticipada; el título I “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”, capítulo I, en Disposiciones comunes, el artículo 183 refiere que:

En los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicarán las disposiciones establecidas en este Título, en lo no previsto, se aplicarán las reglas del proceso ordinario. Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, el registro deberá ser consultado por el MP y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso. En lo relativo a la conciliación y la mediación, se estará a lo dispuesto en la ley en la materia.

Se puede observar a simple vista que en la redacción del Código Nacional, alguien —aunque— sin mucha idea quiso incluir como formas de justicia restaurativa en mediación y conciliación; la conciliación y la mediación solamente son mencionadas en el último párrafo del artículo en comento y remitiendo para el tema en la ley de la materia. Como veremos a continuación, no se vuelve a mencionar, contemplar, regular, legislar o pensar en la justicia restaurativa en ninguna de sus formas. Por otro lado, el artículo 185 del Código Nacional establece como formas de solución alterna: 1) el acuerdo reparatorio y 2) la suspensión condicional del procedimiento. Los acuerdos reparatorios son definidos de la siguiente manera “aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el M.P. o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso”.

---

tución con otra, ha sido, igualmente, una (sic) defecto para intuir los procedimientos. No es posible que un sistema acusatorio que elimina las fases de negociación para la solución del conflicto; que distingue entre la conciliación y la mediación como las formas de reparación del daño y que asemeja en la suspensión condicional del proceso los mecanismos de solución de controversias”.

Como observamos, la redacción no hace alusión a la idea de un medio alternativo de solución de conflictos, menos a la justicia restaurativa, ya que sólo habla de acuerdos entre víctima e imputado para efectos de concluir el proceso y, como vimos, los medios alternativos son una idea más amplia que sólo un acuerdo (normalmente económico) para terminar un proceso. Pareciera que al redactar el código se pensó en alternatividad solamente como algo distinto a sentencia.

La regulación de los acuerdos reparatorios es única y exclusivamente en cuanto a procedencia, trámite y efectos de un documento redactado y firmados por las partes y que al final, si cubre los requisitos, extingue la pretensión punitiva sin importar la manera en que se llegó al acuerdo.

Podemos realizar un ejemplo, imaginemos un caso de daño en propiedad ajena culposo, por conducción de vehículo automotor, en donde las aseguradoras de los vehículos negocian con respecto de la responsabilidad económica y el monto de la misma, se firma un acuerdo y se extingue el proceso. En este caso, de ninguna manera se puede afirmar que se haya aplicado un medio alternativo, propiamente dicho, en ningunas de sus formas (mediación, conciliación, conferencias o círculos).

El artículo 187 del CNPP indica el tipo de delitos en los que proceden los acuerdos reparatorios, en el último párrafo se regulan excepciones de procedencia, una de ellas es en los casos de violencia familiar; nuevamente, estamos frente a un gran error, se piensa que al prohibir la procedencia de los acuerdos reparatorios a delitos de violencia familiar se está contribuyendo a combatir un grave problema que nos aqueja en nuestros días, que es la violencia de género contra las mujeres, pero quienes afirman esto desconocen que los delitos de violencia familiar se pueden suscitar entre distintos tipos de parentesco y, en nuestra opinión, utilizar modelos de justicia restaurativa sería la mejor herramienta para resolver este tipo de conflictos.<sup>22</sup>

Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes que se decrete el auto de apertura de juicio oral, pudiendo el juez suspender el proceso hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con la ayuda de la autoridad competente (artículo 188). Podemos vislumbrar una mínima

---

<sup>22</sup> El Código Penal Federal tipifica la violencia familiar de la siguiente manera: “Artículo 343 Bis. Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar. A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le sujetará a tratamiento psicológico especializado”.

referencia a la justicia restaurativa al establecerse la posibilidad que cualesquiera de las partes puede solicitar la continuación del procedimiento, recordemos que los procesos de justicia restaurativa se rigen bajo el principio de voluntariedad.

Los acuerdos pueden ser promovidos por el MP en la investigación inicial o por el juez de control una vez iniciado el proceso. El cumplimiento de los acuerdos puede ser de manera inmediata o de cumplimiento diferido, en el primero de los casos surten sus efectos de inmediato; en caso de ser de cumplimiento diferido las partes podrán pactar el plazo, pero el código no dice cuánto puede ser ese plazo máximo pactado entre las partes; solamente establece que el plazo será de un año si las partes no fijan el plazo.

En caso de incumplimiento de las obligaciones el MP debe hacerlo del conocimiento del juez para que ordene reanudar el proceso, lo cual se hará como si no se hubiere celebrado acuerdo alguno; la información generada por los acuerdos no será utilizada, en perjuicio de las partes, dentro del proceso, lo cual podemos interpretar, como principio de confidencialidad. Caso contrario, el cumplimiento de lo acordado hará las veces de sentencia ejecutoriada (artículo 189).

Cuando los acuerdos se den en etapa de investigación inicial, el MP revisa y aprueba los acuerdos, si es después de vinculación lo hará el juez de control; en ambos casos, se hace una revisión de legalidad e igualdad, es decir, revisar que los acuerdos no contengan obligaciones notoriamente desproporcionadas, que las partes estuvieron en igualdad para negociar, ni recibieron intimidación, amenaza o coacción (artículo 189). En virtud de la redacción ambigua y desafortunada del código, desde la óptica de la justicia restaurativa, se volvió más que necesaria una ley específica en la materia.

### 3. *Ley Nacional*

El 29 de diciembre de 2014 se expidió la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, como una ley especializada, teniendo por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos —específicamente— en materia penal previstas en la legislación procedimental. La Ley Nacional aporta una definición general y finalidad de los mecanismos alternativos,<sup>23</sup> en el artículo 1o. define el objeto general y establece que los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como fi-

---

<sup>23</sup> Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

nalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Se contemplan como mecanismos alternativos la mediación, la conciliación y la junta restaurativa (artículo 3o., fracción IX); de inicio, podemos ver que al establecer los mecanismos alternativos se habla de mediación y conciliación, no así de encuentro víctima-victimario desde la óptica de la justicia restaurativa.

Podría pensarse que la Ley Nacional recoge la ideología y doctrina de la justicia restaurativa, ya que define correctamente los mecanismos alternativos, contempla las juntas restaurativas y regula los principio que los rigen de manera como lo indica la doctrina. Pero esta idea inicial es borrada en el momento que sólo procederán los mecanismos alternativos en los casos previstos por la legislación procedimental (artículo 5o., procedencia), y que la oportunidad será hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio oral (acusatorio) o previo a las conclusiones (mixto inquisitivo).

La Ley Nacional contempla los mecanismos alternativos, preferentemente, como una herramienta para evitar el juicio, para terminar el proceso anticipadamente, no como complemento a la justicia penal, en la cual las formas de justicia restaurativa y los acuerdos pudieran tomarse en cuenta en la sentencia para la sustitución de la pena o individualizarla o, inclusive, en la etapa de ejecución para cumplir con los fines de la pena (prevención especial y general positivas). La Ley Nacional asume que los mecanismos alternativos sólo funcionan en delitos no graves y que en los graves una sentencia penal resuelve conflictos y repara integralmente el daño a la víctima; visión que consideramos muy limitada.

El título segundo, “Los mecanismos alternativos”, está dividido en cinco capítulos; el primer capítulo se refiere a las Disposiciones comunes. Los derechos de los intervinientes se encuentran regulados en el artículo 8o., las obligaciones en el artículo 9o. y la forma de solicitud e inicio del mecanismo en el 10, destacándose que puede realizarse por escrito o de manera oral. Durante la etapa de investigación inicial, el MP fomentará la aplicación de los mecanismos alternativos y, en caso, de la aceptación de las partes, los derivará al órgano adscrito a las procuradurías o fiscalías. Después de la vinculación a proceso será el juez quien derive el asunto, pero serán las partes quienes podrán elegir entre el órgano adscrito a la procuraduría o al tribunal (artículos 10 y 11).

Se realizarán sesiones previas de carácter informativo y explicativo, en caso de que las partes acepten, su manifestación se hará constar por escrito,

en las sesiones podrán contar con la presencia de sus abogados siempre y cuando estén presentes los de ambos, pero no podrán intervenir (artículos 16 a 19). La participación en un mecanismo alternativo puede incidir en el proceso, ya que ameritará que cuando se encuentre detenido en flagrancia sea puesto en libertad por el MP o la revisión de la medida cautelar si se encuentra en prisión preventiva.

El tercero y cuarto capítulos regulan la mediación y conciliación que únicamente se diferencian, según la ley, en la facultad del facilitador de poder presentar alternativas de soluciones diversas, improductiva distinción que no sería necesaria si se hubiera introducido la idea de un encuentro víctima-victimario, recordemos que los modelos de justicia restaurativa propician el encuentro de las personas, mas no existen reglas fijas en cuanto al modo de llevar éstos, el facilitador, en cada caso, decidirá las técnicas, herramientas y pautas a seguir.

El capítulo II, “De la mediación”, en el artículo 21, refiere el concepto como el mecanismo voluntario mediante el cual los intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El facilitador propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes.

El capítulo III, “De la conciliación”, en el artículo 25, define a esta figura, como el mecanismo voluntario mediante el cual los intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados. Además de propiciar la comunicación entre los intervinientes, el facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas diversas de solución. El artículo 26, sobre el desarrollo de la sesión, explica que la conciliación se desarrollará en los mismos términos previstos para la mediación; sin embargo, a diferencia de ésta, el facilitador estará autorizado para proponer soluciones basadas en escenarios posibles y discernir los más idóneos para los intervinientes, con respeto a los principios de esta ley. El facilitador podrá proponer la alternativa que considere más viable para la solución de la controversia.

Tanto las sesiones de la mediación como la conciliación deben ser orales, sólo se deberá registrar por escrito el acuerdo alcanzado. Esta idea trata de fortalecer el principio de confidencialidad, pero en realidad revela el desconocimiento de los redactores de la ley sobre temas de justicia restaurativa, recordemos que existen algunas herramientas, tales como cartas o vídeos, que pueden facilitar la comunicación entre las partes para el intercambio de información.

En el capítulo IV encontramos la justicia restaurativa, la cual difiere de los encuentros antes descritos, en que no sólo tiene como objetivo la resolución del conflicto entre dos partes mediante la comunicación y el entendimiento mutuo, sino también incluyen a la comunidad afectada; se busca que el acuerdo atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social (artículo 27).

Teniendo, en estos casos, el acuerdo los siguientes alcances establecidos en el artículo 29 que explica los alcances de la reparación, derivada de la junta restaurativa, comprenderá: I. El reconocimiento de responsabilidad y la formulación de una disculpa a la víctima u ofendido en un acto público o privado, de conformidad con el acuerdo alcanzado por los intervinientes, por virtud del cual el imputado acepta que su conducta causó un daño; II. El compromiso de la no repetición de la conducta originadora de la controversia y el establecimiento de condiciones para darle efectividad, como inscribirse y concluir programas o actividades que contribuyan a la no repetición de la conducta o aquellos programas específicos para el tratamiento de adicciones; III. Un plan de restitución que pueda ser económico o en especie, reparando o reemplazando algún bien, la realización u omisión de determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad u otra forma lícita solicitada por la víctima u ofendido y acordadas entre los intervinientes en la sesión. Las reglas generales aplicables a los mecanismos alternativos se encuentran en los artículos 30 a 32; los requisitos, contenido, revisión, cumplimiento y efectos de los acuerdos van del artículo 33 al 35. Recordemos que existen acuerdos de cumplimiento diferido, por lo que en caso de un cumplimiento parcial, éste será tomado en cuenta, para la reparación del daño.

Los órganos encargados de los mecanismos alternativos en el artículo 36, se establece en el área de seguimiento, en el sentido de monitorear e impulsar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados mediante: I. Apercebimiento a los intervinientes para el caso de incumplimiento del acuerdo; II. Visitas de verificación; III. Llamadas telefónicas; IV. Recepción o entrega de documentos, pagos, bienes u objetos; V. Citación de los intervinientes y demás personas que sean necesarias; VI. Envío de correspondencia o comunicación, pudiendo usar medios electrónicos, y VII. Cualquier medida necesaria para el cumplimiento del acuerdo de conformidad con la Ley.

El título IV contempla las bases para el funcionamiento de los mecanismos alternativos, estableciendo como obligación a las procuradurías y a las fiscalías el contar con órganos especializados en mecanismos alternativos de resolución de controversias con independencia técnica y gestión;

por su parte, será opcional para los tribunales el contar con dichos órganos (artículo 40).

Los programas de capacitación deberán ser estandarizados en todos los órganos, así como contar con facilitadores certificados en la materia y personal interdisciplinario (artículos 41 y 42). Los poderes judiciales, locales y federal, que cuenten con órganos de mecanismo alternativos conformarán un Consejo de certificación en sede judicial (artículo 46); dicho Consejo, junto a la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, emitirán los criterios mínimos de certificación de los facilitadores. Los requisitos para ser facilitador se encuentran en el capítulo II, en el artículo 48, quienes deberán: I. Poseer grado de Licenciatura afín a las labores que deberán desarrollar, con cédula profesional con registro federal; II. Acreditar la certificación que establece esta Ley; III. Acreditar las evaluaciones de control de confianza que establecen las disposiciones aplicables para los miembros de instituciones de procuración de justicia; IV. No haber sido sentenciados por delito doloso, y V. Los demás que establezca esta Ley y otras que resulten aplicables.

Para ser facilitador se deberá contar con 180 horas de capacitación teórico-práctica, se deberá renovar su certificación cada tres años y cumplir mínimo con 100 horas de capacitación durante ese periodo para permanecer en funciones (artículo 50). Las obligaciones de los facilitadores están regulados en el artículo 51, y los impedimentos y excusas en el artículo 52.

#### 4. *Toma de postura*

Hemos visto que el uso de los mecanismos alternativos no necesariamente van aparejados al sistema acusatorio, las entidades federativas que inician la implementación del sistema acusatorio previo al Código Nacional, e inclusive a la reforma de 2008, implementaron los mecanismos alternativos. Es cierto que la reforma les dio fundamento y los códigos acusatorios impulsaron su utilización al ampliar el catálogo de los tipos de delitos aplicables, pero pensando únicamente en el efecto de sobreesimiento; es decir, no es un programa de justicia restaurativa, sino de terminaciones anticipadas o rápidas del proceso.

Es cierto que los estados no lograron establecer un estándar de legislación, ni de buenas prácticas, respecto del uso de los mecanismos alternativos —ni del sistema acusatorio— por lo que se tomó la decisión de estandarizar la regulación y aplicación de los mecanismos alternativos —y del sistema acusatorio— mediante un código y ley única. El Código Nacional regula



los acuerdos reparatorios y remite a la ley especializada en la materia; los acuerdos extinguen la pretensión punitiva del Estado, lo que nos confirma la idea de terminaciones rápidas, basadas en economía procesal y no en restaurar la paz social.

Por su parte, la Ley Nacional aunque tiene algunos tintes de filosofía restaurativa, contempla los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos pero con una idea de economía procesal, ideas que no van de la mano. Contempla como dos de los tres mecanismos a la mediación y a la conciliación, las cuales se diferencian entre sí sólo por la facultad del facilitador de proponer alternativas de solución; esta última distinción no sería necesaria si se hubiera contemplado la idea de la conferencia víctima-victimario, y que fuera el facilitador, en cada caso y sin necesidad de tasarlo en la ley, que determinara su actuación según las circunstancias generales del hecho y las particulares del caso.

El tercer mecanismo alternativo es la junta restaurativa que contempla la participación de la comunidad para la resolución del conflicto, en busca que el acuerdo atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social. Podemos afirmar que la Ley Nacional no contempla uno de los modelos esenciales de la justicia restaurativa, a saber, las conferencias familiares.

Es claro que los mecanismos alternativos de la Ley Nacional tienen una óptica procesal y no tanto de atender los intereses individuales de las partes ni las colectivas, tan es así que exige que las sesiones sean orales y con la presencia de las partes, esto es pensando más en las formalidades en caso de llegar al acuerdo que propiamente en las necesidades. Sólo en la junta restaurativa —no así en la mediación ni conciliación— se contempla la idea del reconocimiento de responsabilidad, la disculpa a la víctima y el compromiso de no repetir la conducta por parte del infractor, pero al final se regresa a la idea de restitución económica. Si pensamos en que el MP o el juez (según el momento procesal) tienen que aprobar los acuerdos para que surtan sus efectos, quienes tienen una mentalidad jurídica de legalidad y formalidad, se corre el peligro (ya ha sucedido) de no aprobar los acuerdos a los que han llegado las partes, por no entenderlos.

Dentro de lo aplaudible de la Ley Nacional, es que dentro de los requisitos formales para ser facilitador es contar con estudios de licenciatura en un área a fin, por lo que corrige el error de algunas legislaciones de exigir que el facilitador fuera licenciado en derecho; además de prever una capacitación, actualización y supervisión continua a los facilitadores para su permanen-



cia. Desde nuestra concepción, en México no se cuenta con un programa de justicia restaurativa, sólo con un sistema de mecanismos alternativos que buscan la economía procesal y descongestionar el sistema de justicia.

## VII. CONCLUSIONES

*Primera.* Es evidente que el sistema de justicia penal ha ido evolucionando y, dentro de esa evolución, la víctima se ha ido incorporando en el texto constitucional, principalmente por el desarrollo de materias como la victimología.

*Segunda.* Han sido tan sólo catorce años el tiempo en que se vieron reflejados los derechos de la víctima, a partir de 1994 hasta el 2008, en la carta magna; tiempo muy corto si lo comparamos con los más de setenta años en los que estuvo completamente ausente e ignorados sus derechos en materia del proceso penal.

*Tercera.* Uno de los principales derechos que tiene la víctima es a la reparación del daño, ya que el delito afecta no sólo su esfera jurídica (bienes jurídicos), sino también su ámbito emocional y su desarrollo personal.

*Cuarta.* Tradicionalmente el daño producido por una conducta delictiva se ha considerado, o mejor dicho, cuantificado de manera económica, derivado de la concepción civilista de reparación del daño; dicha concepción es insuficiente —por no decir injusta—, ya que los daños causados por el delito no sólo son materiales o económicos.

*Quinta.* La mejor manera de reparar el daño a la víctima de un delito es mediante el uso de las técnicas y métodos de la justicia restaurativa por considerar ésta, a diferencia de la justicia tradicional o retributiva, un sistema que busca la reparación proporcional y a la vez consensuada que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas, no sólo es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización.

*Sexta.* La justicia restaurativa es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, necesidades que el proceso judicial no atiende. Al ampliar el círculo de los interesados-afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye no sólo al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a miembros de la comunidad. De esta forma, debe quedar claro que no se trata de eliminar (privatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- “El fortalecimiento de las garantías de la víctima y el ofendido se dirige a una mejor defensa de su integridad y su interés, así como una participación más activa durante el proceso”, Gobierno Federal, *Guía de Consulta, ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, 2008.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert e HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Manual de derecho procesal penal mexicano para conocer y utilizar el código único*, México, Flores Editor-Inmex, 2014.
- CÓRDOBA, Víctor Alfonso, *Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos: resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Revolución Mexicana, 1960.
- Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, España, Banzas, imprenta de la viuda de don Joaquín Escriche.
- EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *La reparación del daño en el CNPP: el Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015.
- HIGHTON, Elena I. et al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5a. ed., México, Porrúa, 2004.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, 10 ed., México, Porrúa, 1996.
- ZEHR, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos, Good books and Centro Evangélico Menonita de Teología Asunción, 2010.

## GÉNERO Y JUSTICIA PENAL: EL DERECHO PENAL VISTO DESDE UN ENFOQUE INCLUYENTE

Sofía M. COBO TÉLLEZ\*

SUMARIO: I. *Criminología crítica y justicia genérica*. II. *Justicia penal desde una perspectiva de género*. III. *Conclusiones*. IV. *Fuentes de información*.

Conocí al doctor Serafín Ortiz Ortiz en 1998, recién egresada de la carrera de derecho, cuando me matriculé al master en sistema penal y problemas sociales, en el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJUREP) en la Universidad Autónoma de Tlaxcala, en convenio con la Universitat de Barcelona. El origen del máster es el Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, concertado hace más de veinte años en los siguientes centros europeos: Institut für Rechts-und Sozialphilosophie der Universität Saarland en Alemania, Vakgroep Strafrecht en Criminologie-Erasmus Universiteit de Rotterdam Países Bajos, Centre for Criminology-Middlesex University en Oaakwood-London, Reino Unido, Istituto Guiridico “A.Cicu”, Università degli Studi di Bologna, Italia, Vakgroep Strafrecht en Criminologie-Universiteit Gent, Bélgica y Criminal Sciences Laboratory, University of Tracia (Komotini) Grecia.

El objetivo del máster consistió en el análisis crítico de la configuración y el funcionamiento de las instancias de aplicación del sistema penal en las sociedades contemporáneas, en el marco de los Estados de derecho, las explicaciones acerca de las disciplinas sobre la cuestión criminal (construcción del delito y los problemas sociales), el análisis metodológico de las organizaciones e instituciones del sistema penal, la selectividad y funciones de dichas instancias (aparato policial, administración de justicia y cárcel), la valoración de los principales problemas sociales y alternativas de control (prohibicionismo y drogas, delito y medios de comunicación, género y siste-

---

\* Profesora-investigadora en el Inacipe; catedrática de la Facultad de Psicología de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), nivel I, y exalumna del Posgrado en Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

ma penal, multiculturalidad y democracia) a fin de comprender desde una concepción crítica a la criminalidad y sus formas de control.

Dentro del máster, el seminario sobre los sujetos del sistema penal abordó temas relacionados con el proceso de construcción social de las víctimas del delito y del sistema penal, la intervención penal sobre los menores de edad desde un enfoque garantista, la identidad étnica y la perspectiva de género como elemento de aplicación selectiva de la justicia penal. Sobre este último tema abordaré la presente intervención.

## I. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y JUSTICIA GENÉRICA

El derecho y las instituciones jurídicas han sido construidos desde una perspectiva masculina; sus fundamentos tienen como base un tipo de sujeto (varón, blanco, clase media y heterosexual), desconociendo a los grupos en condiciones de vulnerabilidad (mujer, infancia, indígenas, homosexuales, entre otros). Si a esto le agregamos que el modelo liberal radicalizó la diferencia entre lo público y lo privado, en donde lo público (deliberación política, participación en la economía productiva y remunerada) lo destinó principalmente a lo masculino, y lo privado (casa, familia, educación) a lo femenino, llegamos a la conclusión de que lo privado quedó exento de la intromisión del derecho, dejado a las mujeres y a la niñez expuestas a contextos de violencia, exclusión y desventaja.<sup>1</sup>

Al redactarse la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, la noción de igualdad fue formulada desde la neutralidad, sin identificar respuestas inclusivas de las demandas y necesidades de las mujeres ni de los colectivos marginados. Iris M. Young<sup>2</sup> establece que los teóricos de la justicia no reconocieron las condiciones de opresión y subordinación de clase y de género; además, Facio evidencia que el orden social se delimitó fuera de la decisión y participación de las mujeres.<sup>3</sup> Esta última autora propone una metodología para analizar al derecho desde una perspectiva de género basada en tres componentes:

- A. Formal: aquel que se relaciona con la norma promulgada, consiste en el contenido de leyes o códigos; por ejemplo, el tipo penal y su consecuencia jurídica.

---

<sup>1</sup> Olsen, *Cases and Materials on Family Law: Legal Concepts and Changing Human*, 1994.

<sup>2</sup> *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata.

<sup>3</sup> *Cuando el género suena, cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 1995.

- B. Estructural: consiste en la interpretación que le dan los operadores del sistema de justicia. A este componente también se le ha denominado “selectividad del sistema” (aplicación de la ley por parte de la policía y los fiscales), y, por último:
- C. Político: radica en el acto de elegir las normas que serán aplicables a los casos concretos. Incluye el juicio de los operadores del sistema de justicia mediante la aplicación de la norma a los hechos.

Por lo tanto, la justicia en el derecho está vinculada con el contenido de las normas, pero también con la aplicación igualitaria de las mismas. Para la autora, la denominada “justicia formal” depende de una adecuada implementación de las reglas jurídicas, las cuales no se otorgan a todas las personas por igual, y resulta discriminatoria. La jurista estadounidense Catharine MacKinnon<sup>4</sup> sostiene que “La práctica feminista ha oscilado entre una teoría liberal del Estado, por una parte, y una teoría izquierdista del Estado, por otra. Ambas teorías consideran que la ley es la mente de la sociedad (...)”.

De ahí que la criminología crítica haya creado una concepción de justicia genérica, entendida como la protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales basados en la equidad de género; es decir, se introduce la perspectiva de género como principio fundamental del derecho, a fin de que las mujeres cuenten con estrategias sensibles para proteger e impulsar sus derechos. No se trata sólo de conseguir una igualdad formal en el ejercicio de los derechos, sino de evidenciar contextos sociales y culturales que impiden el libre ejercicio de los mismos por parte de las mujeres (derechos reproductivos, trabajo doméstico, entre otros). La justicia genérica parte del reconocimiento de las diferencias, la ética del cuidado de las mujeres y la deconstrucción entre lo público y lo privado.

Las normas de naturaleza internacional incluyen la adopción por parte de los Estados partes, de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, sin considerarlo discriminación; de ningún modo entrañará como consecuencia el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato (artículo 4.1 de la CEDAW).

Para alcanzar la igualdad se requiere del reconocimiento de las distintas necesidades de las personas a fin de atenderlas de manera diferenciada, implicando un compromiso social, que asigna beneficios especiales transito-

---

<sup>4</sup> *Hacia una teoría feminista del Estado*, disponible en: <http://colectivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/11/MacKinnon-Catherine-Hacia-una-teoría-feminista-del-Estado.pdf> (consultado en abril de 2019).

rios a un grupo en desventaja, a fin de revertir la desigualdad preexistente; a esto se le denomina “acciones afirmativas”. Las medidas de acción positiva constituyen una discriminación de la ley, que sirven para equilibrar el sistema; derivan de las *affirmative action* del derecho anglosajón, y son medidas de impulso y promoción, que tienen por objeto establecer la igualdad mediante la eliminación de las desigualdades de hecho;<sup>5</sup> se adoptan desde la justicia compensatoria y distributiva, que asigna beneficios sociales y materiales a quien ha sufrido un daño.

En los últimos años se han evidenciado cambios en la conducta delictiva de las mujeres. Existe un mayor número de mujeres relacionadas con delitos a los que tradicionalmente no se les asociaba; es decir, la criminalidad se encuentra cruzando variables de género. A pesar de ello, la criminología le ha brindado poca atención al problema, y las políticas públicas no han considerado sus necesidades.

Los trabajos acerca de la delincuencia femenina han evolucionado en dos líneas de investigación:

- a. Clásica, y
- b. Crítica.

Los primeros son los que se desarrollan bajo un marco conceptual tradicional, guiados por una visión androcéntrica, tomando como referente la función reproductiva de la mujer en la práctica de conductas desviadas. Su fundamento es la no adecuación al rol reproductivo; por ejemplo, el aborto, el infanticidio y la prostitución como tipos penales. Todavía existen reflexiones acerca de la criminalidad femenina, que se justifica por condiciones biológicas o características innatas. Esta teoría se caracterizó en concepciones tan graves como lo expresado por Lombroso y Ferri:

[...] las mujeres tienen muchos rasgos en común con los niños, [...] su sentido moral es deficiente, [...] son resentidas, celosas e inclinadas a venganzas de crueldad refinada. En casos comunes estos defectos se neutralizan con la compasión, la maternidad, la ausencia de pasión, la frialdad sexual, la tendencia al orden y una inteligencia subdesarrollada. Pero [...] cuando la compasión y los sentimientos maternos están ausentes y en su lugar se desatan fuertes pasiones y tendencia intensamente eróticas, cuando la fortaleza muscular y una inteligencia superior para la concepción y ejecución de la maldad [...] es claro que lo inocuo semi-criminal presente en la mujer normal debe transformarse en una criminal nata más terrible que cualquier hombre.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Marchant, Jaime, *La discriminación y el derecho a la igualdad*.

<sup>6</sup> *Idem*.

Por su parte, la criminología crítica o criminología feminista trata de desmentir las teorías clásicas desde una visión androcéntrica y biológica. Surge aproximadamente en los años setenta, tras la teoría feminista de la liberación, que entre otras cosas explica que a medida que las mujeres han escalado posiciones en la sociedad y aproximándose a los hombres, la diferencia entre ambos se va reduciendo y se equiparan los índices de delincuencia. Por estas razones, los sistemas de justicia deben tratar por igual a mujeres y hombres y generar políticas públicas especializadas.

Algunas de las contribuciones de la teoría feminista de la liberación a la criminología son las siguientes:

- Introdujo la perspectiva de género en el sistema penal.
- Visibilizó y denunció el carácter androcéntrico y parcial de la criminología, mostrando que no debe ser aplicable de forma igual.
- Estudiar a las mujeres justiciables desde sus propias necesidades dándoles voz para contar su experiencia de vida a fin de aproximarse al objeto de estudio.
- Trata de combatir las circunstancias de exclusión que las afectan.
- Las políticas punitivas no deben fundamentarse en la rehabilitación, sino en la modificación de las relaciones sociales basadas en el sexo.

En la práctica, los sistemas penales no reconocen a las mujeres como sujetos diferenciados y susceptibles de atención especializada; al contrario, se intensifican las condiciones de violencia, mediante un patrón de normalidad. Natalia Gherardi considera que los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia pueden traducirse tanto en el proceso como en el resultado:

la justicia entendida como resultado del accionar del sistema judicial, tiene en cuenta principalmente que el sistema jurídico produzca resultados individuales y socialmente justos (...) el acceso a la justicia puede considerarse desde la posibilidad de llegar al sistema judicial, lograr un buen servicio de justicia y la obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.<sup>7</sup>

En este contexto, resulta importante retomar la relación de las mujeres con el delito, así como describir las características, el tipo de delitos y los

---

<sup>7</sup> Análisis de la equidad de género en el acceso a la justicia de las mujeres en México, disponible en: [http://archivos.diputados.gob.mx/Centros\\_Estudio/ceameg/Inv\\_Finales\\_08/DPI/1\\_18.pdf](http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/Inv_Finales_08/DPI/1_18.pdf), p. 11, consultado en marzo de 2019.

contextos en que se produce el delito femenino, a fin de advertir aspectos diferenciados de género. En estudios empíricos aplicados a mujeres privadas de la libertad<sup>8</sup> se han obtenido datos respecto a la existencia de características comunes de las mujeres encarceladas, las cuales se describen en el siguiente cuadro:



Los delitos de drogas representan la primera y la segunda causa de encarcelamiento de mujeres. Entre otro tipo de delitos cometidos por las mujeres se encuentran los relacionados principalmente con ideologías dominantes o expectativas sociales que se tienen respecto a la mujer; algunos de ellos son: lesiones, homicidio, aborto (en donde está considerado delito), infanticidio y abandono de personas. Los estudios de la criminología feminista relacionan la condición de opresión de la mujer con este tipo de delitos, por lo que son estas visiones las que permean la mirada de la mujer como infractora de la ley.

En cuanto a los contextos en que se producen los delitos femeninos, estos no tienen los mismos significados que los masculinos debido a que son determinados por el género; la mayoría de las mujeres no se encuentran

<sup>8</sup> *Mujeres y drogas en las Américas. Un diagnóstico de política en construcción*, OEA-CIM, 2014, pp. 34 y 45.



insertas en las redes de poder de la criminalidad. Según Marcela Lagarde,<sup>9</sup> existen dos grupos de mujeres que cometen delitos de drogas: las que cometen el delito junto a sus hombres (por amor y solidaridad), y las que son conminadas por ellos. Dentro del primer grupo, comúnmente existen relaciones conyugales, filiales o maternas respecto al poder masculino que controla el mercado de la droga, y en el segundo grupo están sometidas por el control del hombre, y comúnmente son coautoras, cómplices o encubridoras. Se han realizado estudios respecto al vínculo de los delitos de drogas con la violencia de género, mujeres que ingresan drogas a los centros penitenciarios para sus parejas o hijos con el fin de mantener convivencia con ellos (apego afectivo), o en ocasiones se encuentran amenazadas. Algunas de ellas también lo hacen como forma ilegal de sobrevivencia cuando no cuentan con opciones de inserción laboral al encontrarse a cargo de sus hijas e hijos o, incluso, de adultos mayores; en ocasiones también existe un vínculo con el consumo personal.

## II. JUSTICIA PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Las respuestas en cuanto a la aplicación de la perspectiva de género en la justicia penal, actualmente van encaminadas a las mujeres víctimas, y no a las ofensoras. A estas últimas solo se les han aplicado intervenciones diferenciadas en la ejecución penal (criminalización terciaria), instalándolas en espacios diferenciados (aunque a veces se les coloca en prisiones masculinas en los pasillos, pabellones o celdas adaptadas), debido a que el sistema está diseñado para ellos, “porque está todo planteado por la cantidad”.<sup>10</sup> Las mujeres privadas de la libertad son significativamente menos que los hombres, aunque en muchas partes del mundo la población femenil en los centros penitenciarios se ha incrementado en las últimas décadas. Algunos ejemplos son Estados Unidos, cuyo porcentaje de mujeres encarceladas aumentó 48% entre 1995 y 2003, pese a que la población masculina únicamente se incrementó en 29% durante el mismo periodo; otra situación similar sucedió en Australia, donde el incremento de reclusos hombres entre 1984 y 2004 fue de 75%, mientras las mujeres reclusas aumentaron en 209%. La tendencia se repite en México, Bolivia, Colombia, Nueva Zelanda, Kenia, Finlandia, Estonia, Grecia y

<sup>9</sup> *En los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Siglo XXI, 2014.

<sup>10</sup> Fernández, D., disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/carceles/la-carcel-mujeres-en-un-mundo-de-hombres> (consultado en abril de 2019).

Holanda entre 1994 y 2004.<sup>11</sup> Elena Azaola,<sup>12</sup> en diversos estudios sobre la materia, ha hecho evidentes las condiciones discriminatorias del encierro femenino, el problema de desigualdad desde antes de introducirse en el sistema penal y la influencia masculina en su criminalidad.

En cuanto al tratamiento o estigma social, se puede observar que los hombres comúnmente cuentan con redes femeninas de soporte (madres, abuelas, tías, novias, parejas, cónyuges) que les brindan apoyo emocional, económico, además de colaborar activamente en su defensa. En cambio, las mujeres están más solas y vulnerables, pierden el vínculo con sus hijos, con sus parejas, con su familia, y enfrentan el proceso penal abandonadas. Es decir, el sistema social también es más violento y estigmatizante con las mujeres.

Como se ha advertido, los operadores del sistema penal deben reconocer el efecto diferenciado que tiene la persecución penal y la privación de la libertad en las mujeres. La búsqueda de la igualdad implica la aplicación de medidas especiales, acciones afirmativas y otro tipo de políticas que sean dirigidas exclusivamente a ellas, que tengan carácter temporal, hasta que se alcance la finalidad; sin embargo, y como se sabe, la aplicación efectiva de dichas medidas requiere de un proceso que parte del conocimiento, la capacitación y la asunción de dichos compromisos por parte del Estado; la perspectiva de género que deben asumir todos los operadores del sistema implica, también, ese cambio ideológico y sociocultural que es el mismo que ha impedido hasta ahora la igualdad de género. El sistema de creencias de las y los operadores del sistema definitivamente permea la manera en la que administran la justicia; por lo tanto, la sensibilización y el conocimiento de herramientas objetivas y efectivas para aplicar la ley con perspectiva de género es, por demás, fundamental; además, bajo el entendido de los efectos nocivos y alejados del principal objetivo que la aplicación de la justicia penal debiera conseguir (la reinserción social), su última alternativa deberá ser la pena privativa de la libertad.

Existen una variedad de alternativas al encarcelamiento ya implementadas en algunas partes del mundo, que incluyen la descriminalización (eliminación de una conducta o actividad de la esfera del derecho penal, pese a que puede continuar o no siendo prohibida y sancionada por otros medios), la despenalización (eliminación o modificación de la pena privativa de la

---

<sup>11</sup> INEGI, en números. *Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México*, disponible en: [http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en\\_numeros2.pdf](http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf) (consultado en abril de 2019).

<sup>12</sup> Elena Azaola, *El delito de ser mujer*, México, CIESAS, 2001.

libertad, pese a que la conducta sigue siendo un delito), la desjudicialización (que consiste en la salida del caso del sistema penal antes de la imposición de la pena, o en los programas de desvío a otra clase de instancias antes de que el caso entre al sistema judicial), además de los sustitutivos o beneficios preliberacionales (que operan cuando ya ha sido impuesta la condena y se orienta a la eliminación, la reducción o la sustitución de la pena en prisión, y puede tomar la forma de perdón, indulto, derivación a algún tratamiento o reducción de penas).

Algunos ejemplos consisten en aplicar leyes menos represivas, discriminatorias y discrecionales, incluyendo medidas cautelares menos drásticas, aplicación de justicia restaurativa, mecanismos de desvío (*probation* o libertad condicional), salidas o soluciones alternas, procesos o juicios simplificados (abreviados), disminución de la privación de la libertad (aplicación de penas alternativas) y aumentar los beneficios penitenciarios. Por razones del contexto político-social en que se desarrollan las mujeres, hay más probabilidad de cumplimiento de este tipo de medidas y menos probabilidades de reincidencia.

La selección de estas posibilidades debe guiarse por criterios de proporcionalidad acordes al caso, de economía en el uso de los recursos (lo cual puede implicar una preferencia por medidas preprocesales antes que por las que se aplican durante el proceso penal o con posterioridad a la condena) y de coherencia con la política criminal, bajo el principio de racionalización en el uso del derecho penal y la pena privativa de libertad —teniendo en cuenta el principio clave según el cual el encarcelamiento debería ser utilizado únicamente como *ultima ratio*—. <sup>13</sup>

### III. CONCLUSIONES

Como lo han mencionado especialistas como Teresa Incháustegui, uno de los principales retos del sistema de justicia resulta en incorporar los principios en materia de derechos humanos —desde el enfoque de los derechos de las mujeres— tutelados a partir de instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará),

---

<sup>13</sup> Grupo de Trabajo sobre Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. *Medidas alternativas al encarcelamiento para mujeres involucradas en el mercado de drogas*, disponible en: [https://womenanddrugs.wola.org/wp-content/uploads/2018/05/WOLA-Insumo-adicional\\_Alternativas-al-encarcelamiento\\_Version-Final.pdf](https://womenanddrugs.wola.org/wp-content/uploads/2018/05/WOLA-Insumo-adicional_Alternativas-al-encarcelamiento_Version-Final.pdf) (consultado en marzo de 2019).

y de esta manera garantizar la reparación del daño, la debida diligencia, la progresividad, el principio pro persona y la garantía de no repetición, tanto en la práctica de la justicia como en la proyección de sentencias.<sup>14</sup>

El involucramiento de las mujeres en delitos, en su mayoría, tiene que ver con la exclusión social, la pobreza y la violencia de género, como una clara expresión de una sociedad desigual: la mayoría de las mujeres tienen poca o nula educación, y son responsables del cuidado de personas dependientes, ya sean niñas/os, jóvenes, personas de mayor edad y/o personas con discapacidad.<sup>15</sup> La gran mayoría de delitos cometidos por mujeres son tierra fértil para la aplicación de medidas alternativas, no judicializables, y, por lo tanto, no privativas de la libertad.

Lograr que el sistema de justicia penal adquiera un enfoque incluyente obliga a tomar medidas o políticas afirmativas hacia ellas: “juzgar con perspectiva de género”. Para ello, las políticas públicas, la acción del Estado, las leyes y los procedimientos penales deben aplicar medidas especiales. La perspectiva de género es un novedoso planteamiento de interpretación judicial que pretende poner en manos de los operadores un nuevo elemento de juicio a la hora de resolver los casos que se presentan en la práctica judicial: las brechas y desigualdades existentes entre los hombres y las mujeres. Asimismo, la interpretación y aplicación del derecho al momento del juzgamiento de los hechos sometidos a la jurisdicción deben estar desprovistas de los mitos y estereotipos sexistas, para lograr más allá del derecho positivo.<sup>16</sup>

Para finalizar, vale la pena retomar las percepciones que se han identificado como los principales obstáculos para incluir la perspectiva de género en la impartición de la justicia:

- Falta de conocimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales de las y los operadores.
- Resistencia para trabajar conjuntamente, lo cual repercute en la coordinación que podemos establecer para brindar un mejor servicio a las justiciables.
- El lenguaje de género es importante para visibilizar a las mujeres y para fomentar la inclusión.

---

<sup>14</sup> Disponible en: <http://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2015/09/perspectiva-de-genero-en-el-sistema-procesal-penal-acusatorio> (consultado en marzo de 2019).

<sup>15</sup> *Equis*, disponible en: <http://equis.org.mx/urgente-promover-politicas-alternativas-al-encarcelamiento-para-mujeres-relacionadas-con-delitos-de-drogas/> (consultado en marzo de 2019).

<sup>16</sup> Jiménez M. *Juzgar con perspectiva de género. Una buena práctica para combatir la violencia contra la mujer e intrafamiliar*, disponible en: [https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/to-picos\\_interes/TPI\\_1Resumen\\_ponencia\\_Mag\\_katia\\_Miguelina\\_evento\\_Procuraduria.pdf](https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/to-picos_interes/TPI_1Resumen_ponencia_Mag_katia_Miguelina_evento_Procuraduria.pdf) (consultado en marzo, 2019).

- Falta de análisis contextual a fin de poder aplicar una justicia penal con perspectiva de género y de aplicación de proporcionalidad de la reacción penal.

La perspectiva de género debe garantizar plenamente el acceso a la justicia para las mujeres en función de sus características y necesidades particulares; debe garantizar el debido proceso y la debida diligencia; asignar beneficios transitorios a las mujeres al considerarlas como un grupo en desventaja a fin de revertir la desigualdad existente.

Antes de finalizar, quisiera evidenciar la importancia que en mi formación académica y desarrollo profesional ha tenido la Universidad Autónoma de Tlaxcala, así como el papel fundamental que el doctor Serafín Ortiz Ortiz ha tenido no solo a título personal, sino que se ha extendido sin duda a muchas generaciones de abogadas y abogados que, como yo, hemos tenido la gran fortuna de ser sus discípulos.

#### IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

APUNTES del seminario “Los sujetos del sistema penal”, de Encarna Bodelón González.

AZAOLA, Elena, *El delito de ser mujer*, México, CIESAS, 2001.

Equis, disponible en: <http://equis.org.mx/urgente-promover-politicas-alternativas-al-encarcelamiento-para-mujeres-relacionadas-con-delitos-de-drogas/>.

FACIO MONTEJO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. 1995, disponible en: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2477/1/libro.pdf>.

FERNÁNDEZ, D., disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/carceles/la-carcel-mujeres-en-un-mundo-de-hombres>.

GHERARDI, N., *Análisis de la equidad de género en el acceso a la justicia de las mujeres en México*, disponible en: [http://archivos.diputados.gob.mx/Centros\\_Estudio/ceameg/Inv\\_Finales\\_08/DPI/1\\_18.pdf](http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/Inv_Finales_08/DPI/1_18.pdf), p. 11 (consultado en marzo de 2019).

GRUPO DE TRABAJO SOBRE MUJERES, *Políticas de drogas y encarcelamiento. Medidas alternativas al encarcelamiento para mujeres involucradas en el mercado de drogas*, disponible en: [https://womenanddrugs.wola.org/wp-content/uploads/2018/05/WOLA-Insumo-adicional\\_Alternativas-al-encarcelamiento\\_Version-Final.pdf](https://womenanddrugs.wola.org/wp-content/uploads/2018/05/WOLA-Insumo-adicional_Alternativas-al-encarcelamiento_Version-Final.pdf).

INEGI. En números. *Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México*, disponible en: [http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en\\_numeros2.pdf](http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf).

- JIMÉNEZ M. y M., Katia, *Juzgar con perspectiva de género. Una buena práctica para combatir la violencia contra la mujer e intrafamiliar*, disponible en: [https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/topicos\\_interes/TPI\\_1Resumen\\_ponencia\\_Mag\\_katia\\_Miguelina\\_evento\\_Procuraduria.pdf](https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/topicos_interes/TPI_1Resumen_ponencia_Mag_katia_Miguelina_evento_Procuraduria.pdf).
- LAGARDE, M., *En los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Siglo XXI, 2014.
- MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, disponible en: <http://colectivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/11/MacKinnon-Catherine-Hacia-una-teoría-feminista-del-Estado.pdf>.
- MARCHANT, Jaime, *La discriminación y el derecho a la igualdad*, disponible en: <https://es.scribd.com/document/219756161/La-Discriminacion-y-El-Derecho-a-La-Igualdad> (consultado en abril de 2019).
- Mujeres y drogas en las Américas. Un diagnóstico de política en construcción*, OEA-CIM, 2014.
- OLSEN, *Cases and Materials on Family Law: Legal Concepts and Changing Human*, 1994.
- YOUNG, Iris M., *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata.

## REINSERCIÓN SOCIAL, REALIDAD O UTOPIA

José Roberto Armando ESPINOZA JUÁREZ\*

Dar a un hijo mil onzas de oro no es comparable a enseñarle un buen oficio.

Proverbio chino

Con el fin de la primera década del siglo XXI nos ha tocado ser testigos de múltiples cambios sociales, culturales, tecnológicos y, por supuesto, jurídicos, los cuales se hacen manifiestos a través de reformas constitucionales, y dentro de las que considero más importantes son las acaecidas en 2008, concernientes a la materia penal, y la de 2011 en materia de derechos humanos, en la que se hace la transición de garantías individuales al concepto de derechos humanos como una representación universal. Desde el inicio de la vigencia a la fecha se han iniciado y concluido procesos y procedimientos bajo estos lineamientos; por ello considero que estamos en condiciones de analizar los primeros frutos de la transformación del sistema penal mexicano; no obstante, en el presente texto no abordaremos el procedimiento y los principios que lo rigen; de esto se ha discutido bastante, pero sí nos centraremos en comentar las secuelas del sistema penitenciario del estado de Tlaxcala, a once años de una de las más grandes e importantes reformas que ha tenido nuestro sistema penal, y a veintiséis años de que uno de nuestros reconocidos precursores del tema, el doctor Serafín Ortiz, haya hecho un análisis completo sobre el tema, resulta interesante retomar la pena y sus fines en tiempos modernos; por lo que, a propósito del reconocimiento a su trayectoria como investigador, hoy retomamos una parte de su inquietud; evidentemente, los escenarios son distintos, actualmente contamos con una Constitución que enumera de manera extensa y no limitativa un amplio catálogo en materia de derechos humanos; en nuestra realidad actual, México ha sido parte y ha ratificado numerosos tratados en materia de derechos fundamentales, y por

---

\* Docente-investigador CAC-CIJUREP, Universidad Autónoma de Tlaxcala.

ende nos permite interpretarla bajo los principios que la rigen, especialmente bajo el principio *pro persona*, lo que ha permitido humanizar la materia conocida como *la ultima ratio*, es decir, el derecho criminal; la pregunta aquí es: ¿en qué manera ha afectado esta ola de “*humanización*” al sistema penitenciario?, o ¿sólo nos encontramos ante un simple cambio de conceptos, de “*readaptación*” a “*reinserción social*”? Y tal vez una de las más importantes a mi parecer, ¿está la pena realmente cumpliendo una función social en nuestro estado, al punto de que el sentenciado retome su vida normal y pueda incorporarse a la sociedad, especialmente a la vida laboral?

Antes de dar respuesta a la primera pregunta planteada, enunciaré un concepto doctrinario de *pena* como “...el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente, para conservar el orden jurídico” (Castellanos, 2002: 318), por lo que, una vez que tenemos claro el concepto pena, podemos argumentar que cuando hablamos de una afectación al sistema no siempre nos referimos a la acepción negativa de la palabra, ya que en la evolución histórica de los sistemas encargados de ejecutar las penas, aunque sea mínimo, se observa un avance positivo; del año 1993 a la fecha han ocurrido cambios significativos en la ley, desde la transformación del sistema penal mexicano en el año 2008 hasta las reformas en las que se incorporan los derechos humanos a nuestra Constitución federal en 2011, y con ello una completa transformación en las ideas, respecto al tratamiento que se le tiene que dar a las personas que han cometido conductas que vulneran la ley penal; la más grande transformación, bajo un criterio personal, ha sido la inclusión de los derechos fundamentales en la vida del derecho positivo mexicano, el cambio de perspectiva del delincuente, donde no se le ve más como el mal en la sociedad desprovisto de humanidad y al cual hay que sancionar o aislar del resto de seres humanos, sino como una persona humana que si bien ha cometido un delito o falta a las normas penales, conserva intacta su naturaleza humana, por lo tanto es susceptible de ser tratado y reinsertado a la vida social como un miembro útil a la comunidad que en su momento lo vio delinquir.

Bajo el cobijo humanitario de los principios constitucionales en materia de derechos humanos, no todas las personas que se encuentran vinculadas a proceso se encuentran privadas de su libertad, esta es una de las ventajas que han traído consigo las reformas constitucionales, ya que, como bien es expuesto el texto que sirve de inspiración al presente, las prisiones llegan a convertirse en verdaderos centros de capacitación en el perfeccionamiento de la técnica del crimen, lo que ayuda en gran manera a reducir (en lo posible) la sobrepoblación carcelaria, y de manera considerable, contribuye a sosegar el etiquetamiento social, que trae aparejado el hecho de que el



inculcado se encuentre en prisión preventiva, etiquetamiento que no sólo puede llegar a afectarlo a él en su persona, sino que puede extenderse a su familia; promoviendo con este principio (el hecho que el preso lleve su proceso en libertad) que no se desintegre aún más el núcleo familiar, el cual puede llegar a ser una herramienta positiva en el tratamiento del imputado; sobre todo en los casos en los que el individuo no ha sido condenado.

Hasta este punto, los cambios que ha sufrido el sistema han sido positivos, pero sólo son aplicables a las personas que están vinculadas a un proceso penal, es decir, aún no se les ha dictado sentencia, por lo tanto, estrictamente, esta etapa no puede ser considerada dentro del periodo de ejecución de la sentencia, y por lo tanto, no forma parte de la pena, la cual, como se ha establecido con anterioridad, sólo puede aplicarse a la persona que ya ha sido condenada bajo las normas e instituciones del derecho penal. Es en este punto donde regresamos a la realidad, en donde retomamos el concepto de la *ultima ratio*, ya que la pena debiera ser el último recurso para utilizar, sólo cuando otros medios resulten ineficaces, medios como la justicia alternativa, cuyas consecuencias son menos drásticas, y que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos, tanto de la víctima como del imputado. El concepto de justicia alternativa fue incluido acertadamente en las multicitadas reformas constitucionales; procedimientos que implican una opción viable en materia de resolución de conflictos, no sólo en materia penal, sino en otras ramas del derecho; sin embargo, y al mismo tiempo, se han creado cada vez más cuerpos legislativos que contienen tipos penales más específicos, un ejemplo claro es que tan solo en Tlaxcala, el Código Penal de 1979, vigente hasta 2014, contaba con un aproximado de 82 tipos penales, a diferencia del que se encuentra en este momento vigente, que cuenta con un aproximado de 113 tipos penales, no obstante que este último fue publicado bajo los principios del sistema acusatorio; lo que nos lleva a pensar si realmente, como sociedad y como gobierno, estamos viviendo en un verdadero estado en el que se prioriza la justicia alternativa, o si realmente estamos dispuestos a hacer a un lado el derecho punitivo para dar paso a otros medios de solución de controversias, ya que como sabemos, la evolución del derecho y el sentido que éste tome es un reflejo claro de la voluntad de la sociedad en la que se está aplicando y una respuesta a las exigencias de la misma; como consecuencia de este contexto social, retoma vital importancia voltear nuestras miradas hacia la eficacia de la pena, si está cumpliendo con sus fines en nuestra sociedad. Es por esto que para fines del presente ensayo pretendí observar, desde la perspectiva de los órganos que de conformidad con nuestra Constitución federal son los

encargados de ejecutar el sistema penitenciario en el estado de Tlaxcala, es decir, el Poder Ejecutivo local a través de la Dirección de Prevención y Reinserción Social, sus políticas y acciones que ejecutan tendientes a lograr la reinserción social de los sentenciados en el estado de Tlaxcala, y sus colaboraciones con otros organismos como la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, la Secretaría del Trabajo, de Salud, por mencionar algunas. Por lo anterior, consideremos importante, en un primer momento, concertar pláticas con el personal encargado de ejecutar los cinco ejes que de acuerdo con la Constitución federal deben regir la reinserción social en México, logrando con ello un primer acercamiento con el área de Trabajo Social del Centro de Reinserción Social con sede en el Distrito de Guridi y Alcocer en la ciudad de Tlaxcala, quien en una primera plática, nos manifestó que al interior del Centro de Reinserción Social de Tlaxcala, el procedimiento mediante el cual se da tratamiento a los reos no lo hace una sola área, sino que, efectivamente, se implementan los ejes rectores a través de varias áreas en un trabajo multidisciplinario ejecutado a través de un consejo denominado *Consejo Técnico* que está conformado por las áreas de: trabajo social, psicología, área médica, pedagogía, de trabajo, deporte y custodia, manifestándonos que en ese momento no podía proporcionar más información, sugiriendo realizar la solicitud por escrito al director del Centro de Reinserción, sin embargo, a la fecha de la impresión del presente, dicha solicitud “se encuentra en trámite” para la autorización por parte de las autoridades del Centro de Reinserción Social, por lo que la reflexión la construiremos desde la perspectiva de la ley vigente en el estado de Tlaxcala.

Observemos ahora el tratamiento que se les da a las personas que han sido condenadas y que se encuentran dentro del régimen penitenciario regulado en el artículo 18 de la Constitución Federal, que para Contreras Nieto el régimen penitenciario es “...la suma de condiciones que requiere una institución penitenciaria para alcanzar el logro de los fines que tiene cada sanción penal respecto a su destinatario” (Contreras, 2003: 13), aquí volvemos a retomar el concepto del fin que tiene en la sociedad la sanción penal; cabe tomar en consideración que en la reforma del 10 de junio de 2011 se añade un elemento trascendental en el citado numeral constitucional, donde se establece:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley...

estableciéndose los cinco ejes rectores en los cuales se basará la reinserción social, entendida ésta como el instrumento que el estado prevé para evitar (en lo posible) que el individuo reincida en conductas delictivas; en este punto comentaré los principios rectores descritos, tomando como muestra el estado de Tlaxcala.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, aspecto que es realmente importante, ya que éstos son uno de los elementos de mayor relevancia que se han incorporado a nuestro sistema, a través de la reforma de diez artículos de nuestra Constitución, y con su incorporación impactó al conjunto del sistema jurídico mexicano donde se modificó el paradigma y la manera de estudiar y de aplicar el derecho, es decir, al hablar de derechos humanos tal y como se planteó en la reforma, es abrirnos puertas no sólo a una interpretación localista del derecho penal, al contrario, nos abre un panorama muy amplio a los criterios del derecho internacional, es por ello que resulta relevante observar los mecanismos o criterios que la Comisión Estatal de los Derechos humanos de Tlaxcala (CEDHT) ha implementado para el tema, referente a la aplicación de las penas y en general a la esfera de la reinserción social en nuestra entidad federativa, desde las nuevas perspectivas constitucionales encaminadas a la protección de los derechos humanos de las personas.

En este sentido, la CEDHT cuenta con un programa penitenciario, mediante el cual busca promover el respeto y la defensa de los derechos fundamentales al interior de los centros de reinserción social, el cual tiene, entre otras, la finalidad de proteger la integridad y la dignidad de la persona sentenciada e internada en cualquiera de los dos centros de reinserción social en el estado, dicho programa se basa en cuatro objetivos: 1) que la población privada de su libertad en los Centros de Prevención y de Reinserción Social conozcan y ejerzan la protección de sus derechos fundamentales, este objetivo va dirigido de manera primordial a que los presos conozcan los derechos fundamentales de los que son sujetos, así como los mecanismos que tienen para ejercerlos, de igual forma, dar a conocer estos derechos a los servidores públicos que tratan con ellos, con la finalidad de crear una cultura de respeto y de legalidad al interior de los centros de readaptación social que se encuentran en el estado, cabe destacar también la implementación de módulos de atención y orientación en el interior de los citados centros, para que, en caso de detectarse una violación a derechos humanos, ésta queja sea canalizada a las instituciones públicas correspondientes; 2) evaluar las condiciones materiales, humanas y de tratamiento de las personas privadas de su libertad, se refiere a la implementación de acciones tendientes a supervisar las condiciones humanas y materiales en las cuales los

presos se desenvuelven, y con base en esto emitir una calificación al centro penitenciario, acorde a los parámetros establecidos en la Guía Nacional de Supervisión Penitenciaria, para ello establece como líneas de acción la visita de personal de la Comisión a los dos centros que hay en el estado, y la aplicación de instrumentos como las encuestas que se realizan a los internos; 3) asegurar que a las personas que se encuentren privadas de su libertad en los centros de detención preventiva se les respeten sus derechos fundamentales; este rubro se refiere específicamente a la observación de los derechos humanos en los centros donde se llevan a cabo las detenciones preventivas, es decir, en los llamados separos de las policías municipal y estatal, por lo que no tiene relación con la población que nos encontramos observando, y 4) capacitación al personal de seguridad y custodia de los centros penitenciarios del estado, alusiva a la capacitación que el personal de la CEDHT imparte a las diversas autoridades estatales y municipales con la finalidad de difundir entre éstos la cultura y el respeto de los derechos humanos.

De los lineamientos anteriores, si bien es cierto que no se puede tener una calificación o valoración que se pueda considerar infalible, sí contamos con instrumentos con los que podemos conocer y en cierto modo intentar evaluar resultados de las acciones implementadas a través de las mismas publicaciones que en materia de derechos humanos realiza la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a través de instrumentos como el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017 practicado por la CNDH, en el que se reconoce a Tlaxcala el respeto a los derechos humanos al interior de los Centros Penitenciarios (Apizaco-Tlaxcala), y se realizan observaciones positivas a los centros de reinserción social del estado, calificándolos como aquellos que se encuentran dentro de un rango aceptable en materia de respeto y observancia a derechos como la dignidad humana.

Desafortunadamente, no hay mucho que comentar respecto a los rubros de salud y deporte, toda vez que en nuestro estado los ordenamientos legales que regulan dichos conceptos, es decir la Ley de Cultura Física y Deporte para el estado de Tlaxcala y la Ley de Salud del Estado de Tlaxcala, si bien es cierto que regulan las actividades que corresponden en sus respectivos ámbitos, incluso establecen las instituciones que deben llevar a cabo las acciones que en ellas se detallan y los alcances de las mismas así como las facultades de sus funcionarios, también lo es que no se hace referencia expresa a las actividades o acciones que deben tomarse con respecto a las personas que se encuentran cumpliendo una sentencia y que se encuentran reclusos en el interior de los centros de reinserción social, o algún programa para apoyar a éstos en su reinserción a la sociedad. Sin embargo, estas actividades sí se encuentran reguladas en Ley de Ejecución de Sanciones Penales y

Medidas Restrictivas de la Libertad del estado de Tlaxcala, en su capítulo IV. Respecto a la Ley de Educación, si bien no existe un apartado específico que haga referencia a la educación que se imparte en los centros penitenciarios, sí permite un reconocimiento a los mismos a través de la revalidación de estudios contemplada en el capítulo VI de la Ley de Educación para el estado de Tlaxcala, lo que se refuerza con lo establecido en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas Restrictivas de la Libertad del Estado de Tlaxcala en su numeral 89, en el que se establecen las condiciones para obtener la validación de los estudios que realicen los presos en el interior de los centros de reinserción.

Finalmente, se encuentra el eje que desde mi perspectiva es uno de los que debieran observarse con más seriedad, y al que debe darse un mayor énfasis, el concerniente al trabajo y a la capacitación para el mismo, ya que a criterio del suscrito este eje y el de la educación son los que tienen impacto en la vida del sentenciado después de cumplir su condena, pues es a través de éste que la persona encontrará un medio de subsistencia ya sea para sí misma y/o para su familia, siendo ésta una de las razones esenciales para garantizar el derecho fundamental como un elemento importante del desarrollo de un ser humano, por lo que debiera ser una obligación expresa del Estado garantizar la no discriminación en los centros de trabajo, los cuales sólo debieran tener como requisito de ingreso la exigencia de capacidades laborales necesarias para desempeñar una función y el compromiso mostrado por el individuo para desarrollar de manera eficaz y honesta su trabajo, ya que, tal y como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948: 7), en su artículo 23, el trabajo constituye un derecho fundamental de cualquier ser humano, es decir, no importa las condiciones específicas de una persona, ésta tiene derecho a que se respete su derecho a ejercer su trabajo y a la protección del mismo por parte de organismos del estado, es por ello que se indagó en el Plan Estatal de Desarrollo 2017-2021 (PED), con la finalidad de observar los mecanismos y/o políticas que el ejecutivo estatal ha propuesto para incentivar una reincorporación exitosa del sentenciado al mundo laboral, como un derecho fundamental en donde se garantice que no existirán impedimentos, contratiempos para la persona que ha “saldado” su “deuda” con la sociedad.

Sorprendentemente, el ejecutivo local, al presentar su PED, sólo dedica una cuartilla al “desarrollo” del sistema penitenciario, en el que sólo pareciera transcribir los principios ya dictados en la Constitución federal, sin hacer mayor pronunciamiento respecto a planes, proyectos o mecanismos para llevar a cabo una verdadera estrategia de reinserción del sentenciado a la sociedad, y como consecuencia, a la protección del derecho fundamen-

tal de la persona humana a reinsertarse al mundo laboral, lo que implica una violación flagrante del estado a la prerrogativa que tiene el reinsertado a ejercer su derecho y a la protección contra el desempleo que el mismo estado debe garantizar; lo que nos lleva nuevamente a los lineamientos ya establecidos en la citada Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas Restrictivas de la Libertad del Estado de Tlaxcala donde en veintiocho artículos (del 75 al 103) fija las bases de la reintegración social, y en tan sólo cuatro artículos (del 93 al 97) “detalla” el eje correspondiente al Fomento del Trabajo Penitenciario, y al análisis de los numerales invocados no resulta realmente un mecanismo real para una verdadera capacitación laboral del reo, sólo establece las bases para el trabajo al interior del centro penitenciario, dejándonos con la misma interrogante planteada al inicio del presente texto respecto a la vida y oportunidades de subsistencia que por sus propios medios pueda brindarse el que ha cumplido su condena, y la ausencia de mecanismos tendientes a evitar la discriminación a la que se enfrenta, por parte del sector laboral, público o privado, ante el estigma de contratar a una persona que ha estado en prisión, poniendo en duda con esto la eficacia de los propios mecanismos y estrategias de las que presume el director del sistema penitenciario en Tlaxcala, quien afirma que el sistema desplegado al interior del Centro de Reinserción social es eficaz, tal y como lo hace manifiesto en un video que circula en redes sociales denominado “CERESO de Tlaxcala, Ingrese a la prisión de Tlaxcala, reclusorio de México”, publicado el 17 de febrero del año 2019 en plataforma digital, en el que se muestra el Centro de Reinserción Social de Tlaxcala como un modelo en reinserción social, fundado en el trabajo, y la pregunta es, si la dirección del centro considera su sistema tan eficiente, ¿por qué no se hacen públicas las estadísticas de personas liberadas y reinsertadas exitosamente a la vida laboral?

Ante estas imprecisiones del dominio estatal, surgió la duda de los mecanismos que en materia laboral ha realizado la competencia federal, en la que existen estructuras que si bien no han sufrido variaciones significativas, cada mandato realiza sus propios ajustes de acuerdo con sus principios, y en razón al cambio que aún puede considerarse reciente, el actual gobierno a la fecha de impresión del presente documento no ha fijado bases definidas al respecto, por lo tanto no hay información clara sobre políticas en materia de reinserción social en las plataformas digitales oficiales del gobierno federal 2018-2024, por lo que retomaremos un programa descrito en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 2013 (vigente hasta en tanto no se dicte una disposición que lo abrogue), donde se establecen metas nacionales que hacen referencia a la reinserción social de los delincuentes, base que sirvió en su momento

para desarrollar un programa federal denominado “Inclusión Laboral”, el cual estuvo vigente a partir de 2015 hasta finales del año próximo pasado y que actualmente se encuentra en espera de ser reestructurado (o suprimido) debido a la transición del gobierno federal. De manera general, el programa denominado “Inclusión Laboral” tiene como base fundamental la incorporación de los grupos considerados vulnerables (mujeres, indígenas, discapacitados, personas en proceso de pre liberación, etcétera) al ámbito laboral, y si bien este programa no es exclusivo para personas recluidas, sí existe un apartado en el cual se toma en consideración a las personas en reclusión próximas a ser liberadas, contemplando para ellas la instrucción y/o capacitación en algún área laboral, o en algún oficio, esto con la finalidad de prepararlas para que al momento de alcanzar su libertad, cuenten con herramientas que faciliten su reintegración a la sociedad; a pesar de ser un plan en materia federal, éste se implementó en el fuero común a través de colaboraciones entre instituciones federales (como la Secretaría del Trabajo y Previsión Social) e instituciones del estado de Tlaxcala a través de un grupo interdisciplinario que incluye a los dos centros de internamiento en el estado, es decir, el que se encuentra en la ciudad de Tlaxcala y en la ciudad de Apizaco, y autoridades de Seguridad Pública, la Dirección de Prevención y Reinserción Social, Comisión Estatal de los Derechos Humanos, entre otros. Como resultado de pláticas con algunos funcionarios de estas dependencias (de quien se omiten los nombres a solicitud de los mismos) tuvo especial relevancia un programa que se desarrolló de manera constante hasta el mes de noviembre del año próximo pasado a través de la plataforma Prolabora, el cual invitaba a los presos en proceso de preliberación a capacitarse en algún oficio, ya sea los que se encuentran dentro de los mismos centros penitenciarios (carpintería, pintura, taller de plásticos) u otros diversos (como el de peluquería) o incluso bolsas de trabajo en empresas con las cuales se tenía convenio; otro beneficio del programa consistía en un préstamo para poner un negocio, que puede ser una tienda o una carpintería, estética, etcétera; incluso, se tuvo la oportunidad de conversar con personas que tuvieron la oportunidad de establecer negocios gracias a este préstamo; sin embargo, por respeto a la protección de su identidad y a solicitud de las mismas, no se ahondará al respecto.

Por lo dicho hasta este punto, pareciera que estamos si no cerca de consumir la meta de una reinserción social, la realidad no es así de simple, ya que, como es sabido, no basta contar con cuerpos jurídicos que garanticen derechos, hacen falta infraestructura apropiada, y recursos tanto humanos como económicos para solventar esta tarea colosal, ya que, a pesar que los centros de reinserción social del estado fueron considerados dentro de aque-



llos que no tienen problema de sobrepoblación carcelaria en el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017 de la CNDH, y en la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (Enpol, Inegi 2016) sólo el 37% de las personas manifestaron sentirse capaces de lograr una verdadera reinserción social; sigue siendo un reto contar con infraestructura física y humana para cumplir satisfactoriamente con su fin planteado en la Constitución mexicana, ya que a esto se le suma la voluntad y el compromiso de la persona reclusa, para no reincidir en conductas consideradas por la ley como delito, tal y como se muestra en la obra “Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México” publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) del año 2017, en el que se muestra que *entre los años 2014 y 2016, las prisiones estatales registraron una tasa de reincidencia promedio de 15%, mientras que 9% de los delitos fueron por reingresos*; los datos anteriormente descritos se refieren a la estadística nacional, dentro de la cual Tlaxcala se encuentra incluida, desafortunadamente la estadística específica encontrada para el estado data del año 2016, la que no estuve en condiciones de corroborar de forma alguna, a través de apreciación directa, ya que las autoridades penitenciarias, como ya lo he mencionado, se negaron a conceder diálogos (incluso haciendo de su conocimiento que el único fin es el académico) y, en consecuencia, información que resultaría valiosa para el presente documento.

A manera de conclusión, a nivel nacional y en el estado, hemos tenido avances en el ámbito legislativo, se cuentan con las bases para incentivar la reinserción social a través de grupos interdisciplinarios, el Estado mexicano ha comprendido que es necesaria la participación de los diferentes niveles de gobierno para lograr resultados, tal vez no los óptimos, pero sí los suficientes para establecer las bases de un programa eficaz en materia de reinserción social.

Dentro de los puntos positivos que hemos tenido como Estado mexicano, y desde una perspectiva legislativa, ha sido la incorporación del concepto derechos humanos a nuestra legislación suprema, ya que esto obliga en todos los ámbitos a cambiar el paradigma en el que debe ser estudiado, observado y aplicado el derecho, en todas sus ramas, lo cual ha sido un importante avance ya que nos obliga a todos, desde los funcionarios de gobierno, abogados litigantes, investigadores, docentes, estudiantes y población en general, a desarrollar una verdadera cultura en materia de respeto, observancia y ejercicio de los derechos humanos en todos los aspectos de nuestra vida diaria.

En atención al punto anterior, cabe señalar que el Estado mexicano en general tiene una gran tarea por delante en la aplicación de derechos fundamentales, específicamente los relacionados a la inclusión y al trabajo, no



contamos con mecanismos eficientes que apoyen a la población en general mediante los cuales se proteja y se incentive al derecho fundamental que tenemos todos los seres humanos al libre acceso al trabajo y como consecuencia a la protección del mismo, y si estas deficiencias las observamos en la población en general cuanto más en las personas que han cumplido su condena, no existe una verdadera estructura que colabore con ellos de manera eficaz para lograr el objetivo de una verdadera y eficiente reinserción a la sociedad, por lo que, en este punto, el fin de la pena no puede considerarse cumplido, ni siquiera aspirado.

En un sistema funcional, la reinserción social tendría oportunidades de ser eficaz, sin embargo, esto sería en la utopía de un mundo ideal, ya que influyen varios factores para que esto pueda concretarse, desde el compromiso de los gobiernos tanto estatal como federal, hasta la voluntad, el carácter y el compromiso particular de cada una de las personas que se encuentran dentro del sistema penitenciario, refiriéndome específicamente a las personas que se encuentran purgando una condena, quienes deben tener la plena voluntad de querer reincorporarse a la sociedad como miembros productivos de la misma.

Retomando la idea del punto inmediato anterior, y de lo ya expuesto en el cuerpo del presente documento, es importante que el gobierno preste atención y en consecuencia dé el debido seguimiento a todos aquellos programas que muestran resultados positivos, antes de desecharlos, ya que el programa público basado en el trabajo como mecanismo para la reincorporación de la persona que en estado de reclusión, próxima a salir obtuvo resultados positivos, desafortunadamente, no tuve la oportunidad de allegarme a datos estadísticos más amplios, debido a las políticas de las mismas dependencias, pero los testimonios a los que me pude allegar (aunque fueron muy pocos) dan esperanza de que la incorporación a la sociedad puede llegar a ser una realidad, si convergen las voluntades del Estado y del individuo. Es por estos testimonios, que son tristemente una minoría en las estadísticas nacionales, que el Estado debe dar continuidad a los programas que de alguna forma muestran resultados tangibles, especialmente en el caso de nuestra entidad federativa, donde la población carcelaria (de acuerdo a estadísticas públicas) no muestra los problemas de hacinamiento extremo que muestran otros centros penitenciarios, lo que permitiría dar tratamiento adecuado, de conformidad con los cinco ejes que marca la Constitución. Por lo que sería interesante que el actual gobierno continuara con los lineamientos del programa, ya que independientemente de las corrientes políticas o ideológicas que en los gobiernos imperen, deben prevalecer aquellas acciones que mejor beneficien a la sociedad.

Queda claro que la capacitación y el fomento del trabajo no es suficiente para una verdadera reintegración del individuo a la sociedad, sin embargo, nos encontramos en un escenario difícil, como sociedad aún nos queda un largo camino en materia ideológica y de colaboración, donde las autoridades en el estado, específicamente las penitenciarias se resisten a la apertura, cuando el primer paso para el cambio y la evolución positiva es una verdadera transparencia en las actuaciones, ya que es lo que da confianza a la sociedad en sus instituciones.

De todo lo anterior, es importante resaltar que, en 26 años la sociedad y los cuerpos jurídicos han evolucionado, se habla más sobre el respeto y la observancia a derechos fundamentales, hemos incorporado al vocabulario jurídico conceptos como inclusión, no discriminación, reinserción, tanto en la Constitución federal, como en las leyes secundarias, incluso en la doctrina, un número considerable de juristas se ha pronunciado al respecto, en foros, conferencias y eventos de corte académico, sin embargo, al igual que en tiempos pasados, nunca ha bastado la simple incorporación de conceptos a los textos jurídicos para que éstos se cumplan de manera fatal, no obstante, opto por ser positivo y pensar que nos encontramos tan solo al inicio de un largo camino en pro de lo correcto.

Finalmente, quiero hacer especial énfasis en que los testimonios y las circunstancias, que de alguna forma han resultado positivos, han sido extraídos de casos específicos y de manera particular en nuestro estado Tlaxcala; hecha esta salvedad, no es la circunstancia prevaleciente en el contexto nacional, ya que, de los documentos estadísticos consultados para la elaboración del presente, persisten datos de sobrepoblación carcelaria, infraestructura insuficiente, trato inhumano, corrupción y autogobierno al interior de las instituciones carcelarias a lo largo y ancho de nuestra República mexicana, lo que nos lleva nuevamente a retomar las reflexiones vertidas por el doctor Serafín Ortiz en sus conclusiones respecto a los fines de la pena: “La resocialización del delincuente a través de la pena privativa de la libertad (tratamiento penitenciario) es ostensiblemente inalcanzable, mítica e ideológica, y contrariamente al fin pretendido produce los efectos diametralmente opuestos” (Ortiz, 1993: 214).

Circunstancia que sigue prevaleciendo, ya que, en las condiciones en las que se encuentran los centros penitenciarios en la mayor parte del país, hablar de reinserción social sigue siendo un ideal, si no imposible, sí difícil de alcanzar.

## REFERENCIAS

- BARATTA, A. (2004), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI editores.
- CASTELLANOS, F. (2002), *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Porrúa.
- CARBONELL, Miguel (2012), Reforma constitucional en materia de derechos humanos, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mIicKgz7C2U&t=888s>.
- Código Penal para el estado libre y soberano de Tlaxcala, Publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el día veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Tlaxcala/wo25821.doc>.
- Código Penal para el estado libre y soberano de Tlaxcala, publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 19 de mayo de 2016, disponible en: <https://congresodeltlaxcala.gob.mx/wp-content/uploads/2017/03/C%C3%B3digo-Penal-para-el-Estado-Libre-y-Soberano-de-Tlaxcala.pdf>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_260319.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_260319.pdf).
- Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017, CNDH, disponible en: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP\\_2017.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2017.pdf).
- Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo, disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/15-DH-trabajo.pdf>.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf).
- Encuesta Nacional de Población privada de la Libertad (Enpol, Inegi 2016), disponible en: [http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/encotras/enpol/2016/doc/enpol2016\\_tlax.pdf](http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/encotras/enpol/2016/doc/enpol2016_tlax.pdf).
- “Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México Inegi 2017”, recuperado de [http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en\\_numeros2.pdf](http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf).
- GIBRÁN, Manuel [Popurrí de viajes], (2019, febrero 17) CERESO de Tlaxcala, Ingrese a la prisión de Tlaxcala, reclusorio de México, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lTrwcs9FUqI>.
- Ley de Cultura Física y Deporte para el Estado de Tlaxcala, Ley publicada en la Segunda Sección del *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*, el 14 de di-

ciembre de 2005, disponible en: [https://congresodetlaxcala.gob.mx/wp-content/uploads/2017/04/Ley\\_de\\_Cultura\\_Fisica\\_y\\_Deporte\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tlaxcala.pdf](https://congresodetlaxcala.gob.mx/wp-content/uploads/2017/04/Ley_de_Cultura_Fisica_y_Deporte_para_el_Estado_de_Tlaxcala.pdf).

Ley de Salud del Estado de Tlaxcala, Ley publicada en el Número Extraordinario del Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala, el martes 28 de noviembre de 2000, disponible en: [https://platrans.tlaxcala.gob.mx/sistemas/trans2016/view\\_docs.php?recno=828](https://platrans.tlaxcala.gob.mx/sistemas/trans2016/view_docs.php?recno=828).

Ley de ejecución de sanciones penales y medidas restrictivas de la libertad del estado de Tlaxcala, Ley publicada en el Extraordinario al *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*, el jueves 2 de junio de 2011, disponible en: [http://www.tsjtlaxcala.gob.mx/transparencia/Fracciones\\_a63/I/leyes/LEY%20DE%20EJECUCION%20DE%20SANCIONES%20PENALES%20Y%20MEDIDAS%20RESTRICTIVAS%20DE%20LA%20LIBERTAD%20DEL%20ESTADO%20DE%20TLAXCALA.pdf](http://www.tsjtlaxcala.gob.mx/transparencia/Fracciones_a63/I/leyes/LEY%20DE%20EJECUCION%20DE%20SANCIONES%20PENALES%20Y%20MEDIDAS%20RESTRICTIVAS%20DE%20LA%20LIBERTAD%20DEL%20ESTADO%20DE%20TLAXCALA.pdf).

Ley de educación para el estado de Tlaxcala, Publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, t. LXXXI, Segunda Época, núm. 48, Segunda Sección, del 29 de noviembre de 2000, disponible en: [https://evaluacion.septlaxcala.gob.mx/docs/ley\\_educ\\_tlax.pdf](https://evaluacion.septlaxcala.gob.mx/docs/ley_educ_tlax.pdf).

ORTIZ, S. (1993), *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República.

Plan de Desarrollo Nacional 2013-2018, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 2013, disponible en: <http://www.cofemex.gob.mx/documentos/marcojuridico/rev2016/PND%202013-2018.pdf>.

Plan de desarrollo Estatal 2017-2021, disponible en: <https://prensa.tlaxcala.gob.mx/2017/junio/PED%202017-2021/PED%2017%2021%20HD.pdf>

Programa Penitenciario de la Comisión Estatal de Derechos humanos de Tlaxcala, disponible en: <https://cedhtlaxcala.cedhtlax.org.mx/Pdf/Programas/Programas5.pdf>.

Reglamento Interior de los Centros de Readaptación Social del Estado de Tlaxcala, Publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, t. LXXXI, Segunda Época, núm. 37 Segunda Sección, 11 de septiembre de 2002, recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TLAXCALA/Reglamentos/TLAXREG45.pdf>.

RUBI, I. (2015), *La inclusión laboral en México: avances y retos*, México, Biblioteca Mexicana del Conocimiento.

## ADMINISTRACIÓN DE LA PRIVACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD (CORRESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL)

Mario GALÁN

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Retribución o prevención*. III. *Estado y ius puniendi*. IV. *Marco constitucional, estructura y organización del sistema de justicia*. V. *Inocencia o culpa, medida cautelar o sanción*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

### I. PRESENTACIÓN

La prisión es posiblemente uno de los apartados históricos más oscuros de la humanidad. Son muchos los ejemplos que al respecto se tienen registrados y que la caracterizan. A pesar de la cantidad de maleficios, castigos y crueldad, la cárcel como institución (espacio físico-arquitectónico) o como pena, continúa siendo el medio favorito para castigar delincuentes, cuestionándose en gran medida sus resultados sancionadores y disuasivos.

Es preciso agregar que este trabajo es el resultado de incontables días de asombro, estupor y razonamiento pero también de noches de insomnio, producto de la vivencia impotente de observar cómo el crecimiento poblacional y la sobrepoblación en los centros de internamiento, producto de las detenciones de hordas de criminales indiciados en pro de la procuración y la medida cautelar privativa de libertad sobre procesados que privilegia la impartición en el sistema de justicia penal le gana la partida a elementos que históricamente han sido estáticos y requieren de constante inversión económica por parte del Poder Ejecutivo: la capacidad instalada, la infraestructura, la clasificación, la reinserción social, los sistemas de vigilancia, el personal penitenciario y, sobre todo, al propio Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos.

En nuestros días, paradójicamente, el sobreutilizado, agotado y desarticulado sistema carcelario mexicano, a pesar de todo, está en crecimiento.

Es irónico pensar en la diversidad de formas miméticas y entrópicas que adopta la estructura y organización del vetusto sistema penitenciario municipal, estatal y federal para enfrentar la obligatoria exigencia que generó la reforma penal constitucional en el híbrido contexto que significa la transición del viejo sistema inquisitivo al nuevo oral acusatorio, en cuyo contubernio de un plumazo pasó de la pena de prisión a la pena privativa de libertad, desplazando el fin utilitario de la readaptación por el retributivo de la reinserción social, a lo cual, como si esto fuera poco, se le debe anexas el complejo y riesgoso fenómeno del comportamiento criminal que aprovecha las capacidades, el temor, los vacíos de poder y los contados espacios de la organización del Estado y la sociedad para su beneficio personal, cobrando facturas que se pagan con la vida, sin importar las múltiples y costosas secuelas que produce y lo hará en las presentes y futuras generaciones.

Es oportuno decir, que en virtud de que todas las leyes y tratados que se establezcan en la República mexicana deben emanar de los preceptos establecidos en la Constitución (para efectos de no contradecir sus disposiciones), nuestro análisis en este trabajo se orienta específicamente hacia el fuero federal (sobre asuntos que afectan a la nación); aunque son aplicables en lo correspondiente al fuero común (la sociedad y a los individuos), ya que en la realidad se encuentran íntimamente relacionados, tanto así que su separación en la materialidad es a conveniencia estrictamente teórica.

En este tenor, el sistema aplica sanciones privativas de libertad en coordinación con el resto de las partes que integran el sistema de justicia penal, quien de manera firme debe refundarse aprovechando la alineación de capacidades con el conocimiento y aplicación de ley y el respeto a los derechos humanos, en lugar de seguirle el juego a la actual política de prevención penal, es decir, apostar a crear leyes y endurecerlas para resolver la delincuencia y criminalidad, creando una inflación punitiva penal,<sup>1</sup> expresada por la "...disgregación de lo que por naturaleza debería permanecer unido, coordinado",<sup>2</sup> ya que la Federación y cada estado tiene sus normas propias,<sup>3</sup> en lugar de fortalecerse en una estrategia federada que atienda el fenómeno criminal.

---

<sup>1</sup> Peláez Ferrusca, Mercedes, "Legislación penal y derechos humanos. Una aproximación", *Derecho penal y Estado democrático*, México, INACIPE, 1999, pp. 58 y 59.

<sup>2</sup> Peláez Ferrusca, Mercedes, *Algunas reflexiones sobre la unificación del sistema penitenciario nacional*. Liber ad honorem Sergio García Ramírez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t II., p. 1455.

<sup>3</sup> En este caso, 33 códigos penales, 33 procesales penales, 33 leyes privativas y restrictivas de la libertad, 32 leyes de adolescentes en conflicto con la ley penal, etcétera. Al respecto, sería sano considerar la aplicación del Federalismo en la ejecución y cumplimiento o la unificación a través de un subsistema ejecutivo nacional.

Para ello es necesario identificar el propósito de la Constitución política y la parte del derecho que se encarga de estudiarla, ello nos conlleva a ubicar al derecho penal, procesal penal, así como al derecho ejecutivo penal, como fundamento de las instituciones del poder político a las cuales la sociedad les ha otorgado el monopolio del uso de la violencia, es decir, el poder político tiene la capacidad de coerción para obligar a cumplir sus mandatos imperativos a través de la violencia legítima, siempre y cuando este uso sea necesario.

De esta manera, podemos afirmar que el sistema penitenciario tiene un origen constitucional como parte fundamental del control social que ejerce el Estado mexicano, el cual determina su estructura y organización. Bajo esta referencia, debemos anotar que ante el incremento de los índices de criminalidad en los Estados Unidos Mexicanos y la irrupción en el escenario nacional de la delincuencia organizada, los legisladores han reaccionado mediante el incremento significativo de la penalidad abstracta (mínimo y máximo de la sanción penal en la legislación), con el ánimo de disuadir la comisión de conductas típicas que lesionan la convivencia armónica del conglomerado. De esta forma, el Estado mexicano ha decidido privilegiar la reacción social legislativa, también denominada “prevención punitiva”, a través de la utilización desmedida de la privación de libertad, situación que agrava de manera desmedida los derechos humanos y las condiciones de vida en las cárceles, cuya administración de manera tradicional se le ha atribuido a la autoridad ejecutora, cuando en materia de prisión preventiva debiese ser responsabilidad única del Poder Judicial, separándola totalmente de la ejecución de sanciones privativas, atribución exclusiva del Poder Ejecutivo.

Bajo esta perspectiva el presente trabajo de investigación plantea la siguiente hipótesis: la modernización del sistema de ejecución de sanciones con base en el reconocimiento y aceptación de las atribuciones normativas y sistémicas que actualmente existen para la procuración, impartición y ejecución de justicia penal, restringe la actuación del Ejecutivo del Estado al terreno de la responsabilidad y la culpa que implica la determinación judicial de la ejecutoria de privativa de libertad, con lo cual se eficientarían sus capacidades y recursos al administrar únicamente centros de internamiento para sentencia ejecutoriada, dejando al Poder Judicial la responsabilidad de gobernar instituciones donde se aplique la medida cautelar de privación de libertad durante el proceso penal y el principio de inocencia, tal y como sucede con la detención y las casas de arraigo por quien procura la justicia.

Para probar el mencionado supuesto se elaboraron seis apartados a partir de una postura de la criminología y racionalismo crítico, del método



deductivo-analítico y del dogmático jurídico para la debida interpretación normativa.

## II. RETRIBUCIÓN O PREVENCIÓN

Un Estado<sup>4</sup> con régimen orgánico y constitucional de gobierno,<sup>5</sup> de manera contractual y/o consensual, establece el Estado de derecho y el sistema de justicia penal sobre el *ius puniendi* que más le convenga a sus intereses. Bajo el reconocimiento de la fuerza de trabajo como elemento necesario para la producción capitalista, la libertad como derecho humano elemental y su institucionalización jurídica, la *privación de libertad* adquirió el carácter de pena casi exclusiva de dos propósitos, los cuales pueden ser antagónicos o complementarios, *el castigo y la utilidad social*, que fundados en el acto y/o el autor<sup>6</sup> determinan la materialidad de instituciones, personal, sistemas, estrategias y procedimientos en los subsistemas de procuración, impartición y ejecución de justicia penal.

Al preguntarnos sobre el sentido teleológico<sup>7</sup> de la pena privativa de libertad, bajo orientación objetiva y descriptiva, se pretende establecer la diferencia entre el *fin*<sup>8</sup> que se quiere obtener (*deber ser*) con lo que realmente se puede o alcanza, y las *funciones*<sup>9</sup> (*el ser*) en su expresión teórica y pragmática al reconocer que la pena enmarcada en el correspondiente sistema de justicia siempre le corresponde una función (explicativa) para ejercer el control social,<sup>10</sup> la cual no siempre se encauza a alcanzar el fin normativo justifica-

---

<sup>4</sup> Llámese incipiente-autoritario, moderno-guardián-policía-liberal, interventor-totalitario, de bienestar social, neoliberal, democrático, etcétera.

<sup>5</sup> Con niveles de gobierno y los poderes que lo integran.

<sup>6</sup> Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, t. II.

<sup>7</sup> Existen diversas teorías penales que fundamentan el aspecto teleológico de la pena con relación a la función del derecho penal, la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, el libre desarrollo del individuo y el mantenimiento del orden social.

<sup>8</sup> Entendido normativamente como lo que se busca, “debe castigar o debe prevenir”, es el “objetivo o propósito que se pretende alcanzar para cuya consecución se elabora un programa de actividades y procedimientos”. *Diccionario de Sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 125.

<sup>9</sup> Para describir lo sucedido; previene crímenes, rehabilita delincuentes, contiene la delincuencia, neutraliza criminales, etcétera, son el “tipo o tipos de acción de que es capaz una estructura” en correspondencia con el fin que se pretenda obtener. *Ibidem*, p. 127.

<sup>10</sup> Las funciones son cuestiones explicativas de carácter histórico o sociológico, mientras los fines abordan el terreno ético-filosófico a través de doctrinas axiológicas o de justificación. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 213 y 214.



tivo. Además, en la materialidad fácilmente se puede observar una amplia línea divisoria entre la expresión teórica de los resultados anticipados en el discurso retributivo y/o utilitario sobre la pena,<sup>11</sup> con la expresión empírica de lo que realmente se alcanza en el cómo y por qué se ejecuta la privación de la libertad.

No debe pasar por alto preguntarnos si existe la manera de contrastar empíricamente los resultados obtenidos por la aplicación de la privativa de libertad (funciones) y sus expresiones de medida cautelar y sanción durante la procuración, impartición y ejecución, ya que en los espacios donde se priva de libertad, inciden un sinnúmero de factores azarosos, punitivos e indeseables<sup>12</sup> que hacen complicada una aseveración sobre los efectos directos de la privativa de libertad en el delito y el delincuente. Esto únicamente refleja la crisis de legitimidad penal y la necesidad por desarrollar nuevas ideas para desalentar el crimen, fenómeno que actualmente rodea el ámbito del *ius puniendi* y su expresión en la pena privativa de libertad.

De manera general, podemos decir que en la materialidad, el derecho a castigar a través de la pena y en especial la privativa de libertad, se encuentra fundamento ideológico, político y social en tres vertientes; las ideas normativas del deber ser sobre la retribución-castigo (teoría absoluta) al considerar al individuo como un fin en sí mismo, otras en la prevención racional (teoría relativa) cuyos fines son de utilidad social o defensa, y por último, en ambas (teorías mixtas), asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil. En la *retribución* o castigo se considera a la pena privativa de libertad como afflictiva o de sufrimiento, este mal compensa, equilibra a la sociedad y vuelve al orden (control social), en un intento de concordancia con el respeto a los derechos humanos, la pena justa debe corresponder en duración e intensidad a la gravedad del delito y al ser aceptada (introyectada) por el culpable, moralmente recobra su integridad humana y moral, expía la culpabilidad sin observar utilidad social alguna, sin más, se castiga porque el individuo al utilizar el libre albedrío ha decidido delinquir.

Para la *prevención*, la privativa de libertad posee funciones políticas y de utilidad para el control social, mismos que han encontrado fundamento en las ideas positivistas de evitación e intervencionistas de la defensa social.<sup>13</sup> Así, es mejor prevenir que remediar, deductivamente se parte de lo gene-

<sup>11</sup> Tanto oficial, académico o de uso común.

<sup>12</sup> Como la intimidación, las amenazas, los golpes, las vejaciones, etcétera.

<sup>13</sup> "...tiene dos vertientes, la que considera la prevención de delitos futuros y la que repara las consecuencias dañosas del delito". Rico, J. M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1987.

ral a lo particular (especial),<sup>14</sup> en teoría, realizar acciones dirigidas a los integrantes de la sociedad para que no cometan delitos y con el individuo que ya lo realizó, evitar que vuelva a delinquir. Estas acciones, a la usanza positivista, deben ser consideradas de dos formas conforme a su efecto en los individuos, en la primera, de manera positiva a través del consenso y en la segunda, la expresión negativa, con la amenaza o intimidación legal. De esta manera, encontramos que universalmente se reconocen dos tipos de prevención, la general y la especial (particular), en sus versiones positivas y negativas.

La *prevención general* se dirige a la colectividad, así, en teoría para el resto de la población, la pena es ejemplo ilustrativo e intimidatorio de lo que les sucede a los criminales, como una especie de amenaza ejemplar educativa, para alejarla de los delitos al enseñarle cuáles son las normas y cuáles sus consecuencias. Ello en dos vertientes, una *positiva* y otra *negativa*, la primera se dirige a la confianza ciudadana sobre el fortalecimiento de la justicia penal y la vigencia del orden jurídico, el Estado de derecho. Mientras en la segunda, al determinar principios claros y exactos sobre las prohibiciones o normas, pretende “la intimidación a través de la amenaza legal”<sup>15</sup> o ejemplaridad, esto es, demostrar que aún en la ausencia de peligro no se debe abandonar la pena, ya que si el delito queda en la impunidad, puede producir imitación. En la *prevención especial*,<sup>16</sup> la pena tiene como propósito principal proteger a la colectividad bajo argumento de defensa social, de dos maneras. Una *negativa*, separando al delincuente, neutralizándolo, al inocuizarlo en la cárcel anula su peligrosidad y evita el riesgo de dañar a otros individuos. Pero además, el castigar y corregir al criminal tiene como objeto *positivo* su rehabilitación, readaptación y reinserción social evitando su reincidencia. La idea *mixta o unificadora* consiste en la combinación y aplicación simultánea de las dos anteriores, ya que ninguna de ellas por sí sola puede determinar con justicia el contenido y límites de la pena. Por ello, la compensación y la prevención especial y general son fines aceptados sin jerarquía.

Finalmente, se debe hacer constar nuestra simpatía por la erradicación del sentido exclusivamente retributivo de la pena privativa de libertad, apelando al sentido racional de la utilidad social, manifestada en la idea nor-

---

<sup>14</sup> Bajo la costumbre jurídica de establecer la jerarquización deductiva de lo general y particular con antónimos, general-especial, sustantiva-adjetiva, primaria-secundaria, etcétera.

<sup>15</sup> Ortiz O., S., *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993, p. 145.

<sup>16</sup> En la que se expresa el antagonismo existente entre el dogma del autor y el del acto en la ejecución de la pena.

mativa de prevención en congruencia con el respeto a los derechos, despojándola del argumento intervencionista y totalitario de violar derechos bajo sospecha. Sin que ello signifique aceptar la carencia de otra opción mejor, ya que sobre sistemas democráticos donde las opciones de uso y disfrute de bienestar se expresan de manera equitativa, tanto los fines como las funciones de la pena, como ella misma, deberán y deben modificarse. Los primeros en busca de mejores alternativas para abatir la conducta criminal. Tal vez considerando además de las justificaciones éticas, jurídicas y filosóficas, otras como las sociales, criminológicas, ecológicas, demográficas, etcétera. Mientras para la pena privativa de libertad, el reconocimiento de su naturaleza subsidiaria, su utilidad mínima como última razón, y porque no, su gradual desaparición.

### III. ESTADO Y *IUS PUNIENDI*

Una disertación sobre el Estado, su sentido de justicia y el *ius puniendi* requiere considerar la evolución del ser humano como un proceso básicamente económico y sociopolítico. Que de manera *longitudinal* a través del tiempo y espacio se establece *transversalmente* por etapas, las cuales son dinámicas, estrechamente relacionadas, con características particulares similares y sus nexos esenciales se rigen por leyes generales. Tal postura se fundamenta en la perspectiva del desarrollo histórico-socioeconómico, considerando que cada etapa se caracteriza por la aparición de nuevos métodos e instrumentos para producir, y con ello sus correspondientes clases sociales, gobiernos, ideología, instituciones sociopolíticas y control social.

En otras palabras, se han desarrollado diversas *formaciones socioeconómicas*, entendidas como “una sociedad en determinada fase de desarrollo, con el modo de producción que le es inherente y la superestructura que se eleva en ella”.<sup>17</sup> La *estructura* refleja cómo el hombre organizado en clases sociales produce y reproduce su fuerza de trabajo, mientras la *superestructura o ideología*, se integra de instituciones, concepciones e ideas jurídicas, sociales, antropológicas, criminológicas, psicológicas, económicas, etcétera, teniendo como objeto explicar, justificar, convencer y legitimar tal sociedad. En este sentido, el análisis del Estado debe iniciarse desde una perspectiva político-social y no sólo jurídica,<sup>18</sup> estableciendo su génesis, evolución y propósitos,

<sup>17</sup> Kaplan, Marcos, *Estado y sociedad*, México, UNAM, 1983, p. 50.

<sup>18</sup> Como sucede con la seguridad pública. Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, México, McGraw-Hill, 1998.

como punto coyuntural para consecuentemente entender y explicar el origen, desarrollo y fines de la privativa de libertad.

Aplicar la justicia o conceder a cada cual lo que merece sin distinción o condición con igualdad ante la ley, es monopolio exclusivo del Estado, legalizado en el derecho y, aunque no siempre, legitimado por el imperio de la ley, que conlleva su correspondiente reacción o *ius puniendi*, orientada hacia la retribución o prevención del actuar delictivo con funciones de control social. Esta relación justicia-gobierno-poder se expresa en el derecho a castigar y puede caracterizarse de manera formal e informal por ser arbitraria, apegada a derecho o ambas, conforme a los tipos de Estado descritos anteriormente. De hecho, las clases en el poder a través de él *imponen* los tipos de relación, organización y límites a los gobernados (sociedad civil), pudiéndose expresar de manera monárquica, liberal, democrática o totalitaria, aunque también existen formas mixtas e híbridos, como la demagogia que es la tergiversación de la democracia, la oligarquía, la radicalización de la aristocracia y la tiranía de la monarquía.

Esto constituye la versión político-ideológica del Estado como órgano público separado de lo privado, que usa entre otras cosas al derecho, la pena y la seguridad pública para proteger y preservar su forma de gobierno, en la producción y reproducción de las relaciones de hegemonía y dominación entre el Estado y la clase social en el poder. Concretando esta imposición a través del *control social*, entendido como los "...sistemas normativos definidos por diversas instituciones, con base en los cuales y mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, se procura asegurar la fidelidad o sometimiento de la colectividad a los valores de un sistema imperante..."<sup>19</sup> Identificándose por su expresión *informal*,<sup>20</sup> la interiorización y aprendizaje de pautas y modelos de conducta, y *formal* al actuar en forma coercitiva al imponer sanciones el Estado, observando el nexo indisoluble entre la *ejecución del poder, la justicia* y la *administración burocrática*.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Reyes Calderón, José Adolfo, *Criminología*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998, p. 233.

<sup>20</sup> García Pablos de Molina, Antonio, *Manual de criminología. Introducción y teoría de la criminalidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1998, pp. 105 y 106.

<sup>21</sup> "A través de tres clases de aparatos, los *ideológicos* que se orientan a la explicación global, media o parcializada de la realidad (religión, escuelas, familia, etcétera). Los *políticos*, que se relacionan con el régimen gubernamental, que en la actualidad en nuestro país se establece como un sistema federado; Federación, Estados y Municipios, con su correspondiente división de poderes; legislativo, federal y ejecutivo. Y los de *Estado*, relacionados estrictamente con la administración burocrática, entre los que podemos mencionar al ejército, la policía, el aparato financiero, el jurídico, la cárcel, etcétera". Jiménez Montiel, Gilberto, *Poder, Estado y discurso*, México, UNAM, 1983, p. 123.

Si en el origen del Estado, el gobierno se encontraba caracterizado por la arbitrariedad justificada en la divinidad o su representante el monarca, los liberales cuestionaron tal fundamento, proponiendo igualdad y equilibrio entre la organización e integrantes de la sociedad, donde el gobierno y la ley no se concentrara en una sola persona, por el contrario, fuera impersonal, considerando a todos los individuos como iguales y proponiendo una institución organizada, el “Estado” para elaborar, aplicar y ejecutar la ley. Locke en su “teoría de la separación de los poderes”<sup>22</sup> estableció la necesidad de una ley autorizada por común consentimiento para resolver controversias (Legislativo), de un juez conocido e imparcial, con autoridad para determinar las diferencias según la ley (Judicatura), y finalmente, quien aplique la sentencia si fuera recta (Ejecutivo). En este sentido, con visión política, Montesquieu en su teoría del “equilibrio de poderes”<sup>23</sup> pretendió acabar declarativamente con la injusticia de los gobernantes y nivelar el poder estatal, de modo que ninguno de ellos se volviera despótico o autoritario, aspecto que se conserva hoy en día y se fundamenta al menos en el discurso de los Estados modernos.<sup>24</sup>

En la perspectiva sistémica y de control social, buscando unidad y unificación de criterios en el análisis, podemos identificar esta *organización política* Estado-república (poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo) con *régimen interior* unificado en Federación-estados-municipios (ámbitos de gobierno) en su *constitución* de entidad *genérica o sistema general* a escala local.<sup>25</sup> Como un todo organizado jerárquicamente que origina *procesos, clases o sistemas particulares o específicos* como sus elementos componentes y determina las relaciones o fuerzas reinantes entre ellos, éstos a vez se pueden subdividir en *subsistemas o subclases* abiertos o cerrados que pueden o no autorregularse, poseen organización jerárquica por niveles y elementos propios o compartidos en permanente competencia; personas, agencias, aparatos, instituciones, etcétera y se encuentran en constante crecimiento en otros subsistemas buscando siempre el estado de equilibrio.

<sup>22</sup> Cueva, Mario de la, *La idea de Estado*, México, UNAM, 1986, pp. 76 y 77.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 81-83.

<sup>24</sup> Existen otras propuestas que consideran a los representantes de estos poderes como simples funcionarios públicos, sin mando jerárquico y poder para gobernar, que ejecutan los encargos de los ciudadanos, ya que éstos son los que verdaderamente poseen el poder: “...como corporación de trabajo, al mismo tiempo legislativa y ejecutiva, la comuna se opone al parlamentarismo”. Lenin, V. I., *Obras Escogidas*, Moscú, Progreso, 1978, t. II, pp. 293-334.

<sup>25</sup> Considerando el plano mundial y la globalidad, este sistema general sería parte de uno regional y/o internacional.

Si entendemos esta *organización y régimen constitucional* como el *sistema general*, podemos fácilmente ubicar en el nivel específico al *sistema de justicia* y a sus correspondientes elementos, *la procuración, impartición y ejecución*, como subsistemas que se integran formal e informalmente como un todo abstracto de leyes y fáctico de acciones, expresado en instituciones públicas que se rigen a través de leyes orgánicas y reglamentos interiores.

En este caso, como la consecuencia se considera una pena, se le ubica como *sistema de justicia penal*.<sup>26</sup> Ello significa, materializar con la pena, la aplicación de justicia y garantizar la seguridad pública al desalentar el delito. Así se justifica el *propósito utilitario o retributivo, preventivo o correctivo* de mantener el Estado de derecho o imperio de la ley y la paz pública, que el *comportamiento criminal* violenta, proporcionando a cada persona a través de agencias e instituciones; *la justicia* o lo que por ley le corresponde o pertenece (retribución-sanción), hecho que se observa como un ente organizado o sistema de justicia penal.

Mismo que en su estructura y dinámica se encarga de dar materialidad al equilibrio de poderes en el ejercicio *legislativo* de establecer las normas y fijar penas (escritas en códigos, leyes, reglamentos, etcétera), de *examinar (juzgar)* los casos de infracción a las leyes penales y determinación de los deberes o facultades de los individuos en caso de controversia o duda en materia penal, estableciendo sentencias, así como realizar las labores prácticas necesarias para que las leyes penales se *ejecuten* de acuerdo con las resoluciones obtenidas para aplicar la justicia. Todo ello, conforme al territorio y la administración en el régimen de gobierno; Federación, estado y municipio. Así, el sistema de justicia penal en sus correspondientes tres subsistemas se entiende como *un proceso y organización de elementos articulados y coherentes* que intervienen en la procuración, impartición y ejecución de justicia en materia penal.

#### IV. MARCO CONSTITUCIONAL, ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA

La organización política de la sociedad en México se expresa en el Estado denominado república, caracterizada por ser representativa, democrática y federal,<sup>27</sup> compuesta de estados libres y soberanos<sup>28</sup> en todo lo concerniente

<sup>26</sup> También encuentra expresión en los ámbitos civiles, fiscales y administrativos.

<sup>27</sup> Porque el poder del pueblo está representado en la figura del presidente, democracia porque incluye la participación del pueblo en el gobierno y Federación porque que es sinónimo de unión.

<sup>28</sup> Artículo 40 constitucional.

a su régimen interior pero unidos para su gobierno en una Federación establecida por los principios de la ley fundamental<sup>29</sup> o Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se considera como ley escrita y que en su parte dogmática establece los derechos fundamentales del individuo (garantías individuales) y en la orgánica, la organización de los poderes públicos. Como ley fundamental de ella dimanar todas las demás normas, leyes y reglamentos que rigen la convivencia del individuo en el país. La soberanía<sup>30</sup> de la nación reside en el pueblo y éste la ejerce por conducto de los poderes de la Unión:<sup>31</sup> Legislativo, Judicial y Ejecutivo,<sup>32</sup> en congruencia con el *principio de equilibrio* y el Estado de derecho, soberanía que incluye la necesidad y otorgamiento de justicia<sup>33</sup> para proporcionar a los mexicanos y/o ciudadanos lo que se merecen.

Con la idea sistémica<sup>34</sup> de la organización jerárquica del todo con las partes, consideramos al Estado como un *sistema general*, que genera *sistemas particulares* como el sistema de justicia, sus elementos componentes y determina las relaciones entre ellos, por ejemplo, el ámbito penal. Éstos a la vez se pueden subdividir en *subsistemas o subclases*, abiertos o cerrados que pueden o no autorregularse, se estructuran jerárquicamente por niveles y con elementos propios o compartidos en permanente competencia; personas, agencias, aparatos, instituciones, etcétera, que se encuentran en constante crecimiento con los otros subsistemas, buscando siempre el estado de equilibrio. Así, el *sistema de justicia*<sup>35</sup> como instrumento de control formal se traduce en un *todo* con nivel *genérico*, una estructura jerárquica y normativa que determina y origina las *partes*, es decir, organiza la *especie*, los *subsistemas de procuración, impartición y ejecución*,<sup>36</sup> en un proceso que contiene un inicio: “la

---

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Que ejerce o posee la autoridad suprema e independiente por conducto de los órganos constitucionales.

<sup>31</sup> Artículos constitucionales 16o., 41, 49, 50, 94 y 115, pp. 43, 49, 70, 79 y 106.

<sup>32</sup> Los estados a semejanza de la Federación también se estructuran con los tres poderes.

<sup>33</sup> Consolidando el monopolio de la justicia y por ello del *ius puniendi* estatal. *Ibidem*, artículo 17, p. 16.

<sup>34</sup> Para explicar la complejidad de la realidad, la tradición occidental del pensamiento sociológico parte del *concepto de orden, de un sistema*. Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas*, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, México, Anthropos-U.I. e ITESO, 1995, p. 35.

<sup>35</sup> Artículo 17 constitucional. “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...”.

<sup>36</sup> También conocido como sistema penal, fase administrativa o sistema penitenciario pues es el ámbito donde se ejecuta materialmente la sentencia, ya sea en prisión preventiva y/o de extinción de pena, tanto en internación como en externación.



investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; etapas intermedias: “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”,<sup>37</sup> y una conclusión: “los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal...”,<sup>38</sup> donde los elementos se organizan constitucionalmente en torno a la pena.<sup>39</sup>

Como entidad general, el sistema de justicia se aplica en diversos ámbitos de la convivencia de los ciudadanos, civil, penal, administrativa, laboral, fiscal, etcétera, diferenciándose bajo ordenanza constitucional el campo penal de los demás, única y exclusivamente por la utilización de la pena corporal o privación de libertad.<sup>40</sup>

La Constitución establece que la soberanía se ejercerá a través de los tres Poderes de la Unión, el *Legislativo*, representado por el Congreso de la Unión con una Cámara de Senadores y otra de Diputados, *elabora las normas o leyes en materia penal* que se consideren obligatorias para los individuos; el *Judicial* con funciones de *examinar (juzgar)* los casos de infracción a las leyes penales y determinación de los deberes o facultades de los individuos en caso de controversia o duda lo representa principalmente la Suprema Corte de Justicia, tribunales colegiados de circuito, tribunales unitarios de circuito, juzgados de distrito, jurado popular y el Congreso de la Judicatura. Finalmente, el *Ejecutivo lleva a cabo labores prácticas necesarias para que las leyes y las penas se cumplan* y se realicen las actividades decididas como necesarias para lograr el bienestar general. En este sentido, bajo el contexto de los poderes de la Unión, el sistema y subsistemas de justicia, se debe dejar en claro la diferenciación entre la ejecución y cumplimiento de la privativa de libertad.

La primera representa la *certeza escrita de la legalidad*, mientras la segunda se expresa como la *materialidad de la legalidad en congruencia con la legitimidad*; aspectos que no siempre son complementarios, ya que en la mayoría de las veces se presentan en forma aislada o contradictoria. Cosa que no debe suceder, ya que la legitimidad de la privativa debe inscribirse en la legalidad, es decir, primero debe regularse (ejecución) y posteriormente cumplirse. De ninguna manera debe aplicarse la privativa sin motivo judicial, sin embargo, en la realidad son comunes las acciones extrajudiciales.

---

<sup>37</sup> Artículo 21 constitucional.

<sup>38</sup> Artículo 18 constitucional.

<sup>39</sup> Aunque existe otra parte que no es penal y se le considera administrativa, pero también implica privación de la libertad. Artículo 21. “Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

<sup>40</sup> Artículo 18 constitucional.



Para el cumplimiento de la privativa como pena, institución y vivencia, al Legislativo le corresponde legalizarla en la aplicación de la justicia penal de manera *declarativa y no material*, al determinar de manera *formal* la garantía de la certeza escrita del principio de legalidad, o sea, las leyes, normas, códigos, reglamentos y manuales escritos y dirigidos a regular con fundamento en el *deber ser del acto y/o el autor* la *ejecución* de las acciones, estrategias, instancias y controles sobre el fin, funciones, medio, régimen, tratamiento y espacio físico de la privativa en los subsistemas de procuración, impartición y ejecución, para lo cual el Judicial y el Ejecutivo colaboran proponiéndole normas secundarias, como lo son los reglamentos, decretos y acuerdos; es decir, la atribución del Legislativo es simple y llanamente establecer las *normas o ejecución* para regular la *participación en el cumplimiento* de los poderes Judicial y Ejecutivo en materia penal.

La regulación del cumplimiento por la ejecución da pie a que el sistema de justicia, entendido como proceso, se materialice a través de las acciones, estrategias, instancias y controles de los subsistemas sobre el fin, funciones, medio, régimen y espacio físico de la privativa, correspondiéndole la aplicación de la justicia al Ejecutivo en materia de procuración<sup>41</sup> y ejecución, mientras que al Judicial el peso de la impartición.<sup>42</sup>

## V. INOCENCIA O CULPA, MEDIDA CAUTELAR O SANCIÓN

Resulta imperativo advertir la manera en que el sistema de justicia penal fundado en las garantías constitucionales de la parte dogmática y otras relacionadas a las atribuciones de los poderes de la Unión, motivado por los principios de inocencia o culpa, *utiliza a la privación legal de la libertad*<sup>43</sup> en dos expresiones; primero, como afectación anticipada en su *modalidad cautelar* a propósito de prevenir la evasión de imputados, asegurar la aplicación del juicio criminal (acción penal o proceso penal) y la justicia al restringir su tránsito, y a su vez, castigarlo cobrando retribución a través de una *sanción ejecutable* para los culpables.

Constitucionalmente se establece el derecho de las personas para “...que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impar-

---

<sup>41</sup> Integrado por diversas corporaciones policiales preventivas, procuradurías de justicia, el Ministerio Público, el ofendido y el responsable.

<sup>42</sup> Se estructura por la Suprema Corte de Justicia, tribunales colegiados de circuito, tribunales unitarios de circuito, juzgados de distrito y defensoría de oficio, etcétera.

<sup>43</sup> Ello sin dejar de advertir que existen casos en los que no se encuentra persona alguna detenida dando pie a las órdenes de aprehensión.

tirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.<sup>44</sup> A lo que se debe agregar, que dichas normas son elaboradas por el Poder Legislativo y se encuentran contenidas en instrumentos secundarios como códigos, leyes, reglamentos o acuerdos que “...determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño...”,<sup>45</sup> otorgando su impartición exclusiva a la figura de juez como elementos del Poder Judicial.

La administración de justicia se establece a través de una estrategia denominada “juicio” que tiene regulación específica para desarrollarse en “plazos y términos” conocidos como *proceso penal*, cuyo “...objeto (es) el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...”.<sup>46</sup> Hasta aquí, fácilmente se pueden discriminar algunas partes implicadas en el *derecho a la administración de justicia*; la autoridad que elabora la ley, la persona inocente o culpable, la víctima que exige justicia y la autoridad que la imparte.

Lo anterior, de manera natural conlleva malestar a las partes (porque el tiempo invertido o porque puede implicar privación legal de la libertad), ya sea porque solicita o le imputan justicia, situación que encuentra fundamento constitucional cuando se establece que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”,<sup>47</sup> en el entendido que este proceder significa el juicio criminal, que en ningún caso “deberá tener más de tres instancias...”,<sup>48</sup> es decir, la formal prisión o vinculación a proceso como imputación legal de presunta culpabilidad, la sentencia (de primera instancia) como determinación de imputación-culpa y la ejecutoria, como confirmación de la culpa.<sup>49</sup>

En este marco, el proceso penal tiene como antecedente formal y coyuntural a la *detención* como acto y al *indiciado* como la persona que vivencia este suceso. La detención es el evento que por *primera vez da expresión a la privación legal de la libertad en el atuendo de medida cautelar de corta duración*,<sup>50</sup> so

---

<sup>44</sup> Artículo 17 constitucional, segundo párrafo.

<sup>45</sup> *Ibidem*, cuarto párrafo.

<sup>46</sup> Artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I.

<sup>47</sup> Artículos 16 constitucional, primer párrafo.

<sup>48</sup> Artículo 23 constitucional.

<sup>49</sup> Sin embargo, sería sano elevar a análisis constitucional, las figuras jurídicas de la detención y el arraigo, como instancias de molestia, necesarias o no, e integrantes del juicio, sobre todo la segunda.

<sup>50</sup> Cuarenta y ocho horas o duplicarse en casos de delincuencia organizada, esto sin considerar la figura del arraigo. Artículo 16 constitucional, tercer, quinto y sexto párrafo.

excusa de aplicar la justicia por presunción o indicio de responsabilidad en el delito. La figura jurídica de la detención se materializa por tres maneras: *por autoridad ministerial con orden de aprehensión o por urgencia, y por cualquier autoridad o persona en los casos de flagrancia*,<sup>51</sup> dando paso legal a la confirmación de la imputación por parte de autoridad competente a través de la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal, con lo que se incoa<sup>52</sup> la imputación legal ante los tribunales, lo cual corresponde al Poder Ejecutivo mediante el Ministerio Público,<sup>53</sup> dando paso el auto de formal prisión o vinculación a proceso a iniciar el proceso penal, el cual, y como ya se mencionó, le corresponde a la impartición de justicia y por ello al Poder Judicial.

Aquí es necesario empezar a clarificar con fundamento en la normatividad de la materia, la importancia que para el respeto a los derechos humanos y las garantías constitucionales de la persona tiene el identificar la autoridad responsable de la vigilancia y custodia de la privativa de libertad, lo que incluye la administración de los establecimientos e instituciones donde se lleve a cabo, primero como medida cautelar y luego en la versión de sanción, situación que desde el origen constitucional hasta la norma sustantiva y adjetiva a todas luces no es lo suficientemente clara y por conveniente interpretación combinada con la tradición, la autoridad que imparte justicia ha evadido esa responsabilidad, la cual de manera sumisa ha recaído en el sistema penitenciario.

También es de comentar que en la literatura normativa sólo existe un precario pronunciamiento legal sobre la autoridad que tendrá la *custodia física durante la privación legal de la libertad como medida cautelar en la detención y la acción penal*. El artículo 193, *ter*, del Código Federal de Procedimientos Penales establece que el indiciado queda a disposición del Ministerio Público para los efectos constitucionales y legales, desde el momento en que le sea entregado física y formalmente.

Es decir, la norma le responsabiliza del cuidado de su integridad física, así como las garantías y derechos humanos que consagra la Constitución, situación que con excepción de la figura del arraigo y su duración de cuarenta a ochenta días,<sup>54</sup> la ley establece como plazo fatal 48 horas o el doble con la correspondiente ampliación,<sup>55</sup> *responsabilidad que se trasmite de manera infundada a la autoridad penitenciaria en lugar de la jurisdiccional* con la puesta a disposición del juez, sin que medie objeción, dejando al imputado interno

<sup>51</sup> Artículo 16 constitucional, octavo y décimo párrafo.

<sup>52</sup> Artículo 136, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>53</sup> Artículo 21 constitucional, primer y segundo párrafo.

<sup>54</sup> Artículo constitucional 16, octavo párrafo.

<sup>55</sup> *Ibidem*, décimo párrafo.

en un centro de reclusión para la preinstrucción e instrucción en su caso, con lo cual el Ministerio Público da por culminada su responsabilidad y la transmite de facto y sin mediar excusa ni pretexto a la autoridad penitenciaria, en lugar de transferirla a la autoridad judicial, en virtud de que es la encargada de administrar justicia y desarrollar el proceso penal desde la preinstrucción (formal prisión o vinculación a proceso), instrucción, primera instancia y segunda instancia ante el Tribunal de Apelación. Esto es, la aplicación de la privativa legal de la libertad en su modalidad de medida cautelar o prisión preventiva, en la cual el imputado recorre el camino que va del principio de inocencia al de culpa, con lo que la autoridad judicial resuelve y hace constar en sentencia ejecutoriada la responsabilidad y culpa del imputado, sobre la cual recae un reproche revestido de sanción, abriendo el camino para que la privativa legal de la libertad transmute de medida cautelar a sanción privativa de libertad.

De esta manera, la autoridad judicial omite su responsabilidad para administrar establecimientos dedicados a la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, ya que por atribución debe corresponderle la vigilancia y custodia material de los imputados sujetos a proceso penal. Esto se observa en el hecho de que la autoridad ministerial internó y dejó con el consenso y autorización de la autoridad penitenciaria a disposición de la autoridad judicial a un imputado en un establecimiento administrado por la primera, adjudicándole de manera errónea la total responsabilidad de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva.

Al respecto existe un somero pronunciamiento que se encuentra en una norma secundaria, el artículo 197, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

Se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la policía judicial, en cumplimiento de la orden respectiva, lo ponga a disposición de aquél en la prisión preventiva o en un centro de salud. El encargado del reclusorio o del centro de salud asentará en el documento relativo a la orden de aprehensión ejecutada, que le presente la policía judicial, el día y hora del recibo del detenido.

Como es fácil observar, la regulación no pronuncia determinación alguna sobre la autoridad que es la responsable de administrar el “reclusorio o del centro de salud”, si nos remitimos a lo que establece el 18 constitucional en sus párrafos segundo y noveno<sup>56</sup> se hace alusión a un sistema penitencia-

---

<sup>56</sup> Artículo 18 constitucional, párrafos segundo y noveno: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación

rio, que tampoco se especifica cómo se estructura y organiza, diferenciando los lugares destinados a la prisión preventiva de los que extinguen penas. Así y por el contenido del numeral, se interpreta al sistema penitenciario y por ello al Poder Ejecutivo, como el encargado de la *compurgación o extinción de penas de los sentenciados, entendido esto en la modalidad de sanción privativa de libertad, ya que agrega* "...se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir...", y *de ninguna manera habla de medida cautelar de aplicación en la prisión preventiva.*

En este sentido, la determinación de la autoridad responsable de administrar las instituciones dedicadas a la privación legal de la libertad debe fundarse estrictamente en la seguridad jurídica de las personas en conflicto con el sistema de justicia penal, de tal manera que conforme al propósito de su aplicación y momento procesal, la medida cautelar en detención y acción penal, tal y como actualmente sucede, corresponda a la autoridad que procura justicia; *la prisión preventiva a quien la imparte* y la sanción privativa de libertad a quien le corresponde cumplir la ley. Esto conlleva considerar una verdadera integración del sistema de justicia penal y a sus subsistemas que se integran formal e informalmente como un todo abstracto de leyes y fáctico de acciones, materializadas en instituciones públicas que se rigen a través de leyes orgánicas y reglamentos interiores.

## VI. CONCLUSIONES

Se puede afirmar que en su totalidad esta experiencia se convirtió en una especie de gran conclusión, debido a la diversidad de conocimientos, contrastes y reflexiones que produjo en torno al ejercicio inductivo-deductivo de la criminología. Sin embargo, resaltan las siguientes:

- a) La privación de libertad (sobre todo la cautelar) nunca tendrá justificación, ni legítima, ni suficiente, utilitaria o retributiva para su aplicación en la naturaleza humana, destacándose su estricta subsidiariedad y última razón.

---

para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto" y "Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales...".

- b) Garantizar por anticipado el respeto a los derechos humanos antes de utilizar la privación de libertad.
- c) El Estado y su estructura de control social determinan el tipo y organización del sistema de justicia, que en materia penal, la procuración, impartición y ejecución ha privilegiado la estrategia normativa de endurecimiento y judicialización de sanciones a través de la privación legal de la libertad.
- d) La soberanía se ejerce por los poderes de la Unión, en el entendido de que éstos responden al equilibrio necesario para fomentar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos: en materia penal, la privativa de libertad debe responder a este escenario, cada autoridad responsable de procurar, impartir y aplicar la justicia debe poseer instrumentos, mecanismos y establecimientos propios para la privativa de libertad.
- e) La privación legal de la libertad *evoluciona* a la par de la administración de la justicia y, por ello, las diversas autoridades que integran el sistema de justicia penal deberían tener también la *responsabilidad legal de la custodia física* de las personas en conflicto de acuerdo con la *evolución de su situación jurídica, cosa que no sucede y recae casi de manera exclusiva en el Poder Ejecutivo representado por el mal denominado sistema penitenciario*.
- f) La seguridad jurídica de los imputados en congruencia con el principio de inocencia exige que la privación legal de la libertad en su *modalidad de prisión cautelar o preventiva* tenga como fin procurar e impartir justicia y como medios las garantías constitucionales y el respeto a los derechos humanos, aplicándose en establecimientos administrados por el Poder Judicial. Mientras que la sanción privativa de libertad se aplique en centros administrados por la autoridad que ejecuta la ley, teniendo como fin la reinserción social y como medios el deporte, la salud, la capacitación, el trabajo, la educación y el respeto a los derechos humanos.
- g) La contundente necesidad de desarrollar mayor investigación interdisciplinaria en la materia como fundamento a una política criminológica coherente y científica sobre la procuración, impartición y ejecución de justicia en el ámbito penal.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- CUEVA, Mario de la, *La idea de Estado*, México, UNAM, 1986.  
*Diccionario de Sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de Criminología. Introducción y teoría de la criminalidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1998.
- JIMÉNEZ MONTIEL, Gilberto, *Poder, Estado y discurso*, México, UNAM, 1983.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y sociedad*, México, UNAM, 1983.
- LENIN, V. I., *Obras Escogidas*, Moscú, Progreso, t. II, 1978.
- LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas*, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, México, Anthropos-UI. e ITESO, 1995.
- MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, t. II.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, México, McGraw-Hill, 1998.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993.
- PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, “Legislación penal y derechos humanos. Una aproximación”, *Derecho penal y estado democrático*, México, INACIPE, 1999.
- PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, *Algunas reflexiones sobre la unificación del sistema penitenciario nacional. Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t II.
- REYES CALDERÓN, José Adolfo, *Criminología*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998.
- RICO, J. M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1987.

## PROTECCIÓN DE PERSONAS Y RECOMPENSAS: FÓRMULAS PARA LA PREVENCIÓN Y COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Germán GARCÍA MONTEALEGRE

SUMARIO: I. *Como homenaje*. II. *Una realidad legislativa*. III. *Fórmulas para la prevención y el combate a la delincuencia organizada*. IV. *Mecanismos legales y operativos*. V. *Mecanismos legales internacionales*. VI. *Protección constitucional a testigos*. VII. *Objeto de la protección a testigos*. VIII. *Mecanismo operativo de protección a testigos*. IX. *Reflexiones finales*. X. *Bibliografía*.

### I. COMO HOMENAJE

Es para mí un alto honor escribir algunas líneas en homenaje a una persona a quien caracterizan un sinnúmero de virtudes o, mejor dicho, que desde una perspectiva personal se perciben de esa forma. Ese sentimiento de respeto hacia el doctor Serafín Ortiz Ortiz es así porque, a lo largo de muchos años, las grandes travesías o andares a su lado han dejado una huella importante en la formación profesional y personal de quien escribe estas líneas; asimismo, su ejemplo y enseñanzas han sido decisivas en más de un millar de aprendices del derecho penal, de la seguridad pública, de la argumentación jurídica, de los juicios orales, entre otros temas de relevancia nacional y que son sus líneas de investigación. Tomando como referencia lo anterior, en las siguientes líneas se desarrollará unos de los temas inspirados en los profundos estudios de este gran jurista: las recompensas en materia penal.

En primer lugar, el tema que se desarrollará ha sido abordado por muchos estudiosos del derecho y de algunas otras disciplinas y ciencias; en segundo lugar, nuestro homenajeado, en su andar por el Poder Legislativo, tuvo la iniciativa de promover las recompensas en materia penal, por lo que estas líneas, considero, pueden abonar a su estudio y enriquecer desde una perspectiva dogmático-práctica su análisis.



## II. UNA REALIDAD LEGISLATIVA

A saber, en la publicación del 23 de enero de 2018 del *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*, en su edición extraordinaria, podemos localizar el programa legislativo para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio Legal de la LXII Legislatura del Congreso, donde se instruyó a las comisiones ordinarias competentes, para conocer de los asuntos que les correspondieran, para lo cual se presentaron cinco iniciativas. La quinta propuesta fue la que tuvo que ver con el proyecto de decreto por el que se creará la Ley de Recompensas del Estado de Tlaxcala para la Prevención de la Delincuencia.

La iniciativa propuesta por el entonces diputado Serafin Ortiz Ortiz, hoy homenajeado en estas líneas, sirven de inspiración para hacer la propuesta de algunas fórmulas o herramientas para la prevención o combate a la delincuencia organizada.

## III. FÓRMULAS PARA LA PREVENCIÓN Y EL COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Hoy por hoy, la prevención y el combate a la delincuencia organizada se han volcado en un sinnúmero de fórmulas para llevar a cabo su cometido, sin lograrlo de manera eficaz hasta el momento. Sin embargo, por vía de lo que en el mundo del derecho penal se conoce como el derecho penal premial, se afirma que la recompensa sirve para motivar la denuncia y es una herramienta eficaz como fórmula para la prevención y, en su caso, el combate de los flagelos de la delincuencia organizada. No obstante, desde este momento voy a afirmar que esta propuesta es una fórmula o herramienta que se debe complementar con otra para que se logre el cometido de prevenir o, en su caso, combatir a la delincuencia.

Lo anteriormente señalado de impulsar la denuncia no puede ser una propuesta únicamente en un sentido de motivación mediante la premiación para obtener de manera más fácil la delación, pues ante la evidente falta de denuncia, podemos concretar que dentro de las posibles causas se encuentra el temor fundado de una represalia directa. Lo anterior puede ser así debido a que a pesar de que toda persona está obligada a denunciar un delito, no lo hace por miedo; lo que nos permite pensar que debemos apagar ese temor o miedo de alguna forma. Es decir, el Estado debe tener alguna manera de atenuar ese temor para que el ciudadano, a pesar de estar obligado a denunciar, se vea motivado y se sienta seguro de hacerlo.

Lo señalado con anterioridad puede ser resuelto mediante otra fórmula que desde este momento planteamos, la protección de personas. Y ahora sí, en conjunto y como se dijo en párrafos anteriores, la propuesta se complementa, por un lado, la herramienta de la recompensa para motivar a las personas a denunciar, cuestión que no siempre se materializa debido al miedo de enfrentarse a la delincuencia organizada, y el complemento que es la protección de esas personas que sí han denunciado.

Sin embargo, nos vamos a encontrar con que la protección de personas puede ser en dos sentidos también; un primer sentido lo constituye un grupo que es quizás el grueso de la población, conformado por los que estamos obligados a denunciar y que no lo hacemos por temor. En tanto, el segundo grupo se constituye de personas que forman parte de las filas de la delincuencia y que desean obtener un beneficio procesal, ya sea porque estén detenidas o porque quieran salir de la delincuencia, y el requisito es que estas personas declaren en contra de los miembros de la propia delincuencia a la que pertenecen, de ahí que también pueden ser sujetos de protección. Si lo anterior también garantiza la denuncia y éxito de la investigación por apoyo de los propios miembros de la delincuencia organizada mediante su protección, entonces afirmamos que será una fórmula eficaz.

Es entonces que podemos observar cómo la motivación mediante la denuncia y la protección de personas pueden ser conjuntamente una fórmula que permita la prevención del delito, pero en caso de que éste no se logre prevenir de esa manera, entonces tenemos la oportunidad de persecución del delito ante las instancias penales correspondientes con cierto grado de eficacia, lo que a continuación vamos a desarrollar y analizar.

#### IV. MECANISMOS LEGALES Y OPERATIVOS

Para la prevención y el combate a la delincuencia organizada, existen por lo menos dos mecanismos perfectamente identificados para México. El primero lo denominaremos legal, consiste en cada uno de los ordenamientos desde internacionales hasta nacionales; en tanto, el segundo lo denominaremos operativo, y se encuentra a cargo de alguna institución de investigación y persecución de delitos.

De esta forma, el 28 de octubre de 1996 fue creado para México un mecanismo legal, a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

publicada el 7 de noviembre de 1996; en específico, su regulación la encontraremos en su título segundo capítulo primero “Para la Delincuencia Organizada”, en el capítulo sexto, relativo a la protección de personas, y en el capítulo séptimo, en torno a los colaboradores en la persecución de ese tipo de delincuencia. Por cuanto hace al mecanismo operativo, el 27 de abril de 2012 fue creado el Centro Federal de Protección a Personas, que deriva de un mecanismo legal denominado Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, publicada el 8 de junio de 2012, y que es concebido como un órgano desconcentrado y especializado de la Procuraduría General de la República con autonomía técnica y operativa.

En el mecanismo legal, es decir, en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en específico en su título segundo, denominado “De la Investigación de la Delincuencia Organizada”, capítulo primero de las Reglas Generales para la Investigación de la Delincuencia Organizada, abarca de los artículos 8o. al 11. En ese orden de ideas, en esos numerales se contempla que la Procuraduría General de la República debería contar con una Unidad Especializada en la Investigación y Persecución de Delitos Cometidos por Miembros de la Delincuencia Organizada. Asimismo, nos establece una coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y por último, la autorización para la infiltración de agentes y la forma de cómo operar, a saber:

...Artículo 8o.- La Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos.

La unidad especializada contará con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privadas verificará la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar; así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos.

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establecerá los perfiles y requisitos que deberán satisfacer los servidores públicos que conformen a la unidad especializada, para asegurar un alto nivel profesional de acuerdo con las atribuciones que les confiere esta Ley.

Siempre que en esta Ley se mencione al Ministerio Público de la Federación, se entenderá que se refiere a aquéllos que pertenecen a la unidad especializada que este artículo establece.

En caso necesario, el titular de esta unidad podrá solicitar la colaboración de otras dependencias de la Administración Pública Federal o entidades federativas.

Artículo 9o.- Cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los requerimientos del Ministerio Público de la Federación, o de la autoridad judicial federal, de información o documentos relativos al sistema bancario y financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda. Los de naturaleza fiscal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La información que se obtenga conforme al párrafo anterior podrá ser utilizada exclusivamente en la investigación o en el proceso penal correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda.

Artículo 10.- A solicitud del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizar auditorías a personas físicas o morales, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada.

Artículo 11.- En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.

Artículo 11 Bis.- El Titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.

En tales casos, se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave.

En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el Ministerio Público y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el Ministerio Público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad...<sup>2</sup>

Por cuanto hace al capítulo sexto de la protección de personas, abarca únicamente un artículo, en específico el 34. En dicho numeral indica que la Procuraduría General de la República prestaría apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas que así lo requieran por su intervención en un procedimiento penal. Y para el caso que hoy nos ocupa, podemos decir que este artículo es el mecanismo base o el origen de la protección de testigos en México, como a continuación se transcribe para mejor ilustración: “Artículo 34.- La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera...”<sup>3</sup>

En ese mismo sentido, el capítulo séptimo de la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada abarca del artículo 35 al 39. Es decir, aquellos miembros de la delincuencia organizada que presten ayuda eficaz en la investigación y persecución de otros miembros pueden resultar beneficiados por su colaboración. Dichos beneficios no sólo son legales, sino también procesales y hasta económicos. Otro caso de colaboración que se señala es la de aquellas recompensas a personas que auxilien con cualquier información que resulte cierta y eficaz para la liberación de víctimas de secuestro y aprehensión de los presuntos responsables. A este tipo de colaboradores les denominaremos testigos colaboradores y cuando un tercero aporte información motivado por alguna recompensa solo testigos, como a continuación se transcribe para una mejor precisión.

---

<sup>2</sup> Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

<sup>3</sup> *Idem*.

...Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Artículo 36.- En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

Artículo 37. Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine.

En el caso de secuestro, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes, sin haber participado en el delito, auxilien con cualquier información que

resulte cierta y eficaz para la liberación de las víctimas o la aprehensión de los presuntos responsables. La autoridad garantizará la confidencialidad del informante.

Artículo 38.- En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.

Artículo 39.- Toda persona en cuyo poder se hallen objetos o documentos que puedan servir de pruebas tiene la obligación de exhibirlos, cuando para ello sea requerido por el Ministerio Público de la Federación durante la averiguación previa, o por el juzgador durante el proceso, con las salvedades que establezcan las leyes...<sup>4</sup>

Ahora bien, cuando hablamos de mecanismos legales para la prevención y el combate a la delincuencia organizada en México, encontramos a la Ley Federal para el Combate a la Delincuencia Organizada y a la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal,<sup>5</sup> que son las que contemplan a los testigos, testigos protegidos, testigos colaboradores y recompensas. Y por cuanto hace a los mecanismos operativos, encontraremos que la Procuraduría General de la República es la encargada de cumplir operativamente con lo que dispone la Ley Federal para la Protección de Personas, a través del establecimiento de medidas y procedimientos que garanticen la protección y atención de personas intervinientes en el procedimiento penal, cuando se encuentren en situación de riesgo o peligro por su participación o como resultado del mismo. Es decir, mediante la creación del Centro Federal de Protección de Personas como un órgano desconcentrado y especializado con autonomía técnica y operativa en la aplicación de las medidas de protección. Por último, dicho centro estará a cargo de un director que será nombrado y removido libremente por el presidente de la República a propuesta del procurador o fiscal general de la República en caso de su aprobación a esta denominación.

---

<sup>4</sup> Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

<sup>5</sup> Ley Federal para la Protección de Personas que Intervienen en un Procedimiento Penal, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

## V. MECANISMOS LEGALES INTERNACIONALES

A nivel internacional tenemos un mecanismo legal derivado de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,<sup>6</sup> de la que México es parte y firmó el 13 de diciembre de 2002 y de la cual dicho documento entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. En esa Convención, en sus artículos 1o., 2o., 5o. y 24, encontramos fundamento, primero, para la prevención y combate de la delincuencia organizada y, segundo, para la protección de testigos.

De lo anterior se desprende que el artículo 1o. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional tiene como finalidad promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Esto significa que en materia internacional tenemos un avance significativo, ya que se reconoce como un problema global y que es necesario su atención a esos niveles. Lo más importante de este instrumento es destacar que los Estados que formen parte tendrán identidad jurídica, lo que facilita en gran medida la prevención y el combate con criterios homologados en sentido jurídico.

En ese orden de ideas, la misma Convención define a la delincuencia organizada, con la finalidad de que los países que lo firmen, como el caso de México, tengan un criterio homologador para su instauración en el derecho nacional. De esta manera, señala que es

como un grupo delictivo organizado, el cual se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Asimismo, por delito grave se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Y por último, un grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la Droga, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, disponible en: <http://www.uncjin.org>.

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la Droga, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, disponible en: <http://www.uncjin.org>.



Es necesario señalar no sólo la definición para la tipificación de este tipo de delincuencia, sino también que, en el artículo 5o. de la misma Convención, se establece la penalización respectiva, con la finalidad de que los Estados que formen parte tengan identidad de tipos y de penas y con ello no se tengan diferencias sustanciales, a saber:

...Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumen-

to de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella...<sup>8</sup>

Para el caso que nos ocupa en el presente estudio, en el artículo 24 de la Convención multicitada se establecen los lineamientos y las bases para la protección de los testigos no sólo a nivel legal, sino también procesal, así como la forma de operar de los sistemas de protección de testigos que instrumente cada Estado parte, a saber:

...Artículo 24. Protección de los testigos

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presen testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos...

## VI. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A TESTIGOS

Para el caso mexicano, en la reforma a los artículos que denominaremos, desde este momento, de seguridad jurídica, y que también tienen que ver con la transformación del sistema penal y procesal penal, a saber: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, reformados el 18 de junio de 2008, de la Constitución Política

---

<sup>8</sup> Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la Droga, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, disponible en: <http://www.uncjin.org>.

de los Estados Unidos Mexicanos. En dichos numerales vamos a localizar un mecanismo legal de protección de testigos, con el que, como a continuación esbozaremos, tenemos un avance significativo en la instauración de un mecanismo de protección no sólo legal, sino con miras a uno operativo de testigos, testigos colaboradores, sistema de protección y de recompensas.

El artículo 16, en sus párrafos octavo y noveno, dice que

...la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días...<sup>9</sup>

Es decir, en primer lugar, nos permite tener un sistema procesal garantista y de excepción a la vez; es garantista porque, como podemos apreciar de la simple lectura, a petición del Ministerio Público, solicita a la autoridad judicial el arraigo de una persona, esto quiere decir que para sustentar dicha petición tendrá que tener los elementos de delincuencia organizada para que la autoridad pueda autorizarla, por tanto, es legal y además garantista. Pero, por otro lado, cuando esta petición se concede, la medida cautelar solicitada, a nuestro criterio, es de un derecho penal de excepción —como en la dogmática penal alemana se refiere a los casos excepcionalmente graves y su tratamiento mediante el derecho penal del enemigo—, esto en atención a que no se trata de cualquier delito, sino de delincuencia organizada, con elementos suficientes, y que el arraigo es de cuarenta días que se pueden prorrogar en casos extraordinarios como se desprende de la lectura.

En ese mismo sentido, el párrafo noveno nos define constitucionalmente a la delincuencia organizada y se entiende como "...una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia..."<sup>10</sup> Partimos entonces de que el tema de la delincuencia organizada, constitucionalmente, es de excepción, pero además garantizador de los derechos humanos de aquellos

---

<sup>9</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, , disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

<sup>10</sup> *Idem*.

que estarán sometidos a procedimiento penal conforme a la simple lectura. Además, nos remite a una ley reglamentaria, que es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, donde, ahora sí, en su numeral 2o. nos define con detalle lo que para México constituye la delincuencia organizada.

Una vez planteado que constitucionalmente se encuentra regulado este multicitado fenómeno de delincuencia, toca el análisis a un mecanismo o herramienta operativa como la protección de testigos. Éste se localiza también en la Constitución, en el artículo 20, apartado C, fracción V, párrafo segundo. A la letra nos dice:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez... C. De los derechos de la víctima o del ofendido:... V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.<sup>11</sup>

De la simple lectura, nos percatamos que existe una garantía constitucional al resguardo de la identidad en casos de delincuencia organizada.

En ese mismo sentido, en el segundo párrafo del mismo numeral, nos dice que: “El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, *testigos* y en general todas las sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación”.<sup>12</sup> Es ahí donde queda claro que, en nuestro país, existe una autoridad encargada de garantizar la protección de los testigos y queda en manos a nivel federal de la Procuraduría General de la República. Así, debemos reconocer que el mecanismo operativo para la protección a testigos es el encargado de investigar y perseguir los delitos del orden federal y estará vigilado por la autoridad jurisdiccional, que, suponemos, será la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación quien deberá vigilar su cumplimiento o a quien ésta designe.

## VII. OBJETO DE LA PROTECCIÓN A TESTIGOS

Si nos preguntamos por qué se debe proteger a testigos, las respuestas pueden variar dependiendo de la etapa procesal penal de la que se trate o la situación

---

<sup>11</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

<sup>12</sup> *Idem*.

que se enfrente. Por ejemplo, en caso de un proceso en el que se ofrece como medio de prueba la testimonial, éste ha dejado mucho de qué hablar, pues se dice que, usualmente, la declaración del testigo es 99% falsa, nunca le constó, no vio, no estuvo presente, etcétera, y lo único que le consta y es verdad es su nombre y apellidos. Entonces, estaríamos ante la hipótesis de proteger a alguien que en el 99% de las veces es falso, tratándose del testigo como medio probatorio.

Ahora bien, para el caso de la delincuencia organizada, la pregunta sería si un testigo gana veracidad, a lo cual podemos responder que quizás no. Pero por la gravedad del asunto del que se trata, difícilmente las personas van a prestar su testimonio de cargo para un proceso penal que tiene la característica de delincuencia organizada. Lo que sí podemos afirmar es que, a menos de que se le intimide o se le motive, éste, como en la tradicional prueba de testigos, por lo menos nos aportará información veraz y eficaz para la investigación de los delitos de delincuencia organizada

Entonces, regresamos a la interrogante del porqué una persona normalmente no prestaría su testimonio estando obligada por la misma ley. Esto, toda vez que se dice que estamos obligados a participar a la autoridad información para la investigación de los delitos. Así, la amenaza legal es insuficiente para intimidar al sujeto a atestiguar, por lo tanto, se tiene que utilizar la motivación, lo que se conoce como los fines de la pena de prevención general positiva mediante la motivación.

Si nos preguntamos entonces qué significa la motivación en materia penal, encontraremos que se refiere a los mecanismos de prevención general positiva, como fines de la pena, y que su función es motivar a las personas a no cometer delitos. En ese mismo sentido, se tiene que motivar a los sujetos a prestar su testimonio, mediante la promesa de que se les va a proteger. Entonces, la respuesta de la pregunta inicial, acerca de por qué se debe proteger a los testigos, nos queda más clara bajo la siguiente afirmación: porque existe un riesgo fundado por la naturaleza del delito y la ley establece mecanismos jurídicos y operativos para que puedan aportar información útil, veraz y eficaz para la investigación y persecución de los delitos.

Ahora bien, qué sucede si los sujetos saben, han visto algo o han participado en algún delito de los considerados de delincuencia organizada. Pues es muy difícil que éstos aporten información de lo que saben, hayan visto o les conste, por el riesgo que esto representa, es decir, por las represalias, por el miedo inminente e insuperable. La solución que los mecanismos legales han encontrado es mediante la creación de leyes protectoras y de los mismos mecanismos operativos que les permitan atemperar ese miedo, logrando su motivación y espontaneidad para declarar.

Pero la misma pregunta se vuelve a hacer: ¿qué sucede si aquel que sabe, ha visto, ha presenciado, es parte de y no quiere aportar información a pesar de que existen mecanismos legales para su protección? La respuesta es mediante la motivación a través de la promesa de recompensas económicas y también de su protección mediante un programa de protección a testigos. Así, el objeto de la protección a testigos es para garantizar un testimonio fiel, veraz y eficaz para el combate a la delincuencia organizada mediante mecanismos legales nacionales e internacionales y operativos que tienen alcances penales, procesales, económicos que permiten mitigar el temor fundado a represalias por parte de quienes han cometido algún delito de los considerados de delincuencia organizada.

## VIII. MECANISMO OPERATIVO DE PROTECCIÓN A TESTIGOS

El mecanismo operativo que se encarga de todo lo que las leyes o mecanismos legales disponen en torno al tema en cuestión, lo encontramos en la Procuraduría General de la República a través del Centro Federal de Protección a Personas. Dicho centro se encuentra regulado en la Ley Federal de Protección a Personas que Intervienen en un Procedimiento Penal, creada el 27 de abril de 2012 y publicada el 8 de junio siguiente.

Dicha ley tiene 50 artículos, cuatro transitorios y hace una distinción entre los testigos considerados víctimas, los testigos y los testigos colaboradores, estos últimos son los miembros de bandas de la delincuencia organizada que ayudan a la autoridad en la investigación del delito. Asimismo, debemos apuntar que dicha ley se encuentra alineada a los tratados internacionales como la Convención de Palermo y la Convención de Combate a la Corrupción que describimos al inicio del presente.

Esta ley es la única que se pudo localizar en México como un doble mecanismo tanto legal como operativo y fue creada en 2012. Asimismo, cuenta con dieciséis capítulos dentro de los cuales podemos destacar lo siguiente: en el capítulo I habla acerca de las disposiciones generales y abarca del artículo 1o. al 4o. El capítulo II establece los principios básicos y abarca el artículo 5o. El capítulo III establece el Centro Federal de Protección a Personas y abarca del artículo 6o. al 7o., el anterior tiene dos secciones, la primera es la referente al personal del centro, abarcada por los artículos 8o. y 9o., y la segunda se refiere a la unidad y abarca los artículos 10, 11 y 12. En el capítulo IV se refiere al programa y abarca del

artículo 13 al 14. En el capítulo V se refiere a las personas protegidas y abarca el artículo 15. En el capítulo VI establece las clases y medidas de protección y abarca de los artículos 16 al 19. En el capítulo VII se refiere a la incorporación al programa y abarca de los artículos 20 al 22. En el capítulo VIII se refiere al estudio técnico y abarca de los artículos 23 al 26. El capítulo IX se refiere al convenio de entendimiento y abarca el artículo 27. El capítulo X se refiere a las obligaciones de las personas incorporadas al programa y abarca los artículos 28 y 29. En el capítulo XI se refiere a las obligaciones del programa con la persona y abarca de los artículos 30 al 32. El capítulo XII se refiere a la terminación de las medidas de protección y desincorporación del programa y abarca de los artículos 33 al 40. En el capítulo XIII se refiere a la cooperación internacional para la protección a personas y abarca de los artículos 41 al 46. El capítulo XIV se refiere a la transparencia del programa y abarca de los artículos 47 y 48. El capítulo XV se refiere a los delitos y abarca el artículo 49. El capítulo XVI se refiere a los fondos del programa y abarca el artículo 50. En ese mismo orden, cuenta con cuatro transitorios.

## IX. REFLEXIONES FINALES

Para finalizar, es necesario decir que la prevención de cualquier delito es una tarea de todos los ciudadanos, y además estamos obligados a denunciarlos, no tolerarlos de ninguna manera como lo expresara en sus teorías Hegel, que debemos negar el delito. Sin embargo, si esta tarea es difícil, en cualquier delito lo es más tratándose de delincuencia organizada, pues existe un temor mucho más fuerte que disuade la denuncia y con ello su combate, por lo que hoy por hoy propusimos algunas herramientas que pudieran ser más eficaces engarzadas o articuladas o en conjunto.

La situación social hoy día es *sui generis* y debemos realizar estudios criminológicos más profundos para la prevención de la delincuencia organizada que es un fenómeno mundial, pues se ha observado que ha generado algunos otros fenómenos como cohesión social en contra del gobierno, la identidad del miembro de la delincuencia organizada con los jóvenes y se han convertido en un ejemplo, un mal ejemplo que debemos reorientar hacia los confines de lo legal y lo bueno, lo moral, quizá.

Por último, espero que estas líneas en homenaje al doctor Serafín Ortiz Ortiz ayuden a dar un poco de orientación en su estudio y análisis para la prevención y el combate efectivo.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ BENITEZ, Lilia Mónica, *Protección de testigos en el derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2009.
- QUINTERO, María Eloisa, *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*, México, Inacipe, 2010.



## NUEVAS TENDENCIAS PENOLÓGICAS: HACIA LA *PENOLOGÍA DEL CONTROL*

Borja MAPELLI CAFFARENA\*

La actividad del jurista consiste en determinar qué interés está en juego, no los problemas de semántica

Serafín ORTIZ ORTIZ<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La penología del control.* III. *¿Qué queda de la vieja penología?* IV. *Nuevas estrategias punitivas.* V. *La aparición del neodualismo en la penología del control.* VI. *Valoración crítica de este nuevo modelo.*

### I. INTRODUCCIÓN

Que la doctrina penal se encuentre inmersa en los últimos años en un debate sobre si existe un derecho penal del enemigo es un síntoma más de un fenómeno de mayor alcance al que se le ha prestado escasa atención. El sistema penal avanza a marchas forzadas hacia su quebrantamiento interno a resultas del cual van a aparecer determinados subsistemas que cuentan con sus propios fundamentos, objetivos, principios y garantías e, incluso, presupuesto normativo. Pocos serían capaces de encontrar similitud entre un proceso penal —en sus elementos sustanciales y formales— seguido contra un reincidente delincuente urbano, con el que se sigue frente a un político corrupto o contra los integrantes de una organización criminal. Los subsistemas presentan zonas coincidentes o indiferenciables y esto ocurre, en esta ocasión, no obstante, hay argumentos que nos permiten afirmar que se están dando

---

\* Catedrática de Derecho penal. Universidad de Sevilla, España.

<sup>1</sup> Ortiz Ortiz, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, 2014, p. 79.

en las últimas décadas unas fisuras dentro de lo que conocemos como sistema penal tan acentuadas que amenazan su coherencia interna.

Uno de los argumentos para ilustrar esta evolución lo encontramos, a nuestro juicio, en la evolución penológica, entendiendo por tal —en un sentido lato— las consecuencias jurídicas de las infracciones penales. Desde esta perspectiva alcanzamos a ver una evolución que genera tres grandes grupos de sanciones. En el primero de ellos, que sería el que se identifica con el derecho penal en el sentido clásico, encontramos un conjunto de sanciones presididas por la idea del castigo. En este subsistema la prisión mantiene su carácter hegemónico y el objetivo de las sanciones sigue siendo esencialmente inocuizador y punitivo. En el segundo de ellos, encontramos un grupo de sanciones presididas por la idea principal de la restauración. Se trata de sanciones reservadas para las infracciones socioeconómicas y para la delincuencia de cuello blanco. Por último, encontramos un interés creciente por emplear la fuerza legitimante del sistema penal para desplegar un poderoso programa de control social masivo. Es al estudio detallado de este subsistema al que vamos a dedicar estas páginas de modesto y reconocido tributo universitario al profesor Serafín Ortiz Ortiz.

## II. LA PENOLOGÍA DEL CONTROL

En la segunda mitad del pasado siglo los criminólogos Feely y Simon<sup>2</sup> describieron un nuevo cambio en el paradigma penológico abandonando el interés por el individuo, propio de la penología resocializadora, y centrando las estrategias penológicas en torno al criterio de los grupos peligrosos, al que denominaron nueva penología. Aunque de una forma contradictoria las últimas décadas han terminado dando la razón a esta tesis que denunciaba el uso de criterios actuariales para modular la responsabilidad penal.<sup>3</sup>

Desde esta nueva perspectiva se propone una comprensión distinta tanto del castigo como de la delincuencia. La nueva penología aspira a conver-

---

<sup>2</sup> Feeley, Malcolm M. y Simon, Jonathan, “The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications”, *Criminology*, noviembre de 1992, pp. 449-614.

<sup>3</sup> Algunas publicaciones posteriores han corroborado esta tendencia. Véase Auherhahn, K., “Selective Incapacitation and the Problem of Prediction”, *Criminology*, vol. 37, 4 de noviembre de 1999, pp. 703-734; Brown, L., “New Labour – New Penology? Punitive Rhetoric and the Limits of Managerialism in Criminal Justice Policy”, *Journal of Law and Society*, vol. 25, 3 de septiembre de 1998, pp. 313-335; Bayens, Manske y Ortiz Smykkan, “The Impact of the «New Penology» on ISP”, *Criminal Justice Review*, vol. 23, núm. 1, 1998; Lamas Leite, A., “Nueva penología”, *Punitive turn y derecho penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna*. InDret ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

tirse en un instrumento de control que requiere un espacio superior, más amplio que el que ofrece el sistema penal, presidido por la idea de lesión de bienes jurídicos, aunque sin abandonar el interés de su fuerza legitimante.

En efecto los sucesivos cambios permiten descubrir una serie de elementos en las reformas de las consecuencias jurídicas del delito, lo suficientemente evidentes y coherentes entre sí como para que podamos augurar la iniciación de una nueva época en la penología que, por nuestra parte, entendemos puede caracterizarse como la *penología del control*, cuya seña de identidad es el desarrollo de un conjunto de estrategias con el objetivo inmediato de controlar amplios sectores de la población. Estamos preparando un sistema penal cuyo objetivo primordial no va a ser el castigo, presidido por el modelo disciplinario o preventivo, sino el control, el control de un número de personas muy superior al que podemos imaginar. La novedad más destacada de esta evolución es que las funciones de control generalmente asumidas por otras ramas del ordenamiento jurídico ahora se criminalizan, en la medida que el sistema penal asume funciones de gestión de riesgos en una sociedad en los que los valores de seguridad están sobredimensionados.

Para alcanzar adecuadamente estos nuevos objetivos la prisión no sirve, debido a su carácter esencialmente represivo, corporal, violento e incapaz de expandirse en la proporción que demanda las nuevas necesidades de control. En este sentido, puede afirmarse que nos encontramos inmersos en una penología que no va a emplear como elemento hegemónico la prisión, la cual, en cierta forma, ha tocado techo. En contraste con este techo penitenciario las demandas de control siguen incrementándose y requieren nuevos instrumentos más allá de la reclusión. A nuestro juicio, en España las recientes reformas legislativas han introducido dos institutos jurídicos que responden fielmente a este nuevo *ethos* punitivo: la libertad vigilada con control telemático y el nuevo espacio de control pospenitenciario (artículo 106.2 CP).

El costo en términos no sólo económicos, sino también sociales, de la prisión resulta insoportable y un obstáculo para estos objetivos. El sistema no puede mantener un modelo prisional agotado en su evolución, incapaz de ofrecer nuevas alternativas, abandonado a su propia suerte, que se reproduce y se convierte en una factoría de violencia y en un depósito de seres humanos.<sup>4</sup> Además, la prisión es cara y muy visualizable, por ello, su presencia desmedida la convierte en una permanente denuncia del fracaso de las políticas criminales y también sociales. Por encima de determinados

---

<sup>4</sup> Estados Unidos nos ofrece ya un buen ejemplo de esta evolución, frente al poco más de dos millones aproximados de personas privadas de libertad, existen en estos momentos más de tres millones y medio de personas bajo control telemático.

tiempos alcanzados ya en la mayoría de los países con límites temporales de cincuenta, sesenta o setenta años que rayan en lo imposible —en España el tope máximo se encuentra en los cuarenta años la prisión— se convierte en una pena cruel, cuyos daños irreversibles —la muerte civil— no son socialmente aceptados ni siquiera para los peores de los delincuentes. Incluso para ellos el tiempo penitenciario termina borrando la memoria social del delito.

Estos cambios a los que nos referimos pueden observarse en tres circunstancias recientes, que vamos a analizar con más detalles a continuación:

- Cambio de discurso político criminal.
- Nuevas estrategias jurídicas penales. El surgimiento de este nuevo y antiguo discurso ha dado lugar a que los criterios de elección y determinación de las sanciones no sean los de las posibilidades re-socializadoras del individuo, sino los cálculos objetivos de posibilidades de riesgo.
- Nuevas penas. Se han desarrollado nuevas técnicas que apuntan a conjuntos de delincuentes, seleccionados mediante criterios objetivos (extranjeros, terroristas, drogodependientes) a los cuales se les aplican nuevos medios de controles técnicos.

Una de las características de la nueva penología es el cambio de discurso, que tiene una doble dirección, por una parte, tiende a desactivar el interés por los objetivos preventivos especiales positivos y, por otro, a sobrevalorar las necesidades de control como única vía para garantizar la seguridad.<sup>5</sup> En un mundo caracterizado por una intensa demanda de seguridad al Estado, la política criminal no puede seguir diseñándose a partir de análisis sociológicos que interpretan el fenómeno criminal como resultado de una sociedad injusta y desigual. Por el contrario, debe partir de la idea de que las personas son responsables de sus actos y quienes cometen delitos son plenamente merecedores del castigo. El ciudadano merece orden y tranquilidad y no se le puede exigir que soporte índices de criminalidad en su entorno que

---

<sup>5</sup> Hace unos años el entonces ministro del interior ilustraba en una frase el objetivo de este nuevo discurso “yo sé todo sobre todos” (*El Mundo*, 31 de octubre de 2010). Aun destaca más la importancia de esta declaración como ejemplo de los objetivos primordiales de este modelo político criminal, si se considera que dicha expresión (“Mi ventaja es que yo sé todo sobre todos”) la dirigió “a un magistrado del Tribunal Supremo cuando el representante judicial le indicó que no estaba de acuerdo con la forma en la que estaba llevando un delicado asunto jurídico desde su cargo de ministro del Interior”, Antonio Rubio en *El Mundo*, 31 de octubre de 2010).

le impiden ejercer sus derechos. El argumento es hoy descaradamente reconocido por las instancias oficiales. Basta comparar estas dos Exposiciones de Motivos de reformas penales con tan solo quince años de diferencia. Si la del Código Ppenal de 1995 comenzaba diciendo que “en primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas de modo que permita alcanzar en lo posible los objetivos de resocialización que la constitución le asigna”, la correspondiente a la Reforma del CP 5/2010 señala que

...se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad.

Los objetivos resocializadores aparecen orillados y perdiendo la fuerza de convicción con la que se han planteado históricamente. Mientras que nuestra legislación penitenciaria declaraba con cierta candidez en el año 1979 que las funciones regimentales debían ser consideradas como medios para lograr la resocialización de los penados (artículo 71 LOGP), es decir, el legislador concibe toda la prisión al servicio de un único objetivo que es el de alcanzar la resocialización de los privados de libertad, en la última versión de las Normas Penitenciarias Europeas (2006) ni siquiera se menciona la resocialización o la reeducación, sino que dentro de un conjunto de principios se señala que se procurará facilitar la reinserción del privado de libertad.

Ya no forma parte de la preocupación del sistema el diseño de estrategias dirigidas a determinar las circunstancias personales del penado con el fin de programar un tratamiento adecuado para mejorar sus expectativas de recuperación social. En su lugar, el propio sistema y el legislador nos han ido introduciendo en un lenguaje en el que, aunque no desaparece la referencia al individuo y a su evolución como criterio para determinar la respuesta punitiva, se refuerzan las referencias a los grupos y subgrupos resultantes de emplear criterios de utilidad social. Los extranjeros, quienes actúan dentro de grupos organizados, los drogodependientes, las maras juveniles, los agresores sexuales o quienes ejercen violencia de género forman categorías y subpoblaciones a los que se dirigen condiciones punitivas predeterminadas resultantes de una valoración estadística del riesgo de los mismos.

Los objetivos ahora no son resocializar a los condenados individualizados, sino establecer estrategias eficaces de control sobre grupos de la población. La normalización del individuo mediante programas de integración que tratan de cerrar las distancias entre el sistema normativo y el sujeto infractor o desviado se construye sobre un sistema punitivo y disciplinario, esto ha dejado de ser de interés nuclear en favor de objetivos más fácilmente cuantificables mediante su control y regularización.

La identificación de los grupos de riesgo no es una labor del sistema penal, sino de instancias ajenas al mismo, basada en análisis actuariales y datos estadísticos que se ofrecen por los indicadores de actuación de sectores sociales. Esta racionalización tecnocrática no sólo aleja al sistema punitivo de aspiraciones difíciles de entender, costosas y difíciles de verificar, como el debate suscitado en la década de los setenta entre los programas máximos y mínimos de resocialización, sino que, al concretar y reducir los objetivos del sistema a unos indicadores objetivos y estadísticamente evaluables, las estrategias penológicas pueden confrontarse con criterios de racionalidad y eficacia. Los términos de una valoración crítica con respecto a los modelos penológicos resocializadores son necesariamente distintos. El fracaso resocializador de los tratamientos resocializadores para los delincuentes y el alto índice de reincidencia entre ellos ha servido en periodos precedentes para criticar los excesos punitivos de los sistemas penales tradicionales. Los parámetros de éxitos reducidos a evaluar el riesgo de determinados grupos ayudan a cerrar el sistema en torno al riesgo cuantificable. Ausentes o debilitadas las aspiraciones sustanciales de utilidad social propias de una comprensión preventiva especial positiva de la pena, la reducción insoportable del riesgo se traduce en una reforma racional con criterios de eficacia.

En estas circunstancias criterios que han constituido elementos nucleares para desplegar el efecto punitivo y que giran en torno a la idea de la evolución conductual del individuo, como es el caso de la reincidencia, han sido sustituidos por la pertenencia a uno de los grupos identificados que ofrecen problemas de gobernabilidad. En la actualidad resulta de mayor relevancia para fijar la pena, que debe imponerse a la persona, su condición de miembro de uno de estos grupos identificados con ser reincidente; porque los reincidentes verán incrementadas sus penas dentro de la aplicación global de las circunstancias agravantes y atenuantes, pero nada más, mientras que para quienes pertenecen a algunos de los grupos identificados como de riesgo se diseña un sistema penal de excepción que incide en todas las fases del mismo. La decisión de considerar a un imputado miembro o no de una organización criminal o dedicado al narcotráfico o perteneciente al terrorismo no reduce sus efectos a la aplicación de unos determinados tipos

penales, sino que tendrá repercusiones en el ámbito procesal e, incluso, en la responsabilidad civil, el decomiso y las consecuencias pospenitenciarias. Se les asegura unas condiciones de ejecución que se despliega desde las tempranas fases de imposición del castigo hasta la ejecución del mismo e, incluso, con posterioridad a su conclusión. La pena para estos puede alcanzar sus máximas cotas de duración (artículo 76 CP), también para ellos se blinda un periodo de seguridad que hace imposible el acceso a los benéficos penitenciarios o se les niega o se les hace más gravoso (artículo 78 CP), las condiciones de obtener la libertad condicional y las causas de revocación de la misma resultan también diferentes y más graves; asimismo, son más graves las penas accesorias y las consecuencias pospenitenciarias. Para la aplicación de estas condiciones más severas no se tienen en cuenta otros criterios que el grado de adscripción del sujeto al grupo de riesgo, se emplean, en definitiva, tablas de variables despersonalizadas.

La evolución de nuestra legislación penal del menor ilustra, a nuestro juicio, esta racionalización.

### III. ¿QUÉ QUEDA DE LA VIEJA PENOLOGÍA?

Las nuevas propuestas no tienen como objetivo hacer desaparecer los alcances logrados bajo los postulados de la penología resocializadora, al contrario, aspiran a completar aquella con el desarrollo de técnicas punitivas que permitan satisfacer las nuevas políticas de seguridad y control.

De la realidad penológica precedente nos queda una red de instituciones penitenciarias que han llevado el modelo de opacidad y custodia a niveles inimaginables. Los centros penitenciarios actuales responden a las mismas características de las viejas penitenciarias. Se trata de establecimientos ubicados en medios rurales, de amplias dimensiones, con un diseño arquitectónico fragmentado que asegura un control permanente de los desplazamientos en el interior con un bajo costo de personal de vigilancia, que ha sido sustituido por una tecnología muy depurada y precisa. Mientras que la resocialización se asumía como objetivo de la pena, los establecimientos penitenciarios se desarrollaron, entre otros, conforme al principio de la diversidad, procurando que el penado recibiera un tratamiento personalizado conforme a sus necesidades personales, familiares o laborales. Hoy los centros penitenciarios han abandonado esos modelos, conscientes de que están reñidos con cualquier aspiración resocializadora en la medida que acentúan el cisma sociedad-prisión a favor de centros fuertemente estandarizados y puramente custodiales en los que en absoluto son tenidos en cuenta los per-

files personales del interno, salvo para segregarlos por razones de seguridad. Ni las mujeres, ni los jóvenes en prisión reciben un tratamiento penitenciario individualizado que justifique el afán por su separación del resto y es que, en realidad, la misma responde sólo a razones de ubicación en el espacio. Evitar la conciencia colectiva o la comunicación incontrolada es un objetivo prioritario en el nuevo diseño de las prisiones, lo que Foucault llamó, acertadamente, la *microfísica del poder*.<sup>6</sup> Pero disponer de recursos humanos para asegurar esta nueva disciplina resulta en extremo arriesgado, de manera que se han empleado todo tipo de medios tecnológicos de control, que hace aun más despersonalizada la prisión.

La pena privativa de libertad no es algo ajeno a estos objetivos, sino un grado más en la escala o un modelo distinto de estrategia global del control. En el futuro quedará reservada para la delincuencia más grave y su evolución será hacia modelos más custodiales. Las estadísticas reflejan que en los últimos años el tiempo de permanencia en las prisiones de los países desarrollados va en aumento, aunque la población penitenciaria se mantiene estable o, incluso, se reduce. Una vez más Estados Unidos es una referencia de futuro en los modelos de política criminal y los datos son elocuentes, en estos momentos la población en prisión condenada a cadena perpetua supera los ciento cincuenta mil reclusos. La información estadística refleja una evolución estable de la población penitenciaria en términos cuantitativos, pero no en términos cualitativos.

En este contexto, los llamados beneficios penitenciarios adquieren un nuevo significado, con ellos se trata de reajustar el sistema punitivo a los cambios detectados en relación con los penados y redistribuirlos en nuevos niveles de control. También los nuevos modos de régimen penitenciario —FIES, CIS o módulos de respeto— son, igualmente, distintos mecanismos de redistribución de los penados en función de las necesidades de control. En los documentos oficiales de instituciones penitenciarias referidos a los módulos de respeto, por ejemplo, podemos ver como el objetivo del mismo es desarrollar sistemas de control a la medida del riesgo de los condenados que habitan en dichos módulos (“La ventaja más importante de su aplicación es que hace posible reproducir esquemas sociales normalizados de control en el microcosmos que se crea en un módulo de respeto. El objetivo de los Módulos de Respeto es conseguir un clima de convivencia homologable en cuanto a normas, valores, hábitos y formas de interacción al de cualquier colectivo social normalizado”).

---

<sup>6</sup> Foucault, M., *Vigilar y castigar*, pp. 139 y ss.



Sería de esperar que la alta ocupación de los centros, la consiguiente carencia de algunos servicios esenciales, tales como celdas individuales, ocupaciones laborales, cobertura sanitaria, seguridad y el, cada vez más difícil, acceso a los beneficios penitenciarios merecieran una respuesta reivindicativa por parte de los interesados similar a la que se produjo en los años setenta; sin embargo, el nivel de conflictividad nunca había alcanzado unas cotas tan bajas. La explicación de esta “docilidad penitenciaria” está en el nuevo enfoque de los incentivos resocializadores, los llamados beneficios penitenciarios, que se encuentran ahora al servicio de una única finalidad disciplinaria, todos ellos empeñados en lograr el buen recluso y no el buen ciudadano. En concreto, los beneficios penitenciarios no se otorgan en función de las perspectivas resocializadoras del individuo, por las que se ha perdido interés, sino en razón de unos parámetros que deben de concurrir en cada grupo de interno conforme a su riesgo. Sirve como ejemplo la propuesta de la Reforma del Código penal de 7/2003, la cual introduce una lectura absolutamente novedosa en relación con los criterios con los que debe interpretarse la “*evolución favorable al tratamiento*” como requisito para acceder a los beneficios penitenciarios y a la propia clasificación del interno dentro el centro. Dicho requisito se cumple a la luz del nuevo texto legal cuando se ha colaborado con la investigación policial, si se trata de terrorismo o delitos cometidos en la sede de las organizaciones criminales.

#### IV. NUEVAS ESTRATEGIAS PUNITIVAS

I. Para estas nuevas estrategias de control de amplios sectores de la población la prisión se muestra como una pena deficiente. Ciertamente, que es después de la pena de muerte el mejor ejemplo de pena inocuidadora y, por ello, no va a desaparecer, pero sí va a ceder cuantitativamente su puesto hegemónico a favor de otras sanciones más eficaces. Estas nuevas sanciones tienen un diseño ceñido a su finalidad. No se trata tanto de castigar reduciendo el ejercicio de ciertos derechos a los condenados como de sancionar con el único objetivo de neutralizar el riesgo. En este sentido, guarda una cierta relación con las penas de inhabilitación especial, aunque su referencia no es la instrumentalización del ejercicio de un derecho en la comisión de un delito para fundamentar su contenido, sino la de un riesgo. Se trata, por tanto, de sanciones de control muy económicas, cuya intensidad está en función de la evaluación del riesgo. Son cárceles sin muros, son las cárceles del siglo XXI, cárceles diseñadas con un sentido finalístico y apoyadas en una tecnología muy evolucionada. Con estos criterios nuestros códigos incorporan o refor-

mulan penas tales como la libertad condicionada, control electrónico, arresto domiciliario, centros de custodia abierta, alejamiento, confinamiento, intervención de comunicaciones, etcétera. Todas ellas sanciones orientadas a la neutralización positivamente evaluables por la opinión pública en la medida de que la ejecución de muchas de ellas es compatible con una normalización de la vida del condenado.

Analizadas estas propuestas de la penología del control puede resultar seductora y atractiva si nos planteáramos el desplazamiento de parte de la actual población penitenciaria hacia estas nuevas penas. Pero ya no se trata de alternativas a la pena de prisión, sino de una ampliación de los sistemas de control para nuevos sectores y grupos de la sociedad.

El origen de los sistemas telemáticos de control en aquellos países en los que están ya implementados ha sido el mismo. Se trataba de extender las posibilidades de conceder beneficios penitenciarios y excarcelaciones a condenados que aún no ofrecían una plena confianza para disfrutar de la libertad ambulatoria. Sin embargo, pronto se iban a modificar sustancialmente los usos de estos instrumentos en un doble sentido, pasando de alternativas a la prisión a nuevas penas orientadas, no a la excarcelación, sino a la expansión del control por medio de la sanción. El hecho de que el condenado tan solo estuviera bajo un control espacial favoreció un uso expansivo de los controles telemáticos de manera que comenzaron a utilizarse para personas que no habían ingresado en prisión por la escasa gravedad del delito cometido. España también le ha dado ese uso con la Reforma del Código Penal de 5/2010, al permitir que en todas las penas y medidas de seguridad de baja intensidad y todos los supuestos en los que el condenado disfruta de un beneficio se puedan establecer controles mediante el empleo de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo (artículo 37. 4 CP).

Pero lo verdaderamente preocupante es la evolución tecnológica que estos aparatos han sufrido en los últimos años y el alcance que su aplicación puede tener para el sistema penal y, por lo tanto, los servicios que puede llegar a prestar a una administración de justicia alineada con el orden público. La tercera generación, las llamadas de sistema activo, no sólo ubican al reo y transmiten información sobre ciertas constantes vitales del mismo que permiten conocer su estado de excitación o si han consumido o están consumiendo algún tipo de psicotrópico, sino que son capaces de hacer funciones de alarma o de transmitir al portador descargas eléctricas de distinta intensidad o, incluso, mediante un dispositivo inyectarle una sustancia que le narcotiza cuando, por ejemplo, se descubre que está infringiendo alguna

de las obligaciones que se le han impuesto como condición para obtener el beneficio. En todas estas funciones los sistemas de control telemático sintonizan con la *penología del control* y hay un riesgo de un uso masivo del mismo.

La fascinación del progreso y las ventajas de economización de recursos y evitación de la cárcel, invocadas frecuentemente para legitimar el uso de estos medios técnicos, exigen una reflexión crítica sobre el uso que se les pueda dar. Los controles telemáticos empleados como instrumentos de ubicación de personas o con otras funciones complementarias no asociados a una pena más grave constituyen un atentado a la privacidad y a la inviolabilidad. Corremos el riesgo de convertir el hogar, el lugar de trabajo o de diversión en lugares de encarcelamiento, veinticuatro horas al día y 365 días al año. Esta nueva forma de vigilancia trasciende las distancias, los espacios íntimos y las barreras físicas. Ni la luz ni la obscuridad son obstáculos para ella. Y los tradicionales límites de un Estado Leviatán se muestran incapaces de frenar las posibilidades de control de las regiones más internas, intelectuales, emocionales y físicas del individuo. Nace con ellas un nuevo concepto de encarcelamiento de proporciones gigantescas e indefinidas.

La *penología del control* encuentra en la tecnología a su servicio una información sobre la persona que trasciende el tiempo (temporalmente congelada), que puede ser transferida a otras instancias para contextos interpretativos diversos y ajenos al origen que legitimó su captación. Los riesgos proceden también del escaso costo que conlleva la obtención de estas ingentes bases de datos. El saber que unas pocas personas pueden obtener información de la esfera íntima de otras resulta demasiado atractivo como para evitar que ello suceda en el escenario de estos nuevos movimientos penológicos.

Esta diversidad de respuestas, capaz de moldearse a las exigencias de neutralización del riesgo en cada caso, se ve aumentada mediante estrategias de neutralización selectiva con las cuales se puede combinar en el tiempo y en intensidad la aplicación de algunas de ellas. El condenado se somete a una suerte de modelo de pena continuada e indeterminada. Para esto ha sido necesario superar otro de los dogmas del sistema penal clásico de pena determinada, asociado al principio de seguridad jurídica. La penología del control requiere de mayor versatilidad. En este nuevo escenario la pena no puede determinarse por el delito cometido ni por la responsabilidad del sujeto en relación con el mismo, sino conforme a los perfiles de riesgo y, por consiguiente, a las necesidades de control. En determinadas circunstancias el legislador debe prever la combinación de unas y otras en un tiempo pu-

nitivo lo más indefinido posible. Con razón, señala Ackerman,<sup>7</sup> que esta nueva perspectiva privilegia el utilitarismo sobre el razonamiento moral, los métodos cuantitativos sobre el análisis cualitativo y concibe la noción de justicia penal como una serie de operaciones y sistemas sobre la justicia individual y las teorías del actor racional.

## V. LA APARICIÓN DEL NEODUALISMO EN LA PENOLOGÍA DEL CONTROL

La Reforma 5/2010 ha abierto un nuevo ámbito de aplicación de las medidas, desconocido hasta ahora en nuestro sistema penal, y cuya trascendencia quizás sea todavía precipitado valorar (“Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, dice la Exposición de Motivos (IV) de la Reforma 5/2010, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”). La ciencia penal y la opinión pública, como consecuencia de distintos acontecimientos en la vida nacional, venían apreciando un déficit de protección en la sociedad en aquellos casos en los que un sujeto imputable y peligroso cumplía su condena y salía en libertad. Casos como los terroristas no arrepentidos o los agresores sexuales incorregibles han sido los que, finalmente, hicieron que se disponga la aplicación de la libertad vigilada como medida de seguridad a ejecutar inmediatamente después de la salida de la prisión (artículo 106.2 CP).

Desde luego que semejante disposición sólo es imaginable en un escenario político criminal de endurecimiento y expansión como el que se vive en los últimos años, en el que se pretende que el sistema penal asuma por encima de otros sistemas de control social el objetivo de una sociedad sin riesgos. La posibilidad de prorrogar los límites del control estatal a través del derecho penal mas allá de la extinción de la pena supone un salto cualitativo sobre la incidencia de los antecedentes penales, con un grave riesgo de provocar la *ruptura del dique* hacia horizontes inimaginables de control, ya que la única justificación que se da para ello es que, incluso después de cumplir la condena, ciertos sujetos han sido categorizados como peligrosos. Con este argumento los comedidos límites en los que se ha movido la Reforma 5/2010 carecen de fundamento ya que si para un terrorista o un agresor sexual es posible prorrogar la vida de la pena, porque aún son peligrosos,

---

<sup>7</sup> Ackerman, A. R., “The New Penology Revisited: The Criminalization of Immigration as a Pacification Strategy”, en Sacks, Meghan y Furman, Rich, *Justice Policy Journal*, vol. 11, núm. 1, p. 3284.

porque no hacerlo también para un asesino o un secuestrador, si también lo son, o, finalmente, porque no olvidarnos del delito cometido y permitir con carácter general la continuación del control del Estado siempre que se verifique la peligrosidad criminal, sin más. La debilidad del contraargumento de la proporcionalidad es evidente.

No nos iba a causar, entonces, sorpresa que la Reforma 1/2015 abriera las posibilidades de aplicación de la libertad vigilada a otros supuestos delictivos mucho más frecuentes, como son los homicidios (artículo 140 CP), las lesiones (artículo 156 ter CP) o la violencia doméstica (artículo 173.2 CP). Y aún nos encontramos en una situación transitoria, hasta que, como decimos, por un ejercicio de coherencia sistémica se extienda a todos los “peligrosos” que salen de prisión.

Además, la circunstancia de que el legislador haya preferido llamarlas medidas de seguridad, cuando en realidad nos encontramos ante auténticas penas, evidencia que, a pesar de lo mucho que se ha avanzado en el sistema de garantías de las medidas, siguen siendo éstas un campo de cultivo óptimo para introducir sistemas de control estatal de dudosa constitucionalidad. La medida que se impone a un imputable que ha cumplido su condena o es predelictual y estamos permitiendo la intervención penal con medidas de seguridad de este tipo, o se sigue considerando posdelictual y entonces el estigma de haber cometido un delito acompañará a la persona hasta su muerte, lo que es a todas luces contrario a los postulados de legalidad, igualdad y dignidad sobre los que se asienta el Estado de derecho.

Por último, las mencionadas reformas han introducido en nuestro Código un cambio sustancial en las relaciones entre penas y medidas. En el año 1995, el Código establece el sistema vicarial como solución genérica para los casos en que concurren ambos institutos.<sup>8</sup> Conforme a los argumentos del legislador —a los que ya hemos hecho mención— el objetivo de la reforma es asegurar que aquellas personas que cumplen pena de prisión por determinados estén sometidas a un control *de baja intensidad* para neutralizar su peligrosidad. Dicho control se despliega, por lo general, muchos años después de la comisión del delito. La propuesta recupera la relación dualista entre pena y medida, entendiéndolas como dos realidades impermeables unidas secuencialmente y precedidas por la ejecución de la pena.

En la sentencia el órgano judicial condena a la pena de libertad vigilada sin concretar su contenido, pero sí, el tiempo de duración, que estará com-

---

<sup>8</sup> Sobre las cualidades del sistema vicarial, véase, por todos, Barreiros, Jorge A., “Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de derecho”, en varios autores, *Moderas tendencias en la ciencia penal y la criminología*, UNED, 2001, pp. 143 y ss.

prendido entre un mínimo y un máximo, nunca superior a los diez años, en función de la gravedad del delito. La medida es de imposición obligatoria (“el juez o tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de seguridad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad”. Artículo 106.2 CP), lo que, sumado a la estrecha relación entre su gravedad y el delito cometido, nos permite mantener la opinión de que se trata de una pena y no de una medida de seguridad.

En el procedimiento pospenitenciario de imposición de la libertad vigilada, a resultados del cual debe quedar concretadas todas las circunstancias de contenido y tiempo de la medida, el órgano sentenciador dará audiencia, además de al condenado, al MF y a las partes personadas en el proceso penal, a todas las víctimas del delito, personadas o no en la causa, siempre que, antes o durante la ejecución, le hayan mostrado expresamente su interés en ser oídas.

Tratándose de una medida de seguridad cuyo contenido se va a concretar a partir de las circunstancias personales del condenado no parece conveniente que puedan producirse concursos de medidas impuestas en distintas causas penales, que, además, puedan resultar incompatibles entre sí para un cumplimiento simultáneo. Todavía nos parece menos asumible que, cuando esto ocurre, se establezca un cumplimiento sucesivo que podría dar lugar a sobrepasar el tiempo máximo previsto para la libertad vigilada (art. 106.2 CP). *Lege ferenda* debería existir una unidad en la decisión del último órgano judicial que condenó y que sea éste el que dictará los contenidos de la libertad vigilada, respetando siempre los topes temporales máximos.

## VI. VALORACIÓN CRÍTICA DE ESTE NUEVO MODELO

La libertad vigilada como instrumento sutil de control al margen del sentido punitivo de la sanción y los nuevos espacios pospenitenciarios cuyo diseño tiene como objetivo prolongar en el tiempo el control estatal más allá del sistema penal son ejemplos en nuestro país de esta penología de nuevo cuño. Una penología que requiere marcos más amplios, su racionalidad implícita convierte la gobernabilidad en un problema penal. El castigo a quien comete un delito es una cuestión exclusiva del sistema penal, el control se comparte por todas las instancias estatales. Los sistemas tecnológicos de control y observación se distribuyen como una red nodal por los espacios urbanos y continúan con los sistemas de *soft penalties*, que corren paralelos a otros cambios complementarios como es el de la administrativización del sistema penal.

No estamos aún en condiciones de valorar en profundidad los cambios que se avecinan de la mano de esta nueva *penología del control*. Es arriesgado denunciar globalmente la misma, pues, como ha resultado en otras ocasiones, posteriores reformas han terminado compatibilizando las nuevas propuestas punitivas con las exigencias del Estado de derecho. No obstante, hay dos aspectos concretos de dimensiones mundiales que nos resultan especialmente preocupantes. El primero de ellos es la aceptación acrítica de los medios de control telemáticos y la evolución de estos. El segundo hace referencia a las posibilidades que ya se contemplan en los sistemas penales de muchos países y que permiten extender el control punitivo mediante instrumentos de baja intensidad durante un periodo más o menos determinado frente a ciertos grupos de delincuentes en atención a los perfiles de riesgo que comportan.

## UNA APROXIMACIÓN AL *CRIMINAL COMPLIANCE* DESDE LOS PRINCIPIOS PROCESALES: CUESTIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS INICIALES

Carlos NATARÉN NANDAYAPA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Delimitación conceptual sobre los “principios del proceso”*. III. *Criminal compliance y principios del proceso*.

### I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del *compliance* y el proceso penal surge cuando se detecta la posibilidad de que haya existido una irregularidad (o “la posibilidad de un hecho que la ley señala como delito” para decirlo en la terminología de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; CPEUM en lo sucesivo) y, una vez que exista la certeza de su existencia, se plantea la vía procesal para sancionarla.

Frente a estos dos momentos, la primera referencia debe ser la regulación legal, ya que cada sistema jurídico establecerá cuál es el peso que se le otorga a estos aspectos del *compliance*, que bien pueden ser considerados como “reactivos” (en oposición al amplio papel “preventivo” que generalmente se le otorga).

Desde la perspectiva del derecho comparado conviene voltear a los sistemas jurídicos que ya tienen un trecho avanzado sobre el particular, una primera aproximación al tema nos enseña que la regulación, por regla general, se ha centrado en las formas de colaboración de la empresa con la investigación del Estado y, en específico, de la colaboración con los órganos de investigación y acusación. Como se señalará más adelante, se ha otorgado un conjunto importante de beneficios en el proceso penal a las personas jurídicas —como la aplicación del principio de oportunidad o la suspensión

---

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chiapas.



condicional del procedimiento— como una especie de zanahoria o premio que al mismo tiempo permita obtener mayor efectividad del sistema de justicia en este ámbito.

Ahora bien, esta decisión del legislador, de dar ventajas a la cooperación de la persona jurídica con los órganos del sistema de justicia penal, es la decisión más importante desde el punto de vista político-criminal para el ámbito procesal ya que, en los hechos, si no se regula cuidadosamente, puede causar un cambio a la naturaleza misma del proceso penal: su privatización.

En efecto, la misma diferencia natural entre las personas “naturales” y las personas jurídicas hace necesario que estas últimas, para que puedan desarrollar la colaboración, deben realizar una investigación interna. A diferencia de los individuos, que pueden cooperar contando lo que saben o aportando la documentación que tienen, una persona jurídica no estará en las mejores condiciones de colaborar sino hasta el momento en que se haya desarrollado —y concluido— una investigación por parte de los integrantes de la misma empresa —ya sea las áreas de recursos humanos o por los encargados de los programas de cumplimiento—.

Aunque teóricamente una persona moral podría poner en conocimiento del Estado la denuncia de un *whistleblower*, en la práctica sus propios intereses la llevarán a realizar una revisión detallada de los hechos y las circunstancias que integran la denuncia. Desde esta perspectiva, admitir la cooperación como una vía de obtener beneficios procesales para las personas jurídicas es no sólo permitir, sino incentivar las investigaciones internas, lo que se traduce como abrir la puerta a la privatización del proceso penal o, por lo menos, a la más importante de las etapas que lo integran: la privatización de la investigación.

Este trabajo parte de la premisa consistente en que la decisión política-criminal de impulsar que el *compliance* no se limite a la prevención, sino que también incluya incentivos procesales para la colaboración de las personas jurídicas en la detección y sanción de irregularidades y debe también establecer garantías que mantengan los equilibrios básicos del proceso penal e impidan eludir el control judicial de la etapa de investigación.

Definir cuáles deben ser estas garantías mínimas puede ser una labor desafortunada e ingrata, si no se cuenta con claridad en torno a las razones que justifican la configuración —*i.e.* que sea de la forma “A” y no de la forma “B”— del proceso penal, así como los criterios o ideas esenciales que guían su funcionamiento y lo justifican. Estas razones o ideas esenciales no son otras que los principios procesales y su revisión, así sea de forma somera, nos permitirá iniciar la discusión sobre cuáles elementos de la investi-

gación penal no son indispensables y también, en el caso contrario, cuáles deben de ser los límites a la investigación privada de una persona moral para poder ser usados en un proceso dentro del Estado constitucional de derecho.

El documento se divide en dos partes, en la primera se hace un breve recuento del concepto de “principios procesales”, en el segundo se realiza una primera aproximación al efecto que deben tener estos criterios en el diseño de la relación entre el *compliance* y el sistema de justicia penal.

## II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL SOBRE LOS “PRINCIPIOS DEL PROCESO”

Son principios del proceso, o principios procesales, los criterios, ideas y reglas que constituyen los puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos y definiendo que en su esencia sean como son.<sup>1</sup> Se trata de los criterios que definen las principales opciones configuradoras de los procesos: *i. e.* la posición y el papel del tribunal y de las partes —con sus correspondientes funciones, facultades, derechos, deberes y cargas—, así como de las bases sobre las que se estructura, se desarrolla y se concluye con los procesos.

Los principios del proceso responden a dos importantes aspiraciones: en primer término, la de superar la autotutela o “justicia privada”, para lo que ha de darse satisfacción a unos pocos criterios que concretan aspiraciones de justicia universalmente sentidas. En segundo lugar, la de ajustar al máximo el instrumento procesal a la finalidad de tutelar eficazmente los distintos ámbitos del derecho objetivo y los muy diversos derechos subjetivos.

Sólo así entendidos, como criterios esenciales y originarios que determinan el proceso, puede tener sentido que se les llame principios. En consecuencia, el término debería usarse con una precisión mayor a la del uso cotidiano, ya que al usarse con ligereza se cae en el riesgo de vaciarlo de sentido. Como se ha dicho: “donde todo es principio, luego nada lo es”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Oliva, Andrés de la *et al.*, *Introducción al derecho procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 3. Los principios del proceso, párrafo 2.

<sup>2</sup> Así lo ha señalado De la Oliva cuando afirma: “No es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resultaría preferible utilizar los conceptos y términos de «reglas» o «máximas». Como he dicho en otros lugares y ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina «derecho»: cuando todo son «derechos», nada es derecho. No se trata sólo de procurar que los términos y conceptos se ajusten máximamente a la realidad y se aprovechen

Así pues, el denominar principio a un criterio o regla ordinaria del proceso —que no tenga la cualidad de esencial— no abunda en la claridad conceptual del proceso penal. De hecho, la doctrina frente al constante crecimiento<sup>3</sup> del listado de “principios” ha optado por establecer categorías. De esta manera, encontramos que se ha hecho distinción entre principios políticos y principios técnicos del proceso. De acuerdo con esta posición, los principios políticos son aquellos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son regla para la organización práctica del proceso, en ellos repercuten los primeros.<sup>4</sup>

De forma similar, se distingue entre principios jurídicos-naturales o necesarios del proceso y los principios jurídico-técnicos. Los primeros son los principios esenciales que deben ser tomados en cuenta por la legislación y la realidad procesal si se desea que el proceso resulte elementalmente justo y generalmente considerado como tal. Dentro de esta categoría se señala al principio de audiencia —con su estrecha relación con el derecho de defensa e indefensión— y al principio de igualdad de partes. Los principios jurídico-técnicos en cambio son criterios que responden al perfil de la materia (penal, civil, mercantil, familiar) por lo que se deben adecuar a relaciones y las situaciones jurídicas, muy diferenciados entre sí y, en consecuencia, son contingentes o accidentales al proceso.<sup>5</sup> Entre estos últimos se puede muy señaladamente encontrar al principio de oficialidad e investigación de oficio.

---

las conquistas de la ciencia y de la técnica —también, por tanto, de la ciencia y de la técnica jurídicas—, sino de no provocar equiparaciones que degradan los genuinos principios y derechos. Principio es lo que constituye un origen, lo que tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales. Si denominamos «principio» a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado «principio» de economía procesal”. Oliva, Andrés de la *et al.*, *Introducción al derecho procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 3. Los principios del proceso, par. 3.

<sup>3</sup> La lista de “principios” en el proceso penal mexicano siempre es creciente. Pareciera que cada lectura nos puede llevar a encontrarnos con uno nuevo, por un lado, debido a trabajos de la doctrina que no llevan en su concepción mayor reflexión, como, por otro lado, a la jurisprudencia que no siempre es cuidadosa de los conceptos teóricos que utiliza. Sería interminable la lista de pseudo-principios que se pueden encontrar en una rápida búsqueda en el sistema informático IUS de jurisprudencia mexicana.

<sup>4</sup> García Ramírez, Sergio, “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 333-374.

<sup>5</sup> Oliva, Andrés de la *et al.*, *Introducción al derecho procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 3. Los principios del proceso, par. 4 y 20.

El modelo procesal penal mexicano se encuentra definido por la reforma constitucional a la CPEUM en 2008. En esta reforma se puso especialmente énfasis en los principios procesales. Por un lado, estableciendo expresamente cinco de ellos en el primer párrafo del artículo 20 y luego, denominando al apartado A del mismo artículo constitucional como “de los principios del proceso”. Finalmente, la fracción X del mismo precepto señala que los principios generales del proceso penal deberán estar vigentes de en la etapa de investigación.

Desde esta perspectiva se realizará una primera reflexión sobre la cual debe ser la vigencia de estos principios en la relación entre *compliance* y el proceso penal.

### III. *CRIMINAL COMPLIANCE* Y PRINCIPIOS DEL PROCESO

Como se señaló en la introducción de este documento, otorgar ventajas procesales<sup>6</sup> a la colaboración supone buscar una “alianza estratégica”<sup>7</sup> dentro del proceso entre la persona jurídica y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública. Esta alianza en principio trae beneficios para ambas partes, fiscales y dirigentes empresariales.

A los fiscales les ahorra trabajo y costes, pues permite que la empresa aporte las pruebas fundamentales y prácticamente le entregue al culpable. Una investigación interna implica actividad privada que no estará sujeta a los controles del juez. La empresa, sin necesidad de autorización judicial, puede revisar los correos electrónicos de los empleados, los datos de tráfico, revisar su contabilidad, etcétera. Como se ha señalado, en otros sistemas jurídicos para realizar este tipo de actos de investigación reactivos, la persona jurídica sólo necesita haber redactado previamente una política de utilización de medios TIC que deje claro a los trabajadores que no tienen ninguna expectativa de privacidad cuando utilicen los medios de la empresa.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> El Código Nacional de Procedimientos Penales señala en su artículo 424 que, durante el proceso iniciado para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, se podrán aplicar las formas anticipadas de terminación y los procedimientos especiales previstos por el mismo Código.

Esto permite la aplicación de los principios de oportunidad, de la suspensión condicional del proceso, de la mediación penal y del procedimiento abreviado.

<sup>7</sup> Sobre las ventajas de esta alianza *cf.*: Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014*.

<sup>8</sup> En el caso mexicano la jurisprudencia no se ha referido al tema, pero existen criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que parecen restringir esta posibilidad.

Los interrogatorios o entrevistas a los empleados en el curso de una investigación interna tienen tras de sí un elemento de coacción tan poderoso como el delito de falso testimonio: la amenaza de despido. La investigación empresarial es de gran utilidad en los primeros momentos de la investigación, en los que los fiscales no disponen de ninguna duda razonable para obtener la autorización judicial. En esta fase, el poder de investigación empresarial es superior al estatal.

Como se ha señalado, por regla general, para las empresas el binomio investigación-cooperación tiene más ventajas que inconvenientes —la investigación, aunque sea llevada a cabo por agentes internos, siempre implica una disrupción de su funcionamiento normal—. <sup>9</sup> Aun cuando los costes de la investigación pueden ser considerables, ésta evita las distorsiones de todo tipo que puede ocasionar la investigación pública (registros, clausura de locales, precintado de equipos informáticos, etcétera) e incluso puede evitar la imposición de medidas cautelares, que en algunos ordenamientos pueden ser tan graves como la interdicción judicial, o de carácter interdictivo (prohibición de participar en concursos públicos). Finalmente, no puede soslayarse que quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la realidad tal como a él le conviene.

Por eso, es necesario establecer garantías que aseguren que el desarrollo de esta etapa procesal se realiza dentro de los criterios del proceso penal moderno y, por tanto, que los resultados pueden ser válidamente utilizados en un hipotético juicio.

En nuestra opinión, la primera pregunta que hay que responder es: ¿qué vale y qué no vale en las investigaciones internas? Si la investigación interna es la antesala del proceso penal, no puede dejar de ofrecer garantías similares a la investigación del Ministerio Público y deberá tener los mismos límites: en esencia el respeto a los derechos fundamentales.

El primero de los derechos que podemos considerar es el de ser asistido de forma adecuada por una defensa técnica. Este derecho surgirá durante la realización de una entrevista, desde el momento que se plantea la posibilidad de que el entrevistado sea responsable. Éste es uno de los aspectos que más han sido abordados en los criterios para desarrollar entrevistas. <sup>10</sup> Así, aquí encontramos un especial énfasis en señalar que debe explicarse al entrevistado que el abogado de la empresa no lo representa a él como empleado sino a la persona moral. <sup>11</sup>

<sup>9</sup> “Guide to Conducting Workplace Investigations”, Meric Craig Bloch, 2008.

<sup>10</sup> Burgard, Jens, “Code of Conduct for Compliance Investigations and all Fact Findings”, Siemens, 2012.

<sup>11</sup> “Guide to Conducting Workplace Investigations”, *cit.*

De igual forma, se ha señalado que existe el deber de salvaguardar el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse. La infracción de estos derechos plantea uno de los interrogantes más interesantes en torno a la regla de exclusión de la prueba ilícita, ya que se encuentra dirigida hacia la actuación de los órganos del Estado y en este caso se trataría de los actos entre particulares. Dicho en otras palabras, una confesión obtenida en una hipotética entrevista en la que no se estableciera el derecho a guardar silencio, ¿deberá ser excluida del juicio?

Sobre la regla de exclusión probatoria, debe recordarse que la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional introduce una regla que durante mucho tiempo se ha encontrado ausente en el proceso penal mixto tradicional: la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. En efecto, al establecer que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”, el poder reformador de la Constitución en México introdujo, quizá no plenamente consciente de sus alcances, de forma expresa y al máximo nivel del ordenamiento jurídico, una compleja regla de nulidad probatoria.

En los hechos, en México no existía tradición respecto de la regla de exclusión —ni en la legislación, ni en la jurisprudencia— así que frente a la poca o nula aplicación del concepto, hemos llegado a la circunstancia actual en la que se propone la inclusión de una regla general que determine la nulidad radical de todo acto violatorio de derechos fundamentales. Frente a esta situación nos parece que, en la regulación y aplicación de esta fracción IX que comentamos, debe prevalecer el sentido común y el buen juicio, y establecer con claridad límites a la aplicación de esta regla de exclusión.

Se ha señalado que en torno a esta regla de exclusión existe una zona gris en la que no se puede *prima facie* rechazar toda prueba que vulnere derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos que por razones de seguridad jurídica conviene discutir y definir. En este caso, convendría determinar la exclusión de la prueba aun cuando la vulneración provenga de otro particular, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Sin embargo, esta es una discusión que dista de estar definida, más al considerar las múltiples excepciones vigentes en el sistema norteamericano. De hecho, establecer los límites a la vigencia de la regla de exclusión probatoria constituye en una alternativa verdadera, una opción legislativa, en la que se trata de escoger entre atribuir valor probatorio a los resultados de ciertas conductas o añadir un elemento disuasorio más a estas.

En el caso de procesos penales o que entrañan predominantemente un fuerte interés público, la satisfacción de ese legítimo interés constituye una

justificación superior para admitir instrumentos de prueba. La justificación es indudablemente menor si en el proceso sólo se pretenden tutelar bienes jurídicos de sujetos jurídicos determinados.

Otro tema que merecería mayor discusión, por las múltiples implicaciones que tiene, es el relativo a la presunción de inocencia. Este derecho se reconoce como vigente para los entrevistados durante una investigación interna por una persona jurídica en múltiples catálogos de buenas prácticas.<sup>12</sup> En México, el análisis de este principio a la luz del *compliance* arrojaría una mejor comprensión de este principio.

En efecto, antes de la reforma constitucional de 2008, en el proceso penal mixto la vigencia del derecho a la presunción de inocencia era claramente limitada. De hecho, durante las primeras fases del proceso, es decir, durante la averiguación previa y la etapa intermedia, la presunción de inocencia prácticamente desaparecía. Entre los factores que facilitaban esta ausencia está el hecho que este derecho no siempre se ha considerado parte de la tradición jurídica mexicana, ya que no estaba expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no había desarrollado ningún criterio similar al *beyond a reasonable doubt*.

La reforma constitucional de 2008 introdujo este principio en la fracción V del apartado A del artículo 20 de la CPEUM. Sin embargo, en los desarrollos doctrinales y de la jurisprudencia se ha considerado que la presunción de inocencia, cuando se analiza como regla de trato al imputado, principalmente se refiere a las condiciones para establecer la prisión preventiva, hasta ahora no se ha abordado el tema de las implicaciones de este derecho en una investigación penal llevada a cabo por un particular.

Cambiando de tema, debiera señalarse que la colaboración entre la persona jurídica y los órganos de acusación del Estado sólo debiera ser aceptable en la medida que establezca a los integrantes de la directiva o a los altos cargos de la empresa como personas responsables del delito. Como se ha señalado, se trata de buscar un equilibrio de poderes aceptable<sup>13</sup> ya que la alta dirección de una empresa es la que tiene el poder interno dentro de la entidad, poder que le permite ocultar sus delitos o fabricar chivos expiatorios. La cooperación es una forma de contrarrestar el poder empresarial, permitiendo a los más débiles dentro de la empresa que cooperen para acabar con los desmanes de sus superiores.

Finalmente, el entorno procesal del *compliance* no sólo viene dado por la colaboración, sino también por el manejo del principio de oportunidad pro-

---

<sup>12</sup> Por todos, puede verse Siemens.

<sup>13</sup> Nieto Martín, *op. cit.*

cesal. Donde existe la posibilidad de terminación anticipada del proceso por la aplicación del principio de oportunidad, como en el derecho norteamericano, el tener un buen o mal programa de cumplimiento o el cooperar puede ser relevante ya en este momento. En México se ha optado por regular expresamente los supuestos de procedencia de un principio de oportunidad frente al Ministerio Público, lo que implicaría la necesidad de una reforma al CNPP para su aplicación.

Esta primera aproximación al tema nos lleva a considerar que la cuestión central de la relación entre *compliance* y proceso penal es que se trata de establecer el camino para que el sistema de justicia penal pueda aprovechar al máximo la autorregulación empresarial, en su tarea de prevenir la criminalidad al menor coste posible para los derechos.



## ACCIÓN PENAL EJERCIDA POR PARTICULARES

Elías POLANCO BRAGA\*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Denominaciones*. III. *Concepto*. IV. *Características de la acción penal por particulares*. V. *Legitimidad activa*. VI. *Naturaleza de la acción penal por particulares*. VII. *Delitos en los que procede la acción penal por particulares*. VIII. *Constitución y desarrollo de la acción penal ejercida por particulares*. IX. *Síntesis*. X. *Bibliografía*.

### I. ANTECEDENTES

En los inicios de la vida primitiva existieron conflictos penales; para solucionarlos, era la víctima quien se autojuzgaba como respuesta a la ofensa o al daño sufrido, ello consistía en lo siguiente:

La individualidad absoluta de la respuesta se entiende toda vez que el control social está en manos del sujeto particular, en tanto el resto del grupo no se implicaba en el conflicto tomando partido o sirviendo de instancia mediadora. Es el individuo quien, en su pugna existencial ha de tomarse la —justicia— por propia mano, ya que él mismo, como ofendido crea la ley y se erige en víctima, fiscal y juez (Herrera, 1996: 26).

En esa época no existió un tercero decisor, por lo que la justicia se desarrollaba al arbitrio de la víctima, al dejarse que el particular en su carácter de víctima lo iniciara, moderara y modelara, concluimos que el procedimiento penal fue de índole privado.

La acusación privada con lineamientos procesales, para que el particular la realizara, se estableció en Grecia y en Roma, donde “...El particular afectado por el delito, era el encargado de promover la acción; se le reconocía un derecho propio, y una vez iniciada se obligaba al promotor a

---

\* Profesor en la UNAM y en la División de Posgrado CIJUREP de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

continuarla...”. (González, 1983: 42). Ello le dio la característica de privado, al no participar tercero alguno para llevar el caso a los tribunales; con posterioridad se amplía a otras personas el derecho de acusación con cierta peculiaridad, al afirmarse que “...en la Antigua Roma, se señalaron limitaciones y sólo podía ser acusador, el ofendido, su familiar o sus representantes; ...” (Colín, 2001: 258). Al comenzarse a reglamentar el procedimiento penal acusatorio en Roma, se determina que la acusación sea para delitos específicos, en los que el particular podía ejercerlos, así, se establece que:

Fuera de esos pocos casos importantes, no se requería que aquél que quería ejercer la acusación demostrara haber sido personalmente lesionado por el delito; antes bien, la facultad de acusar se consideraba como una función a todo el mundo. Lo cual no quiere decir en modo alguno, que se reconociera un derecho general de acusación ... con lo que el círculo de personas que podían acusar quedaba notablemente aumentado, sobre todo por la circunstancia de que en los delitos cometidos contra la comunidad no era posible limitar el derecho de interponer la acusación, ... (Mommsen, 1976: 242-243).

Al surgir el imperio de la justicia oficial pública, aparece concomitantemente el monopolio de la acción penal y su represión; sin embargo, no se erradica totalmente la acción procesal penal de los particulares en ella, como se ilustra al decirse que:

Pero, con más arraigo incluso, las formas de solución compositiva privada, alternativa al proceso, no se muestran prontas a decaer. Por su indiscutible funcionalidad y ventaja para las partes —los infractores se libran del rigor sancionador oficial, en tanto las víctimas se ven resarcidas— estas prácticas subsisten, petrificadas, como recursos paralelos a los propios del nuevo orden jurídico, y su existencia se prolongará hasta bien avanzada la Edad Moderna (Mommsen, 1976: 53).

Los conflictos penales, al haberse dejado en manos del poder público para su solución, fueron calificados como monopolio de la acción penal, después de la Revolución francesa, éstos dejaron en definitiva fuera del procedimiento penal a la víctima para ejercer sus derechos, eliminando, además, al representante de él en el proceso, sobre el particular se aclara:

Conforme el proceso gana en complejidad de trámites y situaciones, los arcaicos del nuevo contexto judicial, formalista e inextricable, dejan de ser aprehensibles por el profano. Se impone la profesionalización de las voces procesales en la lid, la especialización y exclusividad competencial en unos expertos cuyos conocimientos jurídicos y habilidad oratoria los recomienda, para es-

grimir la representación de la víctima. Sin embargo, estos profesionales, impuestos entre el Estado y la víctima tramitarán contribuyendo a la definitiva postergación de la última (Mommsen, 1976: 55 y 56).

Al desplazarse al acusador particular desde años previos a la Revolución Francesa, introducidas por las Ordenanzas de 1498 y 1670, aparecen reglamentadas las asociaciones públicas para eliminar el régimen inquisitivo que regía en esa época; es de apuntarse que, fue en el Código de Instrucción Criminal de 1808 de Francia donde surgió en definitiva la institución del Ministerio Público, ésta desplaza al defensor particular con carácter de víctima.

En México, inicialmente sus leyes independientes no descartaron a los particulares mediante un subórgano estatal, o sea, al ofendido no se le representaba en el desarrollo procesal penal, aunque existieron intentos legislativos para adoptar la acusación pública, se anota que “Los constituyentes de 1857, obedientes a la tradición, no le privaron del derecho de acudir directamente a los «tribunales»; quizá, por eso, no franquearon la entrada del Ministerio Público, «muy en boga» en ese entonces en el derecho procesal francés...” (Colín, 2001: 258). Al comenzar a expedirse leyes procesales penales, se incluyó al Ministerio Público, esta aseveración se sintetiza así:

El artículo 3º del Código de Procedimientos Penales de 1894, haciendo suya la idea de los Códigos de 1870 y 1880 disponía: “La violación de los derechos garantizados por la ley penal da lugar a una acción penal. Puede también dar lugar a una acción civil. La primera, que corresponde a la sociedad, se ejerce por el Ministerio Público, y tiene por objeto el castigo del delincuente. La segunda, que sólo puede ejercitarse por la parte ofendida o por quien legítimamente la represente...” (Pérez, 1975: 27).

Fue la Constitución de 1917 la que acoge los lineamientos del derecho francés, puesto que, “...los integrantes del Constituyente de 1917, sustituyeron al particular ofendido por el agente del Ministerio Público, colocando a aquel en un nivel inferior en cuanto a que se le excluyó del ejercicio de la acción penal, aunque no como titular de derechos civiles...” (Colín, 2001: 258). Este postulado, al regularse en las leyes reglamentarias procesal y sustantiva penales, no le conceden derechos específicos a la víctima en lo relativo a la acción privada, sino que la limita, como se establece a continuación.

...el Código de Organización y Competencia y de Procedimientos en Materia Penal ... de 15 de diciembre de 1929, día en que entró también en vigor el Nuevo Código Penal. En estos dos ordenamientos se previene que la repara-

ción del daño habrá, por una parte, de ser exigida por el Ministerio Público, y por otra, que la condena a la reparación del daño pasa a formar parte de la pena pública imponible por el delito (Pérez, 1975, p. 27).

La disposición anterior atenta contra los derechos de la víctima al concedérsela al Ministerio Público, no obstante los lineamientos señalados por los Códigos Procesal Penal y Penal Sustantivo; fue a raíz de las reformas a ellos de 1983, que se comienzan a proteger nuevamente los intereses que les corresponden a las víctimas, al permitírseles constituirse en coadyuvantes del Ministerio Público, autorizándosele además, que puede ser por medio de su representante o del derechohabiente, que pueden exigir la reparación del daño; de manera objetiva decimos que en:

La Constitución Federal Mexicana de 1857 no contempló al Ministerio Público, por lo que las leyes procesales expedidas con posterioridad a ella, regularon la querrela como medio de acusación reservada a los particulares, realizando el ejercicio penal directamente ante los tribunales. El Constituyente de 1917 decide eliminar este derecho de los particulares, también privó a los tribunales el poder de investigar los delitos, otorgándosele al Ministerio Público, con el carácter de monopolio de esas facultades, o sea, la investigación y el ejercicio de la acción penal; este criterio duró más de noventa años, hasta que, con la reforma de junio de 2008, se reguló la acusación mixta, al establecerse la obligación del Ministerio Público en la investigación, el ejercicio de la acción penal y la acción procesal penal por los particulares, en dichas actividades es notorio el predominio de la primera, por lo que concluimos que la última es una excepción al concedérsele al particular para limitados delitos.

Habiéndose hecho una sinopsis de los derechos de la víctima en cuanto al ejercicio penal de sus derechos, en los que observamos un vaivén de ellos; es la reforma de 2008 la que pretende reivindicar, aunque parcial y controladamente, el ejercicio de la acción penal de los particulares plasmado en el artículo 21 constitucional, segundo párrafo, que reza: “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Esta directriz fue reglamentada en los artículos del 426 al 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

## II. DENOMINACIONES

Al procedimiento en análisis, tanto la ley como la doctrina, le han atribuido diversos nombres para identificarlo, así tenemos: acción primitiva, acción

privada, acción de particular, acción por ofendido, acción de parte interesada, acción a instancia de agraviado, acción cívica, acción popular, etcétera; calificativos que se determinan atendiendo al tiempo de vigencia, al criterio de estudiosos del derecho o a la ley que la regula. Al calificarse su dinámica de desarrollo, se le nombra: procedimiento penal especial, procedimiento de exclusión, procedimiento de privatización del derecho penal, procedimiento selecto de delitos, procedimiento de acción penal privada, procedimiento privilegiado del agraviado y procedimiento penal por particular.

La Constitución federal la considera como acción de particular y como procedimiento de la acción penal por particular, con base en lo estipulado en el artículo 21, párrafo segundo, en el siguiente sentido: “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Lineamiento que acoge bajo la misma denominación el Código Nacional de Procedimientos Penales.

### III. CONCEPTO

La acción penal por particular es la que se ejerce en los delitos autorizados por la ley, por la víctima u ofendido, al acudir directamente ante los tribunales, como titular del derecho supuestamente vulnerado, sin la intervención del Ministerio Público; a esta actividad en la doctrina también se le conoce como acción privada, la que se establece que es “la de índole penal cuyo ejercicio sólo corresponde al ofendido o a su representante legal; y, en estos casos a falta de éste y de personalidad procesal en la víctima, por fama pública al Ministerio Fiscal” (Cabanellas, 1979: 86). En otras voces, sobre el mismo tema, se asienta:

Delito de acción privada. El perseguible solo a instancia de parte interesada; o sea de la víctima, representantes legales, ciertos parientes o causahabientes, según los casos (Cabanellas, 1979: 259).

Delito privado. El perseguible a instancia de parte agraviada. Se entienden por tales la víctima, ciertos parientes, los representantes legales de aquella y en algunos casos, sus causahabientes (Cabanellas, 1979: 259).

Continuando con la delimitación de la acción penal privada, Fernando Andrés Ortiz Cruz sostiene que es “...la posibilidad de ejercer directamente por parte de los particulares en los casos que expresamente prevea la ley secundaria, sin perjuicio de que el ministerio público pueda intervenir en los supuestos para salvaguardar el interés público...” (Suprema Corte, 2011: 240). En otra orientación, partimos de la idea que cuando la acción

penal la ejercita un particular, ella tiene el carácter de privada, a lo que se agrega:

Cuando el ejercicio de la acción es privado, prima la voluntad del ofendido, quien decide si promueve la acción penal contra el ofensor y puede disponer de la acción penal –renunciar, desistirse, transigir o conciliar-. Sin embargo, el poder del ofendido es relativo porque el *ius puniendi* continúa en manos del Estado (Calderón, 2013: 61).

Observamos que en esta acción penal específica, en la doctrina y en algunas leyes, predomina la denominación de acción privada, siendo ello indebido, porque existe una marcada diferencia, puesto que en ésta, se trata de “...un determinado grupo de delitos que sólo pueden ser perseguidos jurisdiccionalmente por querrela del ofendido, su guardador, representantes legales o los herederos...” (Claria, 1998: 351 y 352). Por consiguiente, “es acusador privado la persona del derecho privado a quien la ley confiere, en forma exclusiva, la titularidad de la acción a los denominados delitos de acción privada y asume su papel en el proceso” (Oderico, 1978: 244). Con lo vertido, hemos establecido lo que podemos conceptualizar como acción penal privada.

En cuanto a lo relativo al ejercicio de la acción penal por particulares, en ella se le concede a la víctima u ofendido el derecho de actuar ante los tribunales en un determinado grupo de delitos que le corresponderían al Ministerio Público, pero por política criminal se prescinde que él la ejercite, porque la ley autoriza al agraviado optar por acudir a denunciar, querrellarse ante el Ministerio Público o instar al órgano jurisdiccional, al respecto se determina que “Es acusador particular la persona del derecho privado a quien la ley, sin perjuicio de la función actora que corresponde al ministerio fiscal le confiere la titularidad de la acción en orden a los denominados delitos de acción privada y asume su papel en el proceso” (Oderico, 1978: 230).

De este criterio deducimos que la acción penal es de carácter público, aunque la ejerza el particular, porque con su ejercicio se provoca la actividad del órgano jurisdiccional, ésta será siempre de carácter público.

De lo antes establecido concluimos que la acción penal ejercida por particulares es la autorización constitucional concedida como excepción a la víctima u ofendido, de manera peculiar como un derecho que se realiza voluntaria y directamente ante el órgano jurisdiccional en los supuestos regulados en la ley secundaria, con la finalidad de que se sancione al imputado y de hacer valer el daño sufrido para obtener la reparación del daño.

Con base en la Constitución Federal y lo reglamentado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos concluir que la acción penal por particulares es la autorización que se concede a las personas específicas, víctima u ofendido, para ejercerla ante los tribunales, en los supuestos y con los requisitos fijados por las leyes reglamentarias, cuando ellos hayan recabado datos de prueba que sustenten que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

#### IV. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTICULARES

Al estar regulada esta acción penal en la Constitución, la entendemos como una garantía y mecanismo procesal otorgado a la víctima u ofendido para instar al órgano jurisdiccional.

Esta actividad sólo rige en los delitos que afectan bienes tutelados a los particulares o cuando predomina el interés individual, siendo éstas las que le dan la característica a la actividad procesal otorgada a los particulares, aunado a que se excluye al Ministerio Público de ejercerla, por lo que se asevera:

...debemos asentar que la acción privada constituye una excepción al poder estatal de perseguir los delitos; excepción derivada del predominio del interés particular (el de la víctima o del ofendido) sobre el interés del Estado, y que se refleja en la necesidad de que la víctima o el ofendido participen directamente en el proceso penal, en aras de lograr un acceso real de tales sujetos a la justicia (Román, 2012: 51).

De manera concreta, se pueden delimitar las características de esta acción penal promovida por particulares atendiendo a las siguientes conclusiones (Horvitz, 2002: 539), las que ampliamos y comentamos:

- La característica principal de este procedimiento es la exclusión del Ministerio Público.
- Se concede la atribución de poder exclusivo de persecución a la víctima u ofendido.
- El impulso procesal ante el juzgador radica enteramente en la víctima u ofendido.
- La víctima u ofendido pueden renunciar a través del desistimiento de la acción penal al hecho, por ser de índole particular.

- La carga procesal y de la acción le corresponde al particular que promueva la acción penal (víctima u ofendido).

Otro criterio (Claria, 1998: 353) que ilustra el tema de la acción penal establece los caracteres que a continuación se anotan:

1. Junto con la instancia acusatoria, el querellante puede demandar civilmente haciendo valer la pretensión reparatoria del daño ocasionado por el delito.
2. Se trata de un juicio con marcado carácter dispositivo que se acerca mucho al régimen del proceso civil común.
3. Este carácter dispositivo (acusatorio substancial) se manifiesta ante el criterio de oportunidad que determina el inicio del juicio, por cuanto es dejado a la voluntad discrecional del titular de la acción, y ante la posibilidad de renuncia a la pretensión de condena hecha valer por el querellante, o de extinción de la pena por el perdón del ofendido triunfante.
4. ...se prevén los efectos extintivos de la retractación.

Debemos considerar que actualmente en el artículo 21 de la Constitución se contiene un sistema mixto del ejercicio de la acción penal, la que ejerce el poder estatal y la que ejercen los particulares, en el entendido que subsiste el predominio de la primera, aunque el hecho que se le conceda ese derecho a los particulares no desvirtúa la naturaleza de la acción en su carácter procedimental puesto que “...la acción procesal es siempre pública dado que su finalidad es precisamente, en cualquier caso (pública o privada) provocar el ejercicio de la jurisdicción, que es una actividad de esta naturaleza” (Pina, 1983: 32). Esto nos lleva a manifestar que el carácter de la acción penal realizada por particulares no debería calificarse como acción privada, peculiaridad que se le atribuye, por algunas leyes, a la doctrina nacional y extranjera.

## V. LEGITIMIDAD ACTIVA

En esta institución se delimita quién puede ser el acusador en el procedimiento de acción penal, en los casos en que se faculta a los particulares, a lo que se exterioriza:

La aptitud de un particular para asumir el papel de acusador en un determinado proceso, depende de que revista alguna de las siguientes calidades.

- a) Ofendido por el delito:



La persona particularmente ofendida por un delito del cual nace la acción pública, podrá asumir el papel de parte querellante y promover en tal carácter el juicio criminal.

b) Representante legal de un incapaz ofendido por el delito:

El mismo derecho (querrela) tienen los representantes legales de los incapaces por los delitos que ofendieren a sus representados (*cf.* Oderico, 1978: 236-238).

En otro aspecto se considera que estar autorizados para instar al órgano jurisdiccional, cuando se establece "...el procedimiento sólo podrá comenzar con la interposición de la querrela por quien estuviere habilitado para promover la acción penal, esto es, por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario..." (Horvitz, 2002: 543).

Atendiendo a la Constitución nacional, se legitima al particular para ejercer la acción penal; el Código Nacional de Procedimientos Penales delimita en su numeral 426 que podrá ser ejercida por quienes tengan la calidad de víctima u ofendido, en el mismo estatuto procesal esta acción se considera como si se tratara de una querrela; en el precepto 225 del mismo se consagra que ésta la puede presentar la víctima u ofendido o quien se encuentre facultado para ello, esto abre la posibilidad que sea el representante tanto de personas físicas como morales, lo que se aclara en el artículo 226 de ese mismo ordenamiento, al autorizar que la pueden presentar tratándose de menores de edad o personas incapacitadas para comprender el significado del hecho, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, o sus representantes legales, aunado que para el supuesto de personas morales, será el apoderado legal o administrador facultado para ello. Por consiguiente, se amplía el número de legitimados para ejercer esta acción penal.

## VI. NATURALEZA DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTICULARES

En este procedimiento se aprecian peculiaridades desde que se reglamenta por el Poder Legislativo, quien consideró que para que la acción sea ejercida como particular se atienden dos criterios:

1. El contenido del bien jurídico protegido. Los tipos penales a los que corresponde el ejercicio privado de la acción penal tienen un denominador común: los bienes jurídicos se refieren a aspectos íntimos y personalísimos.
2. El grado de lesión o puesta en peligro del interés protegido, de tal manera que la levedad de la lesión o agresión determina poner en

manos del propio afectado, la decisión de exigir responsabilidad de los hechos... (Calderón, 2013: 61).

Otra perspectiva se enfoca a que este procedimiento en cuanto a su decisión es de naturaleza pública, toda vez que “La acción penal, cuando su contenido es una pretensión punitiva, vale decir, cuando el actor reclama la actividad jurisdiccional para que se declare el derecho del Estado a someter a alguien a la ejecución de una pena” (Oderico, 1978: 197). De acuerdo con lo dicho, si la víctima u ofendido no solicitan en el ejercicio de la acción la pretensión punitiva, para que la declare el órgano jurisdiccional, el proceso penal carecería de un objeto adecuado para ser declarado el derecho.

En cuanto al desarrollo del proceso penal por instancia del particular, tiene sus propias reglas dispositivas, sus corolarios y directrices propias, mismas que le dan la naturaleza de un procedimiento especial, que lo hacen distinto del procedimiento penal ordinario, aunque en todo lo que no se oponga y se requiera para estructurarlo, rigen los principios y reglas del procedimiento ordinario, en tal sentido, se establece en el último párrafo del artículo 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al consagrar que “...en la sustanciación de la acción penal promovida por particulares, se observarán en todo lo que resulte aplicable las disposiciones al procedimiento (ordinario) previstas en este Código...”.

Para mejor comprensión de la naturaleza de esta acción penal por particulares se ilustra al exteriorizarse:

[...] Es un proceso acusatorio en el cual el Estado limita su pretensión punitiva al interés del ofendido, pero sólo en cuanto al delito en sí mismo, con exclusión del grado, condiciones y medida de la responsabilidad penal. Cuando se querrela a un mismo sujeto por varios hechos perseguibles por acción de ejercicio privado, no se ve inconveniente para su acumulación en un único proceso, siempre que los trámites del juicio puedan ser los mismos. Lo que no es posible es acumular una causa por hechos de este tipo con otra por delito perseguible por acción de ejercicio público [...] (Claria, 1998: 353).

En definitiva, esta acción es una medida accesoria garantista de naturaleza *sui generis* (de naturaleza propia y única) ya que es una excepción al *ius puniendi* estatal en la que se concede ejercerla a los particulares (víctima u ofendido), delimitado a tipos penales específicos, eliminando la participación del Ministerio Público, sin embargo, a la vez, se le deja la carga probatoria al acusador particular para justificar su pretensión punitiva.

Existen algunas particularidades de la acción penal que surgen al ejercerla los legitimados (víctima, ofendido o el representante), se confirma ello

con lo sostenido en el Dictamen de la Revisora de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de la Cámara de Senadores, respecto al Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 13 de diciembre de 2007 al establecer:

En relación con el ejercicio de la acción penal y con el ánimo de hacer congruentes todas las modificaciones al sistema de procuración y administración de justicia que contempla esta reforma, se hace evidente la necesidad de romper con el monopolio de la acción que actualmente tiene el Ministerio Público. En efecto, esta reforma abre la posibilidad de ejercer directamente la acción penal por parte de particulares, en los casos que expresamente prevea la ley secundaria, ... lo que contribuirá en forma importante a elevar los niveles de acceso a la justicia en materia penal ... El ejercicio de la acción penal en estos supuestos será eminentemente excepcional, sólo en aquellos casos en los que el interés afectado no sea general...

Esta directriz se plasma en el artículo 21 constitucional en su párrafo segundo, al decir que “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Con esta disposición se elimina la intervención del Ministerio Público en los casos reservados a los particulares.

Basándonos en la ley, específicamente, atendiendo su contenido y finalidad, concluimos que la querrela es una acusación dirigida al querrellado la que debe de ser concreta, subjetiva y objetivamente planteado.

## VII. DELITOS EN LOS QUE PROCEDE LA ACCIÓN PENAL POR PARTICULARES

La doctrina establece que esta acción penal procede ejercerla por los particulares en los delitos perseguibles por medio de la querrela; en otro supuesto, se establece que cuando no exista interés público gravemente lesionado, o en delitos patrimoniales cometidos sin violencia; en otro criterio, se contempla su procedencia en algunos delitos de acción pública, en todos estos supuestos, los particulares la pueden invocar directamente ante los tribunales, siempre que estén regulados en la legislación secundaria, al respecto, al legislarse, es imperante considerar lo siguiente:

Por tanto, lo más afortunado será que el legislador ordinario la limite a los delitos donde se afecten intereses meramente particulares o privados en donde

la sociedad no se ve tan dañada por aquellos, pues ello evitaría que se diera un giro diferente al fin que se persiguió al introducirla a la Constitución; por el caso que se reconozca delitos que afecten intereses generales y/o públicos donde la sociedad se sienta agraviada, se le estaría otorgando al particular de un poder absoluto acerca de aquellas conductas delictivas que importan de manera prevalente a la sociedad, pues los primeros que rigen la acción penal privada no son los mismos a los de la acción penal pública, ya que aquella se orienta por ser voluntaria y por ello renunciable (Valadéz, 2011: 30).

Atendiendo los lineamientos anteriores, el legislador deberá establecer en la ley reglamentaria *de numerus clausus*, para delimitar en qué tipos penas procede el ejercicio de la acción penal por los particulares para iniciar este procedimiento especial, en razón de que se debe enlistar en cuáles delitos procede; lo que se traduce en una taxativa legal a la víctima o al ofendido, es decir, no se les otorga ampliamente este derecho de ejercicio que se pueda traducir en utilizarse ilimitativamente, puesto que “...hay que destacar que el número de delitos que pueden perseguirse conforme al procedimiento de acción penal privada (por particulares) es bastante reducido...” (Horvitz, 2002: 538). En cuanto a la acción penal pública que le compete al Ministerio Público, seguirá su función y competencia con el calificativo de monopolio delimitado, lo que lo obliga a respetar los intereses y derechos que legalmente les corresponden a los particulares para iniciar el procedimiento penal.

Aunque hemos separado las actividades del acusador privado del acusador particular anteriormente, al tratar los investigadores y los doctrinarios a la acción penal por particulares en análisis, en especial “...Acción penal privada y acción penal particular se confunden en nuestro Código Nacional y, por ende, es posible sostener que son delitos de acción particular los mismos que permiten la acción penal privada” (Canales, 2014: 1366). En este criterio observamos que el artículo 428 señala cuatro hipótesis de manera enunciativa los delitos en los que procede la acción penal por particular al mencionar los siguientes, mismos que comentamos:

1. Delitos perseguibles por querrela, el Código Penal señala cuáles son estos delitos utilizando en los tipos penales los términos, querrela, queja, instancia o petición de parte.
2. Delitos cuya penalidad sea alternativa, se establecen en el tipo penal que se sanciona con pena privativa de libertad o pena pecuniaria, estas dos sanciones, intercalado con la letra “o” denotan que puede ser una u otra.
3. Delitos cuya penalidad sea distinta a la privativa de libertad, como:

- a. Tratamiento en libertad,
  - b. Sanción pecuniaria,
  - c. Amonestación,
  - d. Caución de no ofender, u otras.
4. Delitos cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión, esta locución acota la sanción privativa de libertad hasta tres años, para el caso concreto se atenderá el máximo de la penalidad fijada en el tipo penal sin atender el término medio aritmético.

Por consiguiente, estos lineamientos se atenderán de acuerdo con lo legislado en los códigos penales de las entidades federativas, tratándose de delitos del fuero común, o basándose en el Código Penal Federal si el ilícito penal es de esa competencia; para justificar la procedencia de la acción penal por particular. Además, algunos delitos corresponden a la acción penal pública, pero el legislador se los concedió a los particulares para ejercerlos, al haber establecido la regla general del límite de prisión preventiva de hasta tres años.

## VIII. CONSTITUCIÓN Y DESARROLLO DE LA ACCIÓN PENAL EJERCIDA POR PARTICULARES

Para constituirse la acción penal por particular, es requisito que el querellante haga valer su derecho ante el órgano jurisdiccional, ante ello se provoca su desarrollo, por lo que decimos que tanto su constitución como su desarrollo tienen características peculiares que lo diferencian del procedimiento ordinario penal.

### 1. *Legitimación*

La víctima o el ofendido deben justificar su legitimación ante el juez de control, al momento de constituirse como acusador particular, toda vez que es parte eventual que requiere de su voluntad manifiesta para ejercer este derecho con las formalidades legales; esta actividad procedimental la deberá iniciar el particular con fundamento en los artículos 429 y 430 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los cuales se señalan expresamente los requisitos formales y materiales para solicitarse, los que enumeramos a continuación y agregamos los comentarios pertinentes:

1. En dichos artículos no se establece la forma de promover la acción, ante esta omisión, consideramos que puede ser escrita o verbal (en el derecho comparado se establece que deberá realizarse por escrito, tal es el caso de Chile y Argentina que así lo puntualizan).
2. El ejercicio de la acción penal por particular se equipara a la querrela, como el medio con el que se apersona la víctima u ofendido y formula su acusación.
3. La solicitud se promoverá ante el juez de control (de ser escrita se le dirige al juez de control, de ser oral, deberá ser por comparecencia ante el mismo juzgador). La doctrina se manifiesta en el sentido que se debe presentar por escrito ante el juzgador competente por la persona habilitada por la ley (víctima u ofendido) para iniciar la acción penal.
4. El querellante (víctima u ofendido) deberá proporcionar su nombre completo y domicilio para efectos de su localización y para ser notificado.
5. Si el promovente es persona jurídica (moral) se indicará su razón social y su domicilio para oír y recibir notificaciones; además, el representante legal deberá exhibir el documento que acredite su personalidad, también su domicilio para oír y recibir notificaciones; en el caso del mandatario, deberá exhibir poder especial con cláusula específica para hacer valer los hechos ilícitos, así mismo, aportar el nombre del poderdante y su domicilio y el domicilio procesal del promovente para que sea notificado.

Se debe proporcionar el nombre completo del imputado (querellado) y los datos para su localización y citación correspondiente; de ignorarse el nombre o el domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente, se dice, “en caso de ignorar estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudiera darle a conocer” (Oderico, 1978: 240). Ante estos supuestos, se debe señalar una descripción y designación clara de su persona para que el juzgador ordene su localización, para que en práctica de diligencias solicitadas por el querellante, sea citado a comparecer al juzgado; sobre esta cuestión, se consagra que

El querellante puede verse imposibilitado de identificar debidamente al querellado, o sea, al supuesto autor del hecho. Dado el caso, a su pedido el tribunal, practicará las averiguaciones correspondientes, a modo de investigación preliminar. Ésta se dirige a averiguar el nombre, apellido y domicilio del querellado a los fines de promover a su citación, ya que no sería suficiente la descripción identificatoria que puede hacerse en la querrela cuando se igno-

ran esos datos. Esta información capta también la obtención de elementos probatorios que el querellante no haya podido acompañar a la querrela (Claría, 1998, p. 358).

En esta ilustración observamos que se flexibiliza la carga de la prueba al querellante al actuar y practicar diligencias por el órgano jurisdiccional, tanto para la identificación y localización del querrellado como para la práctica de diligencias para recabar datos de prueba que le fueron solicitados al juzgador por el agraviado acusador particular.

6. La fracción IV del artículo 429 del Código Nacional de Procedimientos Penales exige los siguientes requisitos que debe contener la querrela:
  - a. Señalamiento de los hechos que se consideran delictivos, los que se redactarán en la misma querrela, haciendo una “relación circunstanciada del hecho, con expresión de lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si ellas son conocidas por el querellante...” (Horvitz, 2002: 545).
  - b. Aportar los datos de prueba para justificar:
    - i. Que los hechos existieron y tienen el carácter delictivo.
    - ii. Que existe la probabilidad de que el imputado los cometió o participó en ellos.
    - iii. Los daños causados y su monto aproximado.
    - iv. Los que establezcan la calidad de víctima u ofendido para demostrar su legitimidad e interés en el proceso.

Los datos de prueba para satisfacer específicamente los dos primeros presupuestos (i y ii), no constituyen elementos de prueba suficientes para dictar una sentencia, sino que son los exigidos para el ejercicio de la acción penal, por consiguiente, son el cúmulo de indicios y evidencias físicas recabadas por el querellante, y son suficientes para justificar que el hecho lesionador del bien jurídico protegido es considerado como delito por la ley, y exista la probabilidad de la comisión o participación del imputado en el hecho delictivo, a lo que se considera:

Respecto al nivel probatorio, la acción penal privada se puede dar cuando el particular puede reunir él mismo los elementos de prueba. Con respecto a las investigaciones de los particulares para reunir los elementos de prueba, cabe destacar que el nivel probatorio que ahora se exige al Ministerio Público para consignar o en este caso a los particulares para ejercer la acción, es un factor determinante para la viabilidad de la figura. El nivel probatorio baja a un nivel

razonable en el que baste la existencia de datos probatorios relativos al hecho que la ley señala como delito. Un nivel en que baste la existencia de datos probatorios, inferior a reunir el cuerpo del delito [...] (Canales, 2014: 1369).

De acuerdo con el criterio inmediato anterior, al particular se le dispensa de la carga de la prueba para acreditar o determinar todos los elementos del tipo penal (no cuerpo del delito) por el que ejerce su acción, como tampoco aporta los datos suficientes para demostrar que el imputado lo cometió o participó en su comisión, puesto que sólo se le exige la probabilidad de haberse cometido o participado en él, considerando que basta con indicios que recabe para justificar dichos supuestos; sin embargo, ante la imposibilidad de que el querellante los pueda recabar, se establece que:

Si fuere necesaria la realización previa de diligencias orientadas a “precisar los hechos” que configuran el delito de acción penal privada, el querellante deberá solicitar su práctica al juez de garantía. En consecuencia, no procede efectuar esta solicitud al Ministerio Público, sino directamente al juez de garantía, quien a la vez deberá dispensar la realización de las diligencias solicitadas... (Horvitz, 2002: 546).

Este estudio relativo a que las diligencias a practicar para satisfacer la determinación de que los hechos son ilícitos penales, en el supuesto que el querellante no pueda recabar los datos de prueba, deberá solicitarlas al juez de control y no al Ministerio Público; no obstante, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su ordinal 428, párrafo tercero, condiciona que de ser necesaria la realización de actos de molestia que requiera control judicial, se solicitarán al Ministerio Público. En otro supuesto, el querellante deberá acudir al juez de control si los actos de molestia no requieren autorización judicial. Si el querellante acude ante el Ministerio Público para la práctica de diligencias, en estos supuestos, el Ministerio Público continuará la investigación, quien a la vez decidirá sobre el ejercicio de la acción penal, o sea, que el agraviado pierde su derecho de ejercer la acción penal.

7. Los fundamentos de derecho en que sustenta la acción, esta exigencia es demasiado técnica para el pueblo, además, destruye el adagio romano en que el tribunal dice “dame los hechos que yo te daré el derecho”, por lo que al no estar en sus conocimientos del querellante, se le obliga a que lo tenga que instrumentar por medio de su asesor jurídico, puesto que interpretando al legislador, se comprende que “...la calificación jurídica de los hechos de la participación que se atribuya al querellado, y la pena cuya aplicación se solicita al tri-



bunal” (Horvitz, 2002: 545). Esos requisitos sólo son competencia y comprensión del técnico en derecho.

8. Petición que se formula expresando con claridad y precisión, la misma ley procesal nacional en su numeral 430 especifica que las solicitudes que puede realizar el particular-querellante, son:

I. La orden de comparecencia en contra del imputado o su citación a la audiencia inicial, ante estas solicitudes, si fuese la primera, la fracción II, del precepto 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales regla la comparecencia del imputado que serán a través de la fuerza pública, quien habiendo sido citado anteriormente no comparezca al juzgado. En el segundo citatorio, es la invitación al imputado a presentarse a la realización de la audiencia inicial en el juzgado.

II. El reclamo de la reparación del daño, en esta acción penal-civil, subsidiaria, el querellante puede solicitar la reparación del daño, tanto moral como económico, especificándolos y cuantificándolos con precisión.

III. La firma de la víctima u ofendido, en caso de no saber firmar, o esté imposibilitado a ello, la de la persona que lo haga a su ruego, sin prescindir de estampar su huella digital el solicitante-querellante.

Aunque la ley no impide que la querrela se presente verbalmente ni exige que sea por escrito, con base en los requisitos y formalidades que se tienen que satisfacer, lo conveniente es elaborarla y presentarla ante el juez de control por escrito, existen lineamientos que confirman esta consideración cuando se dice:

La querrela es acto escrito y formal. Debe acompañarse de tantas copias como querrelados se mencionen en ella. Esas copias serán entregadas a cada uno de los querrelados en el acto de ser notificado de comparendo al juicio... que se hubiere fijado. Puede ser desestimada como todo acto promotor de la acción, cuando el hecho no constituya delito o no se pueda proceder... (Claría, 1998: 357).

## IX. SINOPSIS

En este procedimiento penal especial, presentada la querrela ante el juez de control, el juzgador emplazará al imputado para que se presente en el día y

la hora señalados para la audiencia de imputación. Constituidos el particular querellante con su asesor jurídico y el imputado con su defensor, serán previamente identificados por el juzgador y serán invitados a usar los mecanismos alternativos de solución, de no lograrse la solución en forma voluntaria; a continuación, el querellante por voz de su asesor jurídico formulará la imputación-imputación, en forma clara y precisa con los hechos que le atribuyen al imputado. El imputado tendrá derecho a declarar, asumiendo las conductas defensivas o impeditivas respecto a lo que se le atribuye. Realizadas esas actividades, el juzgador se abocará a dictar el auto de vinculación o no vinculación a proceso, en el supuesto de la vinculación, se continúa con el desahogo de medios probatorios, con los requisitos que rigen para el desahogo de los medios probatorios en la audiencia del juicio oral, ofrecidos por las partes, en ese mismo evento.

Se pronunciará la sentencia, la que presenta la problemática de determinar a quién le corresponde dictarla, si es al juez de control que la substanció o se envía al tribunal de enjuiciamiento para resolver, de ser enviado al juzgador de enjuiciamiento, decidiría con la carpeta administrativa integrada por el juez de control, sin que se haya ilustrado al juzgador por las partes, con la finalidad que perciba lo que se escenifica con los alegatos y el desahogo de pruebas; por consiguiente, debería ser resuelto el conflicto por el mismo juzgador de control que lo substanció, aunado que este procedimiento requiere celeridad y utilizar la economía procesal.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. I, Buenos Aires, Heliasta, 1979.
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, *Derecho procesal penal*, Lima, Edecal, 2013.
- CANALES MÉNDEZ, Javier G., *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Editores Libros Técnicos, 2014.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni Editores, 1998.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 18a. ed., México, Porrúa, 2001.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 7a. ed., México, 1983.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Oscar, *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Editores Libros Técnicos, 2015.

- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima, compendio de victimología*, Madrid, Edersa, 1996.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- MOMMSEN, Teodoro, *derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1976.
- MORENO VARGAS, Mauricio, *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, México, Porrúa, 2010.
- ODERICO, Mario A., *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1978.
- PÉREZ PALMA, Rafael, *Guía de derecho procesal penal*, 2a. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.
- PINA, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1983.
- ROMÁN PINZÓN, Edmundo, *La víctima del delito en el sistema acusatorio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio desde la perspectiva constitucional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2011.
- VALADÉZ DÍAZ, Manuel, *Diccionario práctico del juicio oral*, México, Ubijus, 2011.

### *Legislación*

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Código Nacional de Procedimientos Penales.  
Código Penal Federal.

## EL CAMBIO DE PARADIGMA

José ZAMORA GRANT\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. Los fines de la pena. III. *El paradigma de la defensa social*. IV. *Función policial y seguridad pública*. V. *Arraigo cultural de la defensa social*. VI. *La educación*. VII. *La ruptura del paradigma de la defensa social*. VIII. *La capacidad del derecho de construir cultura*. IX. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Apelando a que no hay reglas claras cuando se escribe en un libro homenaje, en esta ocasión escribo estas líneas teniendo como hilo conductor la historia de mi relación profesional y de amistad con el doctor Serafín Ortiz Ortiz, a quien, en adelante, en este escrito, con el respeto y aprecio que siempre le he tenido, me referiré —como desde siempre lo he hecho— como Serafín.

Conocí a Serafín hacia 1993, cuando cursaba la carrera de derecho en el entonces Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, justo en el sexto semestre de la licenciatura, época en la que, más adolescente que maduro, me preguntaba las razones por las que había elegido una carrera a la que aún no le encontraba sentido. Las calificaciones fluían satisfactoriamente —como siempre habían fluido—, pero más por buen estudiante que por convicción respecto de una carrera elegida de manera más bien circunstancial.

Un nuevo maestro asumía la responsabilidad de impartir la clase de garantías individuales: Serafín Ortiz Ortiz, un joven docente recientemente incorporado al instituto, después de cursar una maestría en la Universidad de Zulia, en Venezuela; fue entonces cuando la frase “un maestro puede cambiar tu vida” cobró, como nunca, el mayor de los sentidos.

---

\* Profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

Una clase, sin duda diferente, abordada desde una perspectiva socio-histórica y con análisis crítico; una materia que, en la inercia rutinaria de la enseñanza tradicional del derecho, no parecería sufrir otra suerte, pero Serafín la hizo una materia diferente; aprendí, además de garantías individuales, derechos humanos, teoría del Estado, teoría política y sociología, en una misma materia, pero sobre todo, una nueva manera de aproximarme al estudio del derecho, una perspectiva de aproximación al estudio de las instituciones jurídicas mucho más holística; entendería a la postre que la diferencia era la manera de abordar la temática, insisto, la perspectiva; entendería también, a partir de ahí, que el solo estudiar las leyes y las formas predeterminadas de su implementación, siguiendo el modelo formalista, resultaba bastante fácil, pero también limitado y sesgado; entendería y me enteraría a la postre que la teoría social, incluyendo aquel modelo, había entrado en crisis en la década de los sesenta, tras el holocausto nazi,<sup>1</sup> pero que, en nuestro medio, las políticas públicas de la criminalidad y también las educativas, se habían quedado ancladas en aquella ideología porque así convenía a los intereses del Estado, pero en detrimento de los derechos de las personas.

El resto de los semestres en la carrera serían diferentes, la semilla estaba sembrada y el interés por aquella nueva perspectiva me marcaría sin que en aquel momento lo entendiera. Serafín se volvería a acercarse al grupo, en semestres posteriores hacia el final de la carrera, para invitarnos a un diplomado que organizaba desde la División de Estudios de Posgrado, entonces bajo su dirección; por supuesto, ofreciéndonos un atractivo descuento para cursarlo durante los fines de semana; diplomado al que, junto con dos compañeras más del grupo, me inscribí.

El diplomado abordaba temas en torno a la justicia penal desde una perspectiva, como la descrita, que a la postre identificaría de crítica criminológica; catedráticos de la Universidad de Barcelona, España, junto con académicos latinoamericanos, incluyendo nacionales, disertarían sobre temas novedosos, desde aquella perspectiva también novedosa, incluyendo por supuesto, al propio Serafín.

---

<sup>1</sup> El modelo de teoría social, que motivó a la postre el holocausto Nazi, se fundamentó en la ideología intervencionista del siglo XIX, sustentada a su vez en el positivismo filosófico de aquel siglo; pensamiento que en su impacto en lo criminológico sostuvo que algunas personas no habían evolucionado y que, por tanto, no tenían libre arbitrio, por razones endógenas. Para Juan Bustos Ramírez, “El problema fundamental era legitimar la intervención en la libertad e igualdad de los individuos para someterlos al bien social, para clasificarlos conforme a ello en peligrosos y no peligrosos, en anormales y normales. Esta búsqueda lleva a la crisis más profunda del Estado moderno, pues hace surgir el Estado fascista y el nazi, con una vuelta hacia la forma de Estado absoluto”. Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 18.

Un tema, a pregunta expresa de Serafín, llamaría en especial mi atención: el papel de la víctima frente a la justicia penal; tema que serviría, a sugerencia de Serafín, de título a mi tesis de licenciatura: *La víctima en el escenario penal*, tesis que, por supuesto, él mismo dirigiría. Empezaba un proceso que no imaginaba entonces, pero que determinaría mi vida profesional: me convertiría sin saberlo, en su discípulo.

El diplomado traería para mí más sorpresas gracias a Serafín: una propuesta de estudiar en la Universidad de Barcelona, gracias a un acuerdo que él había realizado con Roberto Bergalli, y tres meses después, me encontraría inscrito en el máster “Sistema penal y problemas sociales”, dirigido por Roberto y otros maestros, a quienes en Tlaxcala había escuchado en sus disertaciones, pero ahora titulares de materias y con el placer de escucharlos en una clase de sólo ocho alumnos, profundizando con detenimiento en cada tema abordado; placer que ahora valoro en demasía. Las complicaciones de entendimiento de aquellos temas bajo esa perspectiva dejaba en evidencia mis limitaciones académicas y mi poca familiaridad con el enfoque de estudio, pero Serafín estaba siempre al teléfono para dedicarme el tiempo necesario, recuerdo, para explicarme y aclarar mis dudas; también para ayudarme a decidir el tema de mi nueva tesis que dirigiría, por insistencia de Serafín, el propio Roberto Bergalli. Serafín me decía por dónde ir, me abría las puertas correctas y me guiaba hacia mi formación profesional, algo que seguiría haciendo por años y hasta la fecha, en mi completo beneficio.

A mi regreso de Barcelona, Serafín me incorporaría inmediatamente a la Universidad, impartiendo la materia de sociología jurídica para la licenciatura y en la administración del posgrado, donde le ayudaría. Mi vínculo con la Universidad, y en particular con el posgrado de derecho, se mantendría hasta la fecha. Estudiar el doctorado e ingresar al Sistema Nacional de Investigadores serían las siguientes metas; nuevamente, Serafín marcaba la ruta y también el cómo.

Conocería muchas personas del mundo académico, con muchas de las cuales consolidaría una amistad, gracias al afecto que sostenía con Serafín y a la plataforma del posgrado como referente jurídico nacional; personas con las que también colaboraría en el servicio público, y Serafín no sería la excepción, en la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Tlaxcala, cuando la presidió.

Mi desarrollo profesional y académico tiene desde siempre el referente y también la mano de Serafín; gracias a él encontraría la vida académica como desarrollo profesional, la que sería desde entonces mi pasión y también descubriría la línea de investigación que seguiría en adelante: la victimología desde el ámbito de la criminología crítica y los derechos humanos.

## II. *LOS FINES DE LA PENA*

Uno de los primeros libros que me sirvió de referencia en mi proceso de formación desde la perspectiva criminológica crítica, que era la del máster que cursaba en Barcelona, fue *Los fines de la pena*, escrito por Serafín en 1992. Libro que pensé utilizar para la materia “La cárcel en el sistema penal” que impartía Iñaky Rivera. El libro, sin embargo, me sirvió de referente para muchas de las materias del programa, pues no sólo su perspectiva crítica de reconstrucción sociohistórica me ayudaba, sino también la sistematización de la información de notable capacidad didáctica que caracteriza a Serafín, a esta obra y al resto de sus trabajos. Un recuento de las teorías de la pena y sus razones, expuestas en la evolución del Estado moderno como su hilo conductor, ofrece un análisis objetivo sí, pero también crítico de las mismas, gracias a la notable influencia de la perspectiva criminológica crítica en sus argumentos.<sup>2</sup>

La obra de Serafín en cita es hoy día un referente en la materia, que no ha perdido vigencia; la razón: lo innovadores que resultan los argumentos de análisis crítico de Serafín, hacia una institución que sigue padeciendo, como hace décadas, de los mismos males y por las mismas causas. La información que ofrece el libro y la manera de sistematizarla por nuestro autor homenajeado resultaba, como resulta aún hoy día, para nuestro medio, sin duda novedosa y de actualidad; poco o nada de esa perspectiva llegaba para entonces a nuestro contexto geográfico; pero a la postre, estas y otras perspectivas de novedad serían el centro del debate en el posgrado de derecho en la Universidad Autónoma de Tlaxcala, que le consolidaría desde entonces como un referente nacional.

Los métodos utilizados por Serafín en la realización de *Los fines de la pena*, y su correcta utilización, son evidencia clara del gran investigador que era ya para entonces; la reconstrucción sociohistórica que realiza en torno al tema central del libro permite al lector entender cómo nace la institución y cuáles fueron sus razones, desde una perspectiva pluridisciplinaria; así, sus orígenes en la naciente modernidad, las razones económicas, políticas y sociales de su advenimiento y las formas jurídicas que para entonces le daban contenido y también sentido a su implementación; luego, un recuento de la evolución del Estado en la modernidad, de la mano de las mismas variables,

---

<sup>2</sup> “En cuanto al fundamentó del derecho a castigar ... éste sólo es compatible con un modelo de Estado absolutista, en donde la justicia tiene una justificación teológica, metafísica y moralizante, que es base de la expiación y retribución penal”. Ortiz Ortiz, Serafín, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993, p. 213.

desde su nacimiento como Estado absoluto, su consolidación en el Estado liberal burgués, también conocido como Estado guardián o policía y las fuentes de su legitimación, hasta su arraigo como ente represivo en el modelo de Estado intervencionista, que exacerbó las potestades punitivas en detrimento de los derechos de las personas, son herramientas de profundo alcance para la perspectiva crítica que sustenta en la obra.

Más adelante en la obra, Serafín ofrece, también con una perspectiva crítica, una sistematización de las teorías de la prevención como expectativa del derecho penal mismo y de las políticas de la criminalidad que de él emanar, para dar cuenta de las pretensiones prevencionistas de una institución y también de una disciplina que nunca pudo alcanzar los fines pretendidos, teleológicamente planteados; Serafín muestra lo falaz de los discursos prevencionistas y de readaptación social, su inoperable vigencia y critica su capacidad de lesividad respecto de la violación a los derechos humanos de los internos.

Merced a obras como esta de Serafín, se puede identificar con claridad el valor simbólico del derecho penal sí, pero también la infinidad de mitos contruidos en rededor suyo;<sup>3</sup> el derecho penal nació no para resolver los problemas sociales, sí para decidirlos, pero ello determinó al mismo como una rama del derecho público, óptimo para ejercer el control, pero incapaz de prevenir el delito; algo para lo que no nació, pero sí se le exigió. Por la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*, se estructuraron discursos y narrativas de pretendida base científica, pero muy lejos de ser realidad; cada vez que una fuente de legitimación se perdió, otra surgió con la misma finalidad y con probabilidades acotadas y temporales de cumplir con su cometido: sostener lo insostenible.

Así, pasaban las décadas y un modelo en torno a estas variables del quehacer punitivo se había consolidado: el modelo de la defensa social. Por la defensa social se legitimaron muchas formas de entender aquel quehacer punitivo, todas en torno a la misma finalidad: proteger a la sociedad del mal delito y mantener unidos los vínculos entre las personas, quizá, a toda costa.

### III. EL PARADIGMA DE LA DEFENSA SOCIAL

El paradigma de la defensa social, en el recuento sociohistórico que ha servido de hilo conductor a las obras de Serafín, se fue conformando desde los

---

<sup>3</sup> “El hombre ha siempre requerido de mitos, símbolos cargados de significados que tranquilicen su conciencia mágica”. Aniyar de Castro, Lola, *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1992, p. 11.



orígenes del derecho penal mismo, en la también naciente modernidad. Una nueva fórmula jurídica modelaba una nueva forma de Estado: el Estado de derecho, y se afianzaba una nueva fórmula política y de ejercicio del poder con base en ella: la democracia; todo merced al reconocimiento de la igualdad en la ley; y la ley penal no sería la excepción. El derecho penal tendría como cometido principal ser garante de las libertades y mantener la cohesión social, justo en los albores de la modernidad; se trata de la etapa del liberalismo clásico, bajo la influencia ideológica del contractualismo de Rousseau. Así, delincuente, delito y pena tendrían sentido en su función de protección del contrato: delincuente sería aquel que atentara contra el contrato social, delito sería el atentado contra el contrato social, y la pena, el castigo por atentar contra el contrato social.<sup>4</sup> Nació, bajo estos parámetros, la ideología de la defensa social.

La defensa social del Estado liberal burgués tuvo matices interesantes y de utilidad para la época; el pensamiento liberal de autores como Beccaria, Lardizábal y Uribe y Bentham, entre los principales, sentaría las bases, bajo esta perspectiva, del garantismo penal, al construir principios como el de legalidad de las penas, necesidad, proporcionalidad, y muchos otros, que daban a la justicia penal un sesgo humanista, con los que pretendían dejar atrás los tratos crueles, las penas inhumanas y degradantes y, por su puesto, la pena de muerte.

El tipo de sociedad sobre el cual garantizar la cohesión social estaba caracterizado por su poca movilidad y su conservadurismo, merced a los valores homogéneos que culturalmente se habían heredado de los ancestros; la homogeneidad a su vez de los rasgos biológicos, las mismas costumbres y las mismas prácticas en torno a valores comunes<sup>5</sup> hacían de la defensa social para entonces una fórmula eficaz para mantener los vínculos unidos entre las personas. Una sociedad, sin duda, de escasa conflictividad social. Al ser tan homogéneas las definiciones en torno a lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, el derecho como expresión misma del contrato resultaba un instrumento viable para consagrar esas definiciones y defender a lo bueno de lo malo; por eso, bajo la defensa social, la sociedad era el bien a defender del mal delito.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>5</sup> En este sentido, véase Pavarini, Masimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2003, pp. 95 y ss.

<sup>6</sup> Alessandro Barata afirma, conforme al uso que de él hace Marx, que el sentido negativo de la defensa social se refiere a la falsa conciencia que legitima instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1993, pp. 35 y ss.

Es evidente entender que la apuesta de cohesión en torno a valores universalmente válidos resultara eficaz en sociedades como aquellas, así caracterizadas, pero en las que, además, el precario desarrollo del conocimiento y la explicación metafísica de los fenómenos de la naturaleza hacía fácil universalizar las definiciones en torno al bien y el mal, y utilizar las creencias y las costumbres como fundamento de los preceptos del derecho, un derecho para entonces extraordinariamente eficaz, merced a estas razones y no a su capacidad de imperio.

Esta fórmula jurídico-penal de ejercicio legitimado del *ius puniendi* constituiría una manera de entender al derecho penal mismo, basado en el reconocimiento de las libertades en términos de igualdad, y que se conoce como de derecho penal de acto; esto es, a las personas se les reconoce el libre arbitrio —tan referido en aquella época—, lo que significa reconocer su derecho a elegir entre el bien y el mal; así, si se opta por el mal delito, se reconoce la libertad de decidir hacerlo, pero se le sanciona por afectar al fórmula jurídica —penal— que protege a la sociedad y mantiene unidos los vínculos sociales. A esta fórmula de derecho penal garante en el liberalismo clásico se reconocerá a la postre como la Escuela Clásica del derecho penal, así llamada por quienes también dieron nombre a una fórmula diferente de defensa social: la de la Escuela Positiva del derecho penal.

Poco se suele identificar al período clásico del derecho penal con la defensa social; sin embargo, siguiendo a Alessandro Barata, esta fórmula de derecho penal clásico, junto con la de la Escuela Positiva, de origen epistémico antagónico, tienen en común la defensa social;<sup>7</sup> en ambas se trata de proteger a la sociedad del mal delito, en ambas se trata —como lo era para la época— de una sociedad estable y relativamente bien integrada en torno a valores comunes y considerados universalmente válidos. Lo que las diferencia y hace antagónicas es la manera en cómo se entiende —y por tanto se explica— la criminalidad y la manera en cómo se reacciona al delito.

La Escuela Positiva del derecho penal dio un giro diametral a la manera de entender y desplegar el *ius puniendi*. Su fundamento teórico se encuentra en el positivismo filosófico de Augusto Comte; ideología que originaría el nacimiento de la sociología y determinaría el rumbo de la teoría social por largo tiempo. La influencia del positivismo es evidente en muchas disciplinas sociales, y el derecho en general y el derecho penal en particular no serían la excepción; tanto, que dio origen a una nueva forma de entender el delito y de reaccionar ante él, una forma que se arraigaría en las políticas

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 35.

públicas de la criminalidad por décadas y hasta la fecha, en mayor o menor medida.

El positivismo criminológico, con base en las tesis comptianas, dio al *ius puniendi* una nueva legitimación en el ejercicio del poder a través de un derecho penal y una política de la criminalidad que, con base en él, robustecieron la fuerza del Estado y sus posibilidades de control. Los planteamientos de Lombroso, en su tesis del Hombre delincuente, aseveraron y explicaron, conforme a la metodología positivista, que el hombre nacía delincuente, y que ello obedecía a la manifestación de rasgos atávicos en los hombres de la época; características del hombre primitivo en los hombres de la época suponían determinar su conducta como la de aquél; esto es, asocial, y, por tanto, delictiva. Las personas de rasgos atávicos, tarde o temprano delinquirían, aun sin quererlo, porque, se afirmó, no dependía de su voluntad, sino de una causa, principalmente biológica, que las llevaría al delito.

Esta forma de explicar al delito llevó a la negación del libre arbitrio en el hombre delincuente, caracterizado por los criminólogos del positivismo como peligroso, malo, delincuente, y ello, lo decía “la ciencia” o lo que para entonces era ciencia, lo que dio la legitimación necesaria para afirmar que había personas de naturaleza distinta, unos buenos y los otros malos, unos peligrosos y los otros no, unos delincuentes por nacimiento y los otros con libre arbitrio, capaces de decidir entre el bien y mal.<sup>8</sup>

Este modelo criminológico daría lugar a políticas de la criminalidad represivas y poco respetuosas de los derechos de las personas así consideradas delincuentes, a las que, en interés de prevenir el delito, habría que encontrar y detener antes de que delinquieran, y para ello era suficiente con identificar sus características y criminalizar su ser, mas no su hacer; esto motivó el surgimiento del derecho penal de autor.

La ciencia brindó legitimación, para entonces, a las pretensiones de defensa social, pero ahora, para el fortalecimiento del Estado y el mayor control de delito. Las fórmulas garantes del modelo clásico del derecho penal deberían esperar por muchas décadas para su eventual y precario resurgimiento. Por el momento y para entonces —segunda mitad del siglo XVIII—, las cadenas perpetuas y la pena de muerte, las detenciones sin requisitos y el uso excesivo de la prisión y de la fuerza serían el común de-

---

<sup>8</sup> Zaffaroni afirma: “La esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho *le niega su condición de persona*. Sólo es considerado bajo el aspecto de *ente peligroso o dañino*. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, p. 19.

nominador. Nació una fórmula diferente del Estado moderno: el intervencionismo.<sup>9</sup>

El Estado intervencionista, en tanto fórmula que dejó atrás lo que se consideró como excesos del liberalismo, transformó el papel del Estado, para que dejara de ser sólo garante de las libertades y se convirtiera en el motor de los procesos sociales y del control de los mismos. La igualdad ya no podía ser el presupuesto, pues la ciencia decía lo contrario, y direccionar las políticas públicas bajo este presupuesto ayudaba al control de los diferentes, de quienes salían de los parámetros de lo considerado normal, de la pobreza, de la diferencia.<sup>10</sup>

Los modelos criminológicos del positivismo dieron el pretexto entonces para atacar —controlar— la disidencia, y, sobre todo, la creciente criminalidad motivada por las transformaciones que acaecían en virtud de esa nueva forma de hacer política con fundamento en la libertad igual; principalmente, por el factor económico. En efecto, la libre circulación de la moneda, por el advenimiento del capitalismo como modelo económico, empezaba a generar los fenómenos sociales que hoy día sabemos son los efectos negativos de dicho modelo: la concentración del capital en pocas manos y los procesos de migración de quienes, en el anhelo y también la necesidad de encontrar fuentes de ingreso, quedaban en el desempleo en países distintos a los de su origen y conformaban sociedades cada vez más plurales y de alta conflictividad.<sup>11</sup> Reconocer, sin embargo, las causas de aquella ascendiente conflictividad pondría en riesgo la consolidación del modelo capitalista que tanto beneficiaba a las clases hegemónicas, por un lado, y, por el otro, no se tenían los elementos suficientes para interpretar las nuevas realidades y responder a ellas, al menos, no tan al principio.<sup>12</sup>

El argumento público se centraba en la necesidad de controlar la creciente criminalidad, y para ello se requería de mayor fuerza para el Estado;

---

<sup>9</sup> En palabras de Juan Bustos Ramírez, el positivismo brindó al intervencionismo su legitimación, ya que la ciencia positiva fundamentaba el orden, la disciplina y lo organizado, en *El pensamiento criminológico...*, *cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>10</sup> En este sentido, Bustos Ramírez Juan, *op. cit.*, pp. 31-35.

<sup>11</sup> La creciente conflictividad, sin duda, tendría como causa principal esta nueva forma de conformación plural de las sociedades, ahora por personas sin valores en común, ni costumbre, ni tampoco rasgos étnicos. Las personas no sabían vivir en diversidad, pues nunca se había vivido en sociedades así. En este sentido, Pavarini, Massimo, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

<sup>12</sup> La Escuela de Chicago documentó lo acaecido en aquella ciudad; la Facultad de Sociología de la Universidad pública en Chicago concluyó que en diez años la población se había duplicado y que se habían formado guetos de miseria; todo, por los procesos de inmigración sucedidos en ese intento por encontrar fuentes de ingreso en una ciudad en auge como Chicago. *Ibidem*, pp. 65 y ss.

afirmar que el hombre delincuente había nacido así y era, entonces, diferente a las personas “normales”, a “las buenas”, y ello con bases “científicas”, fue más que suficiente para cambiar el modelo punitivo bajo esa nueva legitimación. Acción que, además, desvió el interés y también las críticas hacia aquel modelo económico que en realidad era la causa, pero que habría quedado en riesgo por su aún incipiente proceso de consolidación.

El capitalismo para entonces, aún no consolidado, probablemente habría sucumbido, y ello era contrario a las expectativas e intereses de quienes, con capital, tenían la forma de incidir política y, directa o indirectamente, manipular la ley, para el caso, la penal.

El despliegue del poder punitivo es el que mayor poder da al Estado para ejercer el control; con pocos límites al poder punitivo, el poder político puede no sólo controlar, sino también criminalizar, neutraliza y acabar con quienes atenten contra el principal interés de mantener el poder, precisamente, en quienes lo tienen.<sup>13</sup>

La consolidación del paradigma de la defensa social de arraigo positivista fue sin duda la causa de su pronta inclusión en las políticas públicas de la criminalidad, y una cultura no abandonada de ejercicio absolutista del poder, a mi parecer, favoreció, insisto, su pronta consolidación en la cultura jurídico-penal, pero también en la manera de desplegar las funciones de seguridad identificadas, para entonces —como aún ahora—, como seguridad pública, aludiendo quizá a la seguridad del propio Estado y en “aparente” beneficio social, por la pretendida defensa de su cohesión en tono a aquellos valores hegemónicos y en detrimento de la disidencia y la diferencia.

#### IV. FUNCIÓN POLICIAL Y SEGURIDAD PÚBLICA

El libro de Serafín, *Función policial y seguridad pública*,<sup>14</sup> siguiendo el hilo conductor de su trabajo y su perspectiva siempre crítica, explica cómo la función policial en el despliegue de la “seguridad pública” ha sido siempre reactiva, represiva y, por ende, violatoria de los derechos de las personas, principalmente las de condición vulnerable.

---

<sup>13</sup> La influencia marxista en el pensamiento criminológico ha permitido mantener esta tesis, desde el ámbito criminológico crítico. Se recomienda, para abundar en este sentido, los libros de *El pensamiento criminológico*, ts. I y II de Bustos, Bergalli y Teresa Miralles; *Control y dominación*, de Massimo Pavarini, *Criminología crítica y crítica al derecho penal* de Alessandro Barata y, por supuesto, *Los fines de la Pena*, de Serafín Ortiz Ortiz, libros todos ampliamente citados en este documento.

<sup>14</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, México, McGraw-Hill, 1998.

La influencia del positivismo criminológico, presente también en la función policial, pretendió adelantarse al delito, por lo que identificar sospechosos para proteger a los buenos de los malos, a los valores hegemónicos que mantenían unidos los vínculos sociales, como lo he explicado, era el común denominador de la función policial. Tal inercia, como lo explica Serafin, se arraigó en la función policial, en una mal entendida proactividad, ya que pretender adelantarse al delito, siempre conlleva discriminación y lesiones subsecuentes a los derechos de las personas detenidas, retenidas, lesionadas, torturadas, y un sinnúmero de violaciones más que se volvieron la regla en las funciones de seguridad, siempre bajo la legitimación de una mal entendida prevención, que afecta el principio de materialidad, propio del, para entonces, abandonado modelo clásico de derecho penal de acto.

La proactividad de la función policial, explica Serafin, debe conducir las actividades de seguridad, para prevenir sin discriminar; adelantarse al delito, pretendiendo encontrar al hombre delincuente, es una reminiscencia del positivo criminológico arraigado a la cultura policial del mismo paradigma positivista que debemos superar.

## V. ARRAIGO CULTURAL DE LA DEFENSA SOCIAL

Para tratar de comprender cómo es que un modelo tal de defensa social puede arraigarse en la cultura jurídico-penal y mantenerse en las políticas de la criminalidad por más de un siglo, se requiere una visión holística que muestre cómo la aplicación de la norma penal, con las particularidades descritas, a fuerza de repetirse encuentra su “normalización” y subsecuente “validación intrínseca”; el que las cosas se hagan por décadas de una misma manera, el “siempre ha sido así”, evoca atemporalidad e invariabilidad de las leyes de naturaleza, que sirvió de fundamento al positivismo de Comte<sup>15</sup> y al positivismo criminológico, para pretender identificar esa ley invariable —de natu-

---

<sup>15</sup> Por ello, una de las principales críticas al positivismo comtiano, sino la principal, es justamente ésta, al haber centrado su argumento explicativo en la invariabilidad de las leyes de naturaleza y utilizarse el método para la investigación de los fenómenos sociales como si fueran naturales —y por tanto invariables, inmutables—, hicieron del pensamiento positivista un pensamiento metafísico, tan denigrada por él. “...el planteamiento particular del dogma de la causalidad, como el general de la invariabilidad de las leyes naturales, estaba basado en la idea de un *objeto absoluto*; es decir, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba ser nuevamente un metafísico... justamente por que se partía de un absoluto y con ello necesariamente de dogmas —aserciones indiscutibles—, con lo cual había una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico”. En este sentido, Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, p. 34.

raleza— que explicara las causas de los fenómenos sociales, como el delito, y con ello prevenirlo. La incipiente sociología comtiana, bajo aquellas inercias, centraba sus estudios e investigaciones en las personas sin atender a los contextos, esto es, a las causas exógenas, por lo que la única causa “invariable” debía ser endógena, lo que llevó a concluir que las causas eran patológicas y no ontológicas. Aceptar tal afirmación, para entonces “científica”, justificaba entender al delito como una enfermedad a erradicar junto con el hombre que la posee; permitió el despliegue represivo y discriminatorio descrito, y al paso de las décadas su validación y aceptación cultural. Así, las personas que fueron “carne de cañón” de la justicia penal, llamados delincuentes, e identificados como malos y peligrosos, fueron los más vulnerables por su condición económica y sociocultural sí, pero también por su origen étnico y racial, su preferencia religiosa distinta y, en general, su alteridad.

Para operar una política criminal así, resultaba indispensable un esquema jurídico punitivo de tales variables, basadas en dogmas, verdades absolutas e irrefutables, que criminalizara el ser y sus diferencias, y que se apoyara de amplias facultades de investigación, uso de la fuerza y criminalización, para lo que un modelo más inquisitivo que garante, sobre todo en fase de investigación, resultaba idóneo y se volvería indispensable. Por eso el pensamiento absolutista, que se basa en dogmas, que universaliza las definiciones, da pie a un ejercicio absoluto del poder, sin límites a la autoridad para el completo control, anulando las libertades y también la disidencia. Para todo ello resulta indispensable una cultura en general de tales características, fundada en dogmas, no sólo de quienes operando la norma aprendieron a hacerlo así y lo validaron, sino de aquellos quienes receptores de tales normas y sus recurrentes prácticas las validan y normalizan; una cultura inquisitiva.

Es así como se arraiga una cultura; sin embargo, debe precisarse que no fueron únicamente las variables del positivismo las que motivaron el arraigo de una cultura así, represiva, controladora; la historia de la humanidad había basado —como aún lo hace— sus explicaciones en dogmas, teológicos o existencialistas, y, por ende, las formas de organización y cohesión social se fundaban en ellos. Los ideales liberales y su inclusión en el derecho y en las políticas públicas fueron insipientes y requerían de más tiempo para su arraigo cultural, pero el advenimiento del positivismo, en gran medida, lo frenó. Por ello, la afirmación de Juan Bustos Ramírez,<sup>16</sup> al caracterizar al Estado absoluto como el origen del Estado, cobra sentido:

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 12.



En sus orígenes el Estado actual es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso haya un permanente retorno al Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios.

## VI. LA EDUCACIÓN

Los modelos educativos cumplían su papel para el mantenimiento del paradigma positivista basado en dogmas, y, por ende, contribuían —en mayor o menor medida aún lo hacen— en demasía a su arraigo cultural. La reproducción de definiciones validadas por generaciones, presentadas como dogmas de incuestionable validez y atemporalidad, han sido la esencia de los procesos de enseñanza-aprendizaje por décadas; método calificado de “tradicional” sí, pero reproducido en todos los ámbitos, incluyendo por supuesto al seno familiar y a los de la educación formal; en efecto, las instancias públicas de educación, incluidas las universidades, se anclarían en procesos educativos de aquellas variables, reproduciendo el conocimiento de manera enciclopédica como verdades absolutas; modelos que, como afirmé reglones atrás, anulan la crítica y fomentan la repetición del conocimiento y, por ende, la obediencia que anula la disidencia de opinión. Con estas fórmulas educativas difícilmente se produce nuevo conocimiento, porque se reproduce el existente; el paradigma del positivismo, entonces, no sólo influiría las inercias de las políticas criminológicas de corte autoritario, como las penitenciarias o las de seguridad, sino también afectarían las transformaciones y el desarrollo de los modelos educativos, y la enseñanza del derecho no sería la excepción.

Pero la influencia de Serafín también permearía en el ámbito de la educación —y no sólo en el saber criminológico—, tanto en la ciencia educativa como en la implementación de políticas públicas de la educación para la División de Estudios de Posgrado y el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, primero, luego para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y posteriormente para la Universidad Autónoma de Tlaxcala, diseñando e implementando el modelo humanista integrador basado en competencias, que se sigue hoy día en nuestra universidad.

Serafín publica hacia 1999 el libro *De la enseñanza tradicional a la docencia crítico integradora*,<sup>17</sup> obra en la que justamente diseña y describe cómo debe

---

<sup>17</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *De la enseñanza tradicional a la docencia crítico integradora*. (Currículo de la licenciatura en derecho), Tlaxcala, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 1999.



abandonarse el paradigma de la enseñanza tradicional para asumir el modelo crítico integrador, como el descrito.

Así, Serafín no sólo incidía con sus conocimientos desde sus clases en la universidad en los niveles de licenciatura y posgrado, desde los cargos administrativos que desempeñó, sino también incidió en las políticas educativas de la propia universidad, y con ello fue cambiando sus estructuras; Serafín tenía claro, no me cabe duda, que debía no sólo formar a las personas que estudiaban en la universidad desde un nuevo paradigma, sino también había que transformar las bases educativas desde la propia universidad, para convertirla a la postre en lo que es: un referente nacional.

“Una golondrina no hace primavera”, me dijo Serafín en su oficina de la Facultad de Derecho cuando era el director, y me indicaba la ruta a seguir: estudiar el doctorado en derecho y continuar con mi formación académica; algo que inmediatamente haría. Había que formar a muchos más; yo sólo era uno de muchos a los que Serafín desde entonces y hasta la fecha, apoyaría y guiaría en su formación profesional académica, yo sólo fui el primero.

## VII. LA RUPTURA DEL PARADIGMA DE LA DEFENSA SOCIAL

La ruptura teórica del positivismo como doctrina de teoría social se daría con el advenimiento de modelos teóricos de origen epistémico diverso; aquello que negaba que las realidades eran un absoluto y su fundamento en dogmas. Otras formas de pensamiento, como la sociología funcionalista<sup>18</sup> hacia finales del siglo XIX, negaban la ley de la causalidad para el análisis de los fenómenos sociales y exaltaban el estudio multidisciplinar de los fenómenos sociales. Sin embargo, el funcionalismo de Durkheim estaba estrechamente vinculado al positivismo, particularmente en las variables orden y progreso, de origen positivista, y en su perspectiva de interpretación de la realidad social anclada en modelos homogéneos y conservadores, donde la apuesta para la cohesión social seguiría siendo los valores hegemónicos y en consenso.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> La obra *El suicidio* de Emilio Durkheim de 1897 negaba la ley de la causalidad al analizar un fenómeno social —el suicidio— con un método que abandonaba la visión individualista y patológica con la que el positivismo la había estudiado, para considerar los contextos, las causas exógenas, llevándolo a definir un nuevo método, e incluso una nueva terminología para la sociología, que la independizara de la influencia de las ciencias exactas, como lo había determinado el positivismo. En *Las reglas del método sociológico* de 1895, Durkheim sentaría las bases de la metodología para las ciencias sociales.

<sup>19</sup> Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, pp. 35-38.

Modelos teóricos ya del siglo XX a la postre motivarían la decadencia de un paradigma que mostraba su inoperancia ante nuevas realidades y problemas sociales de complejidad cada vez mayor; cito otra frase que le he escuchado a Serafín para definir justo este proceso: “cuando encontramos las respuestas, nos cambiaron las preguntas”; nunca había oído una frase tan atinada para explicar con claridad la crisis vivida; las realidades cambiaban y las políticas públicas de la criminalidad, las educativas y las de la enseñanza del derecho se anclaban en su arraigo positivista, pretendiendo resolver problemas en una sociedad cada vez más diferente a las que habían motivado su origen.

Muchas deben ser las causas de esta inercia tan lamentable en términos de la eficacia del derecho; pretender resolver problemas actuales con herramientas —de política pública del siglo XIX— pensadas para una sociedad que ya no existe más o que cada vez existe menos es desconocer las transformaciones sociales y sus nuevas realidades, y la obligación del derecho de al menos actualizarse respecto de ellas.

Las sociedades evolucionan desde la homogeneidad hacia la pluralidad en su integración; es un proceso evolutivo claramente identificable mediante un ejercicio de reconstrucción sociohistórica simple. Los procesos de transformación de la homogeneidad a la diversidad en las sociedades empezaron a detonarse tras el advenimiento de la modernidad, en liberalismo clásico, con el surgimiento de los modelos democráticos fundados en la igualdad de todas las personas ante la ley, y también del modelo económico capitalista, que a la postre originaría procesos de migración de las personas en busca del desarrollo económico, procesos que se recrudecerían hacia fines del siglo XIX y en el siglo XX. Las personas en busca de trabajo se trasladarían hacia las grandes ciudades en auge,<sup>20</sup> como las norteamericanas, desde su muy diverso origen geográfico, pero también étnico y cultural, y por ende ideológico y consuetudinario. Las diferencias entre ellos se recrudecerían, en una

---

<sup>20</sup> Por los violentos procesos de industrialización, en ciudades como Chicago, sería uno de los espacios en los que se estudiaría y documentaría este fenómeno. El éxodo de masas de los países pobres de Europa y también del resto de los continentes, que se volcó hacia las grandes concentraciones urbanas más industrializadas, como Chicago, Nueva York, Detroit, etcétera, creándose en éstas, guetos de miseria y ciudades satélites de carácter racial-nacional. “Este proceso que ve avanzar progresiva y paralelamente la concentración del capital y la concentración de la población abre, con una dramática fuerza jamás conocida hasta entonces, un nuevo frente de problemas: la integración de este universo altamente deshomogéneo en los estándares impuestos por el nuevo modelo de desarrollo capitalista. ...los elementos más heterogéneos y conflictivos entre sí deben encontrar no sólo un *modus vivendi* sino fundirse entre ellos para crear algo aún no conocido, una nueva sociedad, un nuevo mundo para vivir”. En este sentido, Pavarini, Massimo, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

ciudad no preparada para recibirlos, ni por su infraestructura económica ni por su composición cultural: nunca en la historia de las sociedades se había vivido en una composición de tal diversidad; pero la pluralidad no era el presupuesto para el mantenimiento de los vínculos sociales, sino el consenso y la homogeneidad; la tarea del derecho siempre se había centrado en mantener aquellos vínculos merced al consenso en las definiciones de lo bueno y lo malo, de lo justo y de lo injusto, a un mismo origen étnico; tarea que al derecho, en tanto fórmula jurídica que reflejaba tal homogeneidad, lo hacía mostrarse como una fórmula eficaz en una tarea tal.

Pero se cambiaban las preguntas, como lo dijo Serafín: el derecho se había construido pensando en una sociedad fincada en valores comunes, considerados universalmente válidos y atemporales; la tarea del derecho para mantener los vínculos sociales unidos, por tanto, era simple y también muy eficaz, pues consagraba los valores hegemónicos y los protegía con base en sus características de generalidad y de imperio; las personas respetaban los designios del derecho porque éste consagraba aquello con lo que la mayoría estaba de acuerdo; pero ¿cómo hacer para mantener tales vínculos cuando ya no existe un consenso en las definiciones en torno a lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto?, ¿cómo hacer del derecho un instrumento eficaz en el mantenimiento de los vínculos sociales, cuando las definiciones son tan diversas, cuando la composición social es tan plural?

El derecho se tardaría en reaccionar y las políticas públicas en actuar —aun lo hacen—, pero la sociedad y sus transformaciones no esperarían y los problemas se recrudecerían; el derecho se rezagó, pues centró sus fuerzas en la única apuesta posible si no quería actualizarse con las nuevas inercias de integración social: centrar sus expectativas de eficacia en su facultad de imperio; imponer por la fuerza los valores que antaño se habían sustentado como verdades universales fue la opción elegida —al menos en nuestro medio—; para institucionalizar los valores desde el derecho, dejar inertes las políticas de la criminalidad —las de más fuerza para mantener el control— y las educativas, resultaría indispensable.

Romper con los dogmas que llevaron a la interpretación de una sociedad homogénea y estable, cohesionada en torno precisamente a aquellos valores universalmente válidos y atemporales, era la primordial tarea del quehacer científico para explicar las nuevas realidades sociales y sus exacerbados problemas en virtud, cada vez más, de una composición multicultural, con intereses por tanto diversos y en permanente conflicto. Algunas fórmulas teóricas fueron ganando terreno por resultar más idóneas en la interpretación de estas nuevas realidades, como el interaccionismo simbóli-

co surgido por la obra de George H. Mead hacia 1906.<sup>21</sup> La realidad desde esta perspectiva es interpretada como una construcción social, merced a un proceso de interacción simbólica, y fue un modelo idóneo para explicar aquellas nuevas realidades sociales, y la realidad criminal tampoco sería la excepción.

Tanto el interaccionismo simbólico como el marxismo se consolidaron como modelos críticos de los paradigmas del consenso, y en su influencia criminológica se fundamentaron todas las corrientes de criminología crítica, que desvelaron las consecuencias lesivas que un modelo punitivo de defensa social producía en su despliegue operativo. Las violaciones a derechos humanos eran el común denominador de un despliegue punitivo de aquellas características y había que visibilizarlo primero y transformarlo después.

La criminología crítica no sólo desplegó sus postulados, sino también, como cualquier corriente de pensamiento, buscó espacios para enseñar sobre esa nueva perspectiva de análisis de lo punitivo, y reproducir la nueva metodología; Serafín se formó en uno de aquellos espacios y propició —como lo narré— que otros los hiciéramos. Pero esta directriz no fue sólo crítica, sino también sentó las bases para la búsqueda y el diseño de alternativas democráticas para la justicia penal; de ahí la importancia que a la postre revestiría en nuestro país el garantismo penal, en mayor medida; el realismo de izquierda para los modelos de prevención, y también, con algunas de sus categorías, el abolicionismo penal.<sup>22</sup>

## VIII. LA CAPACIDAD DEL DERECHO DE CONSTRUIR CULTURA

Si bien la ruptura del paradigma ha permitido el desarrollo de un vasto catálogo de modelos teóricos que explican las cambiantes realidades y proponen para el derecho fórmulas de atención del mismo, el proceso de incorporación de políticas públicas construidas e implementadas bajo sus directrices ha sido

---

<sup>21</sup> *Espíritu, persona y sociedad*, Buenos Aires, Planeta, 1999.

<sup>22</sup> En mayor o menor medida, la justicia penal, en sus muy diversos ámbitos, ha tenido la influencia de estos tres modelos teóricos. Sin duda, el garantismo penal ha determinado las variables del modelo procesal acusatorio y, por ende, es el que mayor influencia tiene; pero también el realismo de izquierda que sostiene que las políticas sociales son idóneas para la prevención del delito, ante el uso exacerbado de las políticas criminales de corte represivo. Finalmente, de la influencia del abolicionismo penal se han tomado herramientas que hacen posible la “negociación” del conflicto entre víctimas y agresores, priorizando los derechos de las primeras en detrimento de las potestades punitivas del Estado. Se sugiere la lectura de la obra de Nils, Christie, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, y de Lea, John, *Delito y sociedad moderna*, México, Coyoacán, 2003.

lento y, en nuestro medio, tardío. Las reformas constitucionales en materia judicial de 2008 y la de derechos humanos de 2011, por su importancia, son muestra clara de ello. Otras reformas han ido, en particular, impregnando variables que se alejan de aquellas inercias absolutistas, para centrarse en el ejercicio de derechos bajo el reconocimiento irrestricto de la dignidad humana, que en palabras de Serafín es un derecho presupuesto del goce y ejercicio de los demás derechos. Así la reforma constitucional de 2005, por la que se abandona el paradigma tutelar de la justicia para menores y se reconoce a los adolescentes como sujetos de derechos; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007, por la que se considera a estas personas sujetas de derechos más que objeto de tutela, y el advenimiento de la Ley General de Víctimas, en la que se enfatiza la calidad de personas sujetas de derechos a las víctimas de los delitos y de las violaciones a los derechos humanos, son reformas y leyes que muestran con claridad las inercias legislativas de abandono del paradigma positivista y el advenimiento de estos fundamentos centrados en la dignidad de las personas, la igualdad en el acceso a las oportunidades, al desarrollo y a la justicia; todo bajo el reconocimiento de la diversidad y en el entendido de que la condición de vulnerabilidad de algunas personas les hace más difícil el goce y ejercicio de aquellos derechos, por el que el derecho tiene que compensar las diferencias para un acceso equitativo, y por ende, justo.

Si bien este tipo de reformas son muestra clara de la tendencia al abandono del multicitado paradigma, lo cierto es que el ya comentado arraigo cultural del mismo hace que la transición desde el derecho y sus políticas públicas sea lento, pero marque una ruta y también una tendencia. El derecho ha servido para ser un obstáculo del cambio al mantener las variables del paradigma del consenso por décadas; las reformas han llegado, pero no todas y aún faltan las que modifiquen de fondo el modelo educativo, también hacia las variables descritas, y las que complementen la reforma penal que está pendiente.<sup>23</sup> El derecho, sin embargo, debe ser motor del cambio y

---

<sup>23</sup> El garantismo penal, en tanto principal influencia de la reforma 2008, está basado en una metodología soportada en tres preguntas: ¿cómo y cuándo castigar?, ¿cómo y cuándo prohibir? y ¿cómo y cuándo juzgar?; la respuesta a esta última es: mediante un proceso penal acusatorio, lo que ya se hizo —con mayor o menor grado de garantismo— con la reforma de 2008 en materia judicial y con el advenimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales en 2013; pero el modelo sustantivo debe ser congruente con el procesal, si se pretende que resulte este último eficaz, y la parte sustantiva, en donde se deben contener las respuestas a las dos primeras preguntas, aún no han sido incorporadas mediante reforma alguna; por ello es que la reforma a la justicia penal y el abandono del paradigma de defensa social está en proceso y aun incompleto. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 91 y ss.

no obstáculo del mismo; si bien el derecho debe ir adecuándose a las transformaciones sociales, al avance de la tecnología, a las cambiantes manifestaciones culturales, a la ascendente conflictividad, etcétera, también debe ir un paso adelante y conducir las hacia variables democráticas; el derecho, más que fundarse en dogmas, debe exaltar su neutralidad, para garantizar el máximo de derechos para el máximo de las personas; debe ser un instrumento para la construcción y consolidación de una cultura democrática, en donde el ejercicio equitativo de derechos y el respeto irrestricto a la dignidad de las personas sea el común denominador. El derecho debe a la postre impactar en la cultura de las personas, no sólo jurídica, pero sí desde el derecho. Así se abatirá la violencia pública, pero también la intersubjetiva, como la denomina Serafin en su libro sobre seguridad; se abatirá la enorme discriminación que padecemos en el día a día, a pesar del presumible bloque de constitucionalidad en la consagración de derechos del Estado mexicano y de los mecanismos estructurados para el efecto.

En este proceso de transición, los actores jurídicos son indispensables, tanto los que operan el derecho como quienes lo legislan, tanto los protectores de derechos humanos como los académicos en sus diferentes ámbitos de actuación. Todos, desde nuestras muy diversas áreas de influencia y espacios de actuación, debemos contribuir para la transformación de nuestro país y por el bien de nuestro país; pero Serafin lo hace —y lo ha hecho— como pocos, como el gran docente y formador que es, desde la gestión pública, y también académica, como legislador y como defensor de derechos humanos, pero sobre todo como ser humano de convicciones claras y de voluntad inquebrantable. Mi agradecimiento público para quien, como lo he narrado, ha determinado para bien mi desarrollo profesional, y me ayudó a encontrar y a desarrollarme —aún lo hace— en mi verdadera pasión: el mundo académico.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, Lola, *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1992.
- BARATA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Temis, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan *et al.*, *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983.

- CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- DURKHEIM, Emilio, *El suicidio*, México, Grupo Editorial Tomo, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- LEA, John, *Delito y sociedad moderna*, México, Coyoacán, 2003.
- MEAD, George H., *Espíritu, persona y sociedad*, Buenos Aires, Planeta, 1999.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *De la enseñanza tradicional a la docencia crítico integradora. (Currículo de la licenciatura en derecho)*, Tlaxcala, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 1999.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, México, McGraw-Hill, 1998.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993.
- PAVARINI, Masimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

# DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL



## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIA

Leopoldo Rolando ARREOLA ORTIZ

Reconocimiento al doctor Serafín Ortiz,  
colega y amigo, por su infatigable labor de  
investigación

SUMARIO: I. *Constitución, garantías individuales y derechos humanos.*  
II. *Constitución y justicia tributaria.* III. *Idoneidad de la justicia tribu-*  
*taria.* IV. *Trascendencia de los derechos humanos en el ámbito fiscal.* V. *Con-*  
*clusiones.*

### I. CONSTITUCIÓN, GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 marca un hito en la evolución jurídica de nuestro país. Un cambio de paradigma basado en el reconocimiento de nuestros derechos sociales y la transformación de los valores jurídicos que sustentaban nuestro sistema nacional de derecho.

La reforma, aparentemente, fue simple, pues sólo se adicionaron —no se sustituyeron— a nuestras garantías individuales, los derechos humanos<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> El artículo 1o. de la CPEUM hasta la reforma del 10 de junio de 2011 se encontraba redactado de la forma siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Con la reforma el propio artículo 1o. constitucional quedó redactado, en su primer párrafo, en los siguientes términos: “*Artículo 1o.* En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece*”. (El resaltado fue añadido).

pero ¿realmente este agregado ha tenido toda la trascendencia legal y social que se le atribuye? Para contestar dicha interrogante es menester explicar el origen de este cambio.

Los derechos fundamentales del ser humano, en su concepción moderna, pueden considerarse que fueron mundialmente reconocidos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia, que recogiera en sus treinta artículos los derechos humanos considerados básicos en la Carta de San Francisco de 1945.<sup>2</sup> Sin embargo, nuestro país a pesar de haber suscrito la citada Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1945 mantuvo incólume su interpretación garantista de los derechos humanos, limitándolos a la aplicación de las garantías individuales concebidas desde la Constitución de 1917, exclusivamente a través del principio de legalidad; no fue sino a raíz de la presión mundial y de los organismos jurídicos internacionales, en especial, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual con sus fallos modificaría criterios obsoletos sustentados por nuestra Suprema Corte de Justicia, como fue el caso *Radilla*.

### 1. *El caso Radilla*

Rosendo Radilla Pacheco, campesino mexicano y luchador social, fue detenido el 25 de agosto de 1974 por militares al abrigo del Código de Justicia Militar Mexicano. Ante su desaparición y la cerrazón de los organismos de justicia de nuestro país para ayudar a sus familiares a dar con su paradero, éstos desarrollaron una lucha tenaz en el ámbito legal que los llevó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal supranacional que el 23 de noviembre de 2009 emitió sentencia definitiva y condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla por parte de militares. Y aunque el Pleno de la SCJN declaró al resolver el juicio de amparo en revisión 133/2012, la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a, del Código de Justicia Militar Mexicano, en el que se habían escudado los tribunales judiciales federales para no acceder a los reclamos en el caso relatado; la sentencia de la Corte internacional especializada en violaciones a los derechos humanos encontró al Estado mexicano responsable de la violación de los derechos a la libertad, a la integridad personal, a

---

<sup>2</sup> Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, publicada en Internet.

la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Radilla, así como los derechos a la integridad física y mental, a las garantías judiciales y a la protección judicial de sus familiares.<sup>3</sup>

Con ello, el fallo *Radilla*, que situó a los derechos fundamentales (humanos) por encima de la garantía de legalidad, tutela máxima concedida hasta ese momento por nuestra Constitución al individuo, rompió la resistencia del Estado mexicano que ante la presión social-nacional e internacional accedió a la reforma constitucional de los derechos humanos del 10 de junio de 2011 y su trascendencia en el sistema jurídico mexicano, uno de cuyos efectos inmediatos fue el de situar las sentencias emitidas por el tribunal interamericano de derechos humanos al mismo rango que nuestra Constitución política, generando un campo de constitucionalidad formado, además de nuestra Constitución, por el ámbito de los tratados internacionales firmados por nuestro país, mismos que para el devenir serían los ejes rectores de nuestro sistema jurídico.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> “Resumen del caso *Radilla*”, publicado en Internet por Club ensayos, 21 de septiembre de 2013.

“La COIDH condena al Estado mexicano por la desaparición forzada del Sr. Rosendo Radilla. Nov. 13 2012”. Comunicado de prensa. Miércoles 16 de diciembre de 2019. La decisión de la Corte contiene importantes avances para la lucha contra la impunidad en el caso de Rosendo Radilla y en los crímenes del pasado en México, tales como: 2) reconocimiento de competencia de la Corte para pronunciarse sobre las violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), la cual consagra que los Estados parte se comprometen a prevenir, investigar y sancionar todo acto de desaparición forzada de personas; 3) reconocimiento de un patrón de detenciones y desapariciones forzadas masivas en México en la década de los 70, y 6) determinación de la incompatibilidad de la aplicación de la justicia militar en casos de graves violaciones de derechos humanos con los estándares internacionales.

Es necesario destacar además que las reparaciones ordenadas en la sentencia tienen efectos positivos para la búsqueda de justicia en el caso de Rosendo y también en otros crímenes del pasado, dado que la Corte ordenó al Estado: ...*b*) realizar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como modificar el artículo 215-A del Código Penal Federal relativo al tipo penal de desapariciones forzadas; *c*) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco; ...*f*) publicar en el *Diario Oficial de la Federación* y en otro diario de amplia circulación nacional, parte de la sentencia, así como publicar íntegramente este Fallo en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República.

<sup>4</sup> En el mismo artículo 1o. constitucional se recoge la figura de la “interpretación conforme”, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual

## 2. *Trascendencia de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*

Como se ha sostenido, la señalada reforma constitucional generó una profunda transformación en nuestro sistema jurídico, al modificar la concepción de los derechos “ciudadanos” “otorgados por el Estado”, por la de los “derechos humanos o fundamentales” intrínsecos al ser humano.

Y es que la concepción de la persona y “sus garantías individuales” tuteladas por el Estado generó una crisis cuando quedó evidenciado que, en múltiples ocasiones, era el propio ente estatal el principal violador de esas garantías, como ocurrió en el *caso Radilla* que ha quedado referido.

Este cambio de paradigma tuvo acentuadas repercusiones, pudiendo citarse, entre las principales, las señaladas por el doctor Miguel Carbonell: a) la complementación en la norma constitucional de las garantías individuales con el “reconocimiento” de los derechos humanos; b) la “interpretación conforme”, y c) la aplicación del principio pro-persona.<sup>5</sup>

Y es que como lo expone un tratadista mexicano:

la diferencia entre las garantías individuales y los derechos fundamentales, es que estos últimos son todos aquellos derechos que poseemos por ser personas (derechos naturales), son primarios y existen antes del Estado y sus autoridades. Los derechos, en su carácter positivo, son todos los que están reconocidos universalmente en las legislaciones federales o estatales. Por su parte, las garantías son acciones de aseguramiento o medidas de protección jurídica para los ciudadanos, que la misma Constitución encarga al poder judicial federal, en caso de que se violen o desconozcan.<sup>6</sup>

Si bien, la reforma constitucional de nuestro sistema jurídico dio paso a una amplia transformación del mismo, fue en el ámbito constitucional-penal en donde ha calado profundamente, generándose un cambio de paradigma con la sustitución del sistema penal que se encontraba vigente, de corte liberal-inquisitivo, por otro denominado sistema penal acusatorio de corte garantista, apoyado en la nueva concepción de los derechos humanos.<sup>7</sup>

---

se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades”, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004; artículo publicado el 6 de septiembre de 2012.

<sup>5</sup> *Op. cit.*

<sup>6</sup> Padilla, José R., *Garantías individuales*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2000, pp. 3-16.

<sup>7</sup> El doctor Ortiz, ex rector de la UATx, y brillante estudioso del derecho, comenta en su presentación de la obra *Argumentación y derechos...*: “la justicia penal es siempre un termómetro

Esta transformación de nuestro sistema jurídico no ha sido, sin embargo, equilibrada, pues mientras está por alcanzarse la reforma completa del sistema penal mexicano, al menos formalmente, en otros ámbitos del derecho el cambio ha sido gradual y en otros francamente lento. Así, podemos citar como ejemplo el ámbito fiscal en el que a semejanza de lo que sucedía en el ámbito penal, la concepción de un Estado moderno garantista aún no ha penetrado en la fortaleza en que se encuentra atrincherado el Estado, representado por el Fisco, a pesar de que la Constitución, de entrada, establece valores como la justicia y reconoce los derechos humanos, ambos en beneficio del contribuyente.

Y quizá la pregunta más oportuna sería ¿por qué a pesar de la existencia de los derechos fundamentales y del principio de justicia con el que se encuentra investida nuestra carta magna, podemos afirmar que en el campo fiscal aún no se aplican cabalmente tales principios? Este trabajo intentará responder a dicha interrogante.

## II. CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA TRIBUTARIA

La justicia, independientemente de las definiciones que en torno a ella se han dado, ha sido concebida como un valor o una virtud. Aristóteles dedica su *Ética Nicomaquea* a la búsqueda del principio de justicia y afirma que “la Ley puede determinarse sólo en relación con lo que es justo”,<sup>8</sup> concepto que en la época actual es recogido por nuestra carta magna, al considerarse como el receptáculo de ese valor, en la medida en que sienta las bases para regular la repartición de la riqueza social e individual, atendiendo a la definición clásica de Ulpiano, de que “justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”.<sup>9</sup>

Por tanto, son los valores y los principios fundamentales contenidos en la Constitución política de un Estado conforme a los cuales deberá desarro-

---

del grado de consolidación democrática de un Estado dado, y México no es la excepción; las reformas aludidas han sentado las bases de un procedimiento penal de variables más democráticas —como el así identificado modelo procesal acusatorio— al abandonar no sólo los procesos mixtos de corte inquisitivo, sino incorporando principios constitucionales que rigen ahora la vida jurídica de nuestro país”. Ortiz Ortiz, Serafín, *Argumentación y derechos. Reflexiones sobre justicia penal y derechos fundamentales*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 12.

<sup>8</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea*.

<sup>9</sup> Domicio Ulpiano (en latín, Gnaeus Domitius Annius Ulpianus; Roma, 228). Fue un jurista romano de origen fenicio, *magister libellorum*. Fue tutor, consejero y prefecto del pretorio del emperador Alejandro Severo. Definió la justicia como la continua y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde.

llarse su sociedad,<sup>10</sup> garantizando el propio ente político, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos a todo individuo, a través del sistema jurídico establecido para tal efecto.

Pero ¿cómo lograr implementar esta tarea en el Estado moderno? A efecto de ejemplificar abordaremos el ámbito de la justicia fiscal, campo por demás sensible para nuestra sociedad y en el cual, de entrada, podemos afirmar que la gran mayoría de los miembros que la componen se encuentran inconformes, tanto con la repartición de la carga fiscal como con su resultado.

Para explicar lo anterior, es menester analizar, lo más objetivamente posible, la actuación del Estado mexicano en esta materia.

El punto de partida de nuestro estudio no puede ser otro que el del artículo 31, fracción IV, de nuestra carta fundamental, por ser el que genera la relación entre el Estado mexicano, representado por el Fisco, y todas las personas que, al encontrarse bajo su tutela jurídica, adquieren la obligación de contribuir para sus gastos públicos.

El precepto citado expresamente señala:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I . . .

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

La obligación constitucional-contributiva establecida por la referida norma tributaria es la piedra angular y la base jurídica de la “relación contributiva”, que se da, como ya se dijo, entre el Estado mexicano y todas aquellas personas que se encuentren bajo la tutela de las leyes de nuestro país; y que, como consecuencia de esa relación, deberán contribuir para el sostenimiento del ente público de la manera “proporcional y equitativa” que dispongan las leyes.

---

<sup>10</sup> “La Constitución de un pueblo constituye su Ley Suprema, pues en ella se encuentran los valores y los derechos fundamentales, que son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status*, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose como derecho subjetivo, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por *status*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y autores de los actos que son ejercicio de éstas”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2001, p. 177. Citado por Martha Leticia Muro Arellano, “Derechos fundamentales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.

## 1. *Proporcionalidad y equidad*

Es, precisamente, en razón de los principios de “proporcionalidad y equidad”, establecidos por nuestra Constitución, que se pretende lograr la aplicación “justa” de la ley. Valdés Villareal, exprocurador fiscal del estado de Michoacán, sostuvo: “Es sobre todo en el momento de establecer las contribuciones que el principio de proporcionalidad debe guiar al legislador”.<sup>11</sup>

Cabe poner de relevancia que tanto la obligación contributiva-constitucional como la relación contributiva que se dan entre el Estado y el contribuyente se concretan en el plano legal, cuando este último se ubica, con su actuación, en la hipótesis tributaria de una ley que establezca o reglamente alguna contribución. Momento en el que se materializa la aplicación del mandato constitucional a través de nuestro sistema de derecho, con todos sus principios, instituciones y procedimientos que conducen los aspectos fundamentales de un Estado de derecho, como los relativos a los derechos humanos de los individuos frente a la autoridad, por una parte, pero también respecto al Estado y su forma de gobierno.

Retomando la idea central en torno a la aplicación justa de la carga tributaria, es preciso reiterar que ésta se procura mediante los dos atributos previstos por la propia norma constitucional: la proporcionalidad y la equidad.

Esta manera de aplicar la carga contributiva ha sido la pauta para clasificar, a su vez, la justicia que debe imperar en el desarrollo de la obligación tributaria y su desahogo (relación tributaria). Existe, así, una justicia distributiva imperante en la determinación de la contribución, aunque diferente, con diferencias de grado si la contribución es al ingreso o la riqueza (impuesto directo); o bien al comercio o al consumo (impuesto indirecto).<sup>12</sup>

Mas también existe una justicia igualitaria, que se da cuando los contribuyentes se encuentran en una situación similar respecto de la hipótesis tributaria, diferenciándose sólo por circunstancias no previstas por la norma,

---

<sup>11</sup> Valdés Villareal, exprocurador fiscal del estado de Michoacán, sostuvo: “Es sobre todo en el momento de establecer las contribuciones que el principio de proporcionalidad debe guiar al legislador”. Valdés Villareal, Miguel, “La justicia en las contribuciones”, *Principios tributarios constitucionales*, México-España, Tribunal Fiscal de la Federación-Universidad de Salamanca-Instituto Cultural Domecq, 1999, p. 33.

<sup>12</sup> “Guían a la justicia distributiva diversos valores y criterios. Los más aceptados son los de proteger la dignidad de la persona, propiciar las libertades, tomar en cuenta el mérito y la posibilidad del trabajo, distinguir según la cualidad de las actividades, abrir una oportunidad social a las personas”, *op. cit.*, p. 31.

pero que trascienden a la aplicación personal de la misma, generando una aplicación diferenciada con base en el principio de equidad tributaria.

Esta forma de aplicar la justicia por equidad se alcanza generalmente a través de la jurisprudencia.

## 2. *Etapas de la justicia tributaria*

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la justicia tributaria, como mandato constitucional, se debe buscar en los tres planos o etapas en los cuales se desenvuelve la relación contributiva: *a)* la determinación de la contribución mediante el proceso legislativo; *b)* el cumplimiento de la obligación tributaria por parte del contribuyente a través del Procedimiento Administrativo Fiscal, y *c)* mediante la sentencia, con un proceso jurisdiccional imparcial, como la oportunidad de defensa del contribuyente respecto de la actuación de la autoridad fiscal, otorgada por la propia Constitución.

Es necesario precisar que los tres planos o etapas que han quedado señalados no se dan en forma independiente, sino que se encuentran interrelacionados y materializan la actuación del Estado. Sin la actuación legislativa no existiría posibilidad de especificar el mandato constitucional tributario que en tanto radique en el ámbito abstracto constitucional, resulta imposible de particularizar; esta función es tarea de la ley, producto de la labor legislativa y cuya aplicación requiere de otro poder estatal: el Ejecutivo, representado por el presidente de la República, cuya función principal, de todos conocida, es la aplicación de la ley, de las leyes emanadas del Legislativo y merced a las cuales el mandato abstracto de nuestra carta magna adquiere aplicación específica, y los valores como la justicia constitucional adquieren significado para la sociedad a la cual va dirigida.

Y para el caso de que la aplicación de la ley contributiva a cargo del Poder Ejecutivo no respete el mandato de nuestra ley suprema, está el tercer poder de los que conforman el Estado mexicano: el Poder Judicial cuya función radica, precisamente, en supervisar a petición de parte, que la norma se aplique correctamente; es decir, bajo los principios y valores de nuestra carta constitucional, uno de los cuales, el supremo, es el de la justicia, materializada a través de la proporcionalidad y equidad aplicadas al caso concreto y conforme al mandato constitucional.

Resulta obvio que para obtener el cumplimiento del mandato constitucional en torno a la justicia, es menester su aplicación en todas y cada una de las etapas descritas, que componen la relación tributaria de las personas sujetas al poder del Estado mexicano. Por ello, el proceso de creación de la



norma tributaria resulta definitorio para obtener la aplicación de la justicia constitucional, pues es la norma, producto de la actuación legislativa, la que da la posibilidad de aplicación de una justicia distributiva que permitirá al contribuyente tener una carga tributaria adecuada a su capacidad económica.<sup>13</sup>

Así, una ley que establezca una contribución sin respetar los citados principios sería una ley injusta que lo único que obtendría sería el repudio de la sociedad y la resistencia del contribuyente a su cumplimiento. Esta falla de la ley al mandato constitucional es de tal gravedad, que nuestro sistema jurídico otorga la posibilidad de su revisión y anulación en forma inmediata a su publicación, o bien a través de su aplicación. Ello mediante el juicio de amparo, en caso de inconstitucionalidad por violación al principio que se analiza.

Además, es por medio del proceso de creación de la ley que el principio de justicia constitucional, aplicado a las contribuciones, se manifiesta en sus dos vertientes: una de índole social y otra de carácter individual. La primera encuentra su concreción y aplicación conforme a la denominada “justicia distributiva”, cuya finalidad es la repartición equitativa de la riqueza generada por la sociedad, lo cual debe alcanzarse con el cobro de las contribuciones; cobro que da pauta a la aplicación de la segunda manifestación de la justicia constitucional que expresada en la materialización concreta de la contribución al contribuyente, la carga tributaria a su cargo debe ser lo más “justa” posible, objetivo que se busca obtener mediante las características de “proporcionalidad y equidad” en la aplicación individual de la carga tributaria, y atendiendo a otro factor, distinto éste a los de carácter jurídico señalados: la capacidad económica del contribuyente.

Cabe añadir que si bien la determinación de la carga tributaria la hace el propio contribuyente, éste la realiza con base en los parámetros contenidos por la propia ley fiscal, lo cual ratifica lo expuesto en torno a la trascendencia de la actividad legislativa en la consecución de la justicia distributiva a través de la norma tributaria.

El último elemento que permite la aplicación de la justicia constitucional-tributaria lo conforma, como ya se indicó, la capacidad económica del contribuyente. Es con base en ella que el legislador le aplicará su carga tributaria. Así, a mayor riqueza mayor contribución.

---

<sup>13</sup> “Este principio refleja la racionalidad del derecho. Se basa en el hecho, la situación, la circunstancia, la actividad o el bien que es causa, que da origen al impuesto; esta capacidad significa en sí misma, la posibilidad de aportar, de entregar parte de la economía que representa para los fines públicos”, *op. cit.*, p. 28.

El contribuyente es el que determina la contribución a su cargo dentro del plazo que la ley le otorga para tal efecto, pero una vez fenecido el plazo, la autoridad fiscal dispone de facultades legales suficientes para cerciorarse del debido cumplimiento del contribuyente, o, en caso de omisión, para determinar la contribución a su cargo.

También en esta segunda etapa se manifiesta la trascendencia de la justicia distributiva como límite de actuación de la autoridad fiscal, pues ésta no puede determinar mayor carga impositiva al contribuyente, que la que por sí mismo y ajustado a la norma tributaria tuvo para definir y cubrir voluntariamente en el plazo que la ley le concedió para tal efecto. Y para el caso de que el contribuyente no estuviera conforme con la forma y términos en que la autoridad le determinara la contribución a su cargo, la misma ley fiscal por mandato constitucional le otorga, respetando los tiempos y los requisitos formales previstos por las disposiciones competentes, la oportunidad de defenderse y demostrar las presuntas ilegalidades cometidas por la autoridad en la determinación de su carga tributaria; defensa que debe desarrollarse ante un órgano jurisdiccional especializado en el juzgamiento e independiente de la autoridad responsable de la presunta violación legal o constitucional.

La anterior constituye la tercera y última etapa en el proceso de aplicación de la ley fiscal y de la justicia emanada de nuestra carta magna, la cual encuentra, de esa manera, una triple tutela: de inicio dentro del proceso de creación de la ley por el Poder Legislativo; con posterioridad mediante su aplicación por el Poder Ejecutivo y finalmente a través de su revisión encomendada al Poder Judicial.

### 3. *La justicia tributaria y el principio de legalidad*

Como último principio que se analizará, aunque pudo ser el primero, tocaremos el “Principio de legalidad”, el cual para muchos estudiosos del derecho constituye “la piedra angular del derecho tributario”. Tal afirmación se sostiene, entre otras razones, en que su existencia deriva del texto constitucional.

En efecto, el referido artículo 31 constitucional, fundamento de nuestro estudio, textualmente señala en su fracción IV como obligación de todos los mexicanos: “IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa *que dispongan las leyes*” (énfasis añadido).

Lo que ha sido interpretado en el sentido de que toda contribución que deba cubrir cualquier persona que se encuentre al cobijo de las leyes mexicanas, debe estar contenida en una ley, obviamente mexicana; principio resumido por el aforismo romano *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley).

Por ello y en razón del mandato constitucional, tampoco puede concebirse la “justicia constitucional tributaria” independiente de la “ley”, por ser ésta el medio idóneo para lograrla. No podría ser de otra manera, pues la Constitución es una ley, nuestra “ley suprema”, de la que emanan todos los ordenamientos legales que nos rigen, los cuales no hacen otra cosa que cumplir con el mandato constitucional conforme a los atributos, características y obligaciones que éste define, y que pasan a ser parte sustancial de la ley ordinaria o reglamentaria. En consecuencia, como lo afirma la magistrada Consuelo Villalobos: “El planteamiento del Principio de Legalidad aplicado formalmente a la creación jurídica o en su régimen de aplicación administrativa, sería incompleto si no se le involucra con los caracteres intrínsecos de la norma que son la generalidad, la abstracción y la permanencia”.<sup>14</sup>

Además, tratándose de la justicia tributaria deben añadirse a los caracteres señalados, los principios de proporcionalidad y equidad contenidos en la norma constitucional, trasladados a la ley como elementos indispensables para poder obtener la aplicación adecuada de lo ordenado por la Constitución.

En razón de lo anterior, se debe concluir que el principio de justicia que la Constitución establece no viene a ser sólo un enunciado general y abstracto, sino, gracias a la ley, un derecho particular y concreto, accesible para toda persona como garantía individual tutelada y protegida mediante la fuerza jurídica del Estado.

Resulta conveniente puntualizar, sin embargo, que la ley tributaria opera como una obligación legal que hay que cumplir, por tanto, su naturaleza es compleja, ya que, por un lado, encierra una obligación constitucional que debe cumplirse ineludiblemente y, por el otro, resulta ser una garantía individual, un derecho ciudadano. Todo depende de la posición en que se encuentre el contribuyente, ya que como sujeto pasivo de la relación tributaria con el Estado, es el obligado principal del mandato constitucional; pero enfrentado a la acción del fisco encaminada a su cumplimiento, la

---

<sup>14</sup> Villalobos Ortiz, María del Consuelo, *El principio de legalidad en materia tributaria a la luz del derecho constitucional mexicano. Principios tributarios constitucionales*, Tribunal Fiscal de la Federación, 1992, p. 445.

norma legal constituye su principal defensa respecto de cualquier actuación arbitraria del agente estatal.

Y es precisamente en este punto que se debe analizar la tutela constitucional bajo el prisma de los derechos humanos, los cuales constituyen la mejor herramienta para edificar la defensa en torno a la justicia constitucional tributaria.

### III. IDONEIDAD DE LA JUSTICIA TRIBUTARIA

Se ha expuesto que la justicia, en cuanto valor supremo emanado de la norma fundamental, adquiere fisonomía particular al circunscribirse al plano tributario, como logra su concreción en la ley tributaria o contributiva en razón de dos atributos definidos, asimismo, en el plano constitucional: la proporcionalidad y la equidad, complementados por un tercer elemento, la capacidad económica del contribuyente. Y cómo el manejo de estos tres factores permiten al legislador materializar en la norma ese valor tan importante para la buena marcha del Estado y de la sociedad misma: la justicia distributiva.

Pero, ¿cómo el Estado puede estar seguro de haber logrado la aplicación de un principio jurídico tan complejo y tan difícil de manejar? La respuesta debemos buscarla en dos ámbitos diferentes.

El primero de ellos corresponde al del sujeto al que va dirigida la norma tributaria. Y es que no puede ser de otra manera. El mérito de la ley en un entorno democrático lo constituye el reconocimiento de los sujetos a los cuales regula: a quiénes beneficia o afecta. No hay norma jurídica que resista su supervivencia si es repudiada por la ciudadanía, y si a pesar de ello sobrevive, es que no existe el entorno democrático.

Por ello, el valor justicia y el principio de legalidad encuentran, en tal condición, la prueba más fuerte de su legitimidad.

Si bien es cierto que resulta prácticamente imposible que todos los contribuyentes cumplan voluntariamente con sus obligaciones contributivas, también lo es que si la norma no alcanza un cumplimiento mayoritario, comprueba su ineficacia financiera pero también su carencia de legitimidad.

El otro ámbito corresponde al de la eficacia de la norma. El objetivo constitucional de la norma tributaria es obtener, mediante su aplicación, una repartición justa de la riqueza nacional. Lograr que las clases desposeídas se vean favorecidas por una distribución que les permita remontar la situación de pobreza que por décadas han soportado.

Lamentablemente, es en este rubro donde nuestro sistema jurídico y la norma tributaria alcanzan su nivel más bajo de aprobación, siendo éste uno

de los factores que han generado mayor inconformidad social en nuestro país y bien podía sostenerse, en el planeta entero.

Cierto es que en ninguna sociedad del mundo existe, en este renglón, la unanimidad. Igualmente es cierto que la discrepancia es un factor favorable en un ambiente de libertad. Entraña una posición crítica de la realidad social que, expresada libremente, sirve de bálsamo para sanar esa enfermedad social que es la inconformidad. Y si es canalizada adecuadamente es un factor de cambio y mejoramiento social.

El cauce legal que nuestro sistema jurídico ha dado a la discrepancia, manifestada en forma individual, ha sido hacia el Poder Judicial o jurisdiccional, el cual se ha encargado de otorgar justicia resolviendo los conflictos derivados de la aplicación de la ley. Es menester pues analizar esta última etapa en el proceso de individualización de la justicia constitucional.

*La justicia tributaria y el proceso fiscal. Juicio de amparo  
y juicio contencioso administrativo*

En nuestro sistema de derecho, la función de hacer justicia en el campo fiscal le ha sido otorgada a dos de las más grandes instituciones jurídicas en el país: el Poder Judicial Federal y El Tribunal Federal de Justicia Administrativa. El primero a través de la vía constitucional, el segundo mediante la vía ordinaria, aunque especializada en razón de la materia.

Así, la ley tributaria emanada del Poder Legislativo —medio de creación insoslayable—, si es atacada por un vicio constitucional en su proceso de elaboración, o, particularmente, si existe mella al principio de justicia constitucional manifestado a través de algunos de los elementos que han quedado señalados, encuentra su oportunidad de análisis constitucional mediante el denominado juicio de amparo ante un juzgado de distrito del Poder Judicial Federal.<sup>15</sup>

Pero, más aún, toda controversia judicial en la que se ventile, en forma directa o indirecta, el principio de justicia constitucional como axioma valorativo o conforme a los requisitos de proporcionalidad y/o equidad debe ser resuelto por un juzgado de distrito o un tribunal colegiado de circuito de

---

<sup>15</sup> “El control de la constitucionalidad de la Ley... consiste en examinar la regularidad de los actos derivados de la Constitución con las disposiciones de la misma... se ha configurado bajo el principio de que no basta la sola declaración de derechos humanos o incluir en la Constitución un catálogo de garantías individuales. Son necesarios los medios o instrumentos jurídicos de control para hacer efectivos esos derechos”. Carballo Balbanera, Luis, *El principio constitucional de justicia fiscal*, cit., p. 97.

los que integran el Poder Judicial Federal, y, en última instancia, cuando la Ley de Amparo lo establezca por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Si el agravio, en cambio, se endereza respecto de un acto de aplicación de la ley tributaria o fiscal por alguna autoridad administrativa-fiscal, el medio para combatir la presunta ilegalidad cometida es el juicio contencioso administrativo federal ante el Tribunal Federal Contencioso Administrativo, quien al no tener competencia para conocer directamente de la violación al principio de justicia constitucional, lo hará en forma indirecta mediante el estudio de la legalidad del acto impugnado.

De todo lo expuesto, podemos resumir que el proceso de aplicación del principio de justicia fiscal, a través de la ley, pasa por las tres etapas que han quedado ya reseñadas: *a*) la etapa legislativa de creación de la ley con su acto específico: la ley tributaria; *b*) la etapa de aplicación de la ley por la autoridad administrativa-fiscal, con su acto específico: el acto de determinación de la contribución (liquidación) al contribuyente, y *c*) el acto emanado de un tribunal jurisdiccional, o sentencia, mediante la cual se decide si alguno de los dos actos citados han violado, en específico, el principio de justicia constitucional en alguna de sus manifestaciones.

Estas tres etapas, que se complementan, constituyen, aplicadas correctamente, un círculo virtuoso en beneficio del contribuyente, que debería protegerlo satisfactoriamente de cualquier falla en la aplicación de los valores constitucionales como la justicia y/o de sus elementos como la proporcionalidad y la equidad, mediante los cuales se individualiza correctamente el mandato constitucional.

#### IV. TRASCENDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO FISCAL

A pesar de lo expuesto, es conveniente y saludable formular la siguiente interrogante ¿es el círculo virtuoso reseñado, idóneo y suficiente para obtener la aplicación correcta del principio de justicia tributaria que ordena nuestra carta magna?

Analicémoslo conforme a la voz de sus detractores. En general, las inconformidades e impugnaciones más importantes y numerosas pueden ser agrupadas en tres grandes rubros:

1. Impugnación general de las contribuciones y, en particular, de los dos impuestos federales más importantes: el impuesto sobre la renta (ISR) y el impuesto al valor agregado (IVA), por no ser proporcionales ni equitativos; principalmente, porque la progresividad en su aplicación

- no es totalmente justa, en perjuicio de las clases económicamente débiles, ya que el impacto de la carga tributaria es mayor para las personas de menores recursos, que para aquellas de gran potencial económico.
2. La inadecuada aplicación de las leyes tributarias por parte de los agentes fiscales, en particular en el procedimiento de cobro de la contribución, el que a raíz de la aplicación del sistema informático que los rige, se ha vuelto totalmente despersonalizado e incomprensible para los contribuyentes, que se ven atrapados por unos funcionarios y una maquinaria totalmente insensibles, que terminan por ahogarlos económicamente hablando.
  3. Respecto de los medios de defensa fiscales, la queja mayor en su contra radica en su complejidad y costo, siendo inaccesibles para la mayoría de la población, que carece de los conocimientos requeridos para poder utilizarlos y de la capacidad económica para cubrir los altos emolumentos de un abogado especializado.

A los factores de inconformidad expuestos, hay que agregar la concepción que los contribuyentes tienen, en una gran mayoría, respecto a la falta de honestidad de los funcionarios gubernamentales, la cual, desafortunadamente, se ve robustecida por el ejemplo cotidiano de políticos corruptos que defraudan cifras multimillonarias al fisco, sin sufrir sanción alguna.

La irritación social crece aún más, cuando el ciudadano común y corriente se entera de las quitas y condonaciones que el Estado, a través de su fisco, realiza a los denominados “grandes contribuyentes”, en tanto que en el otro extremo social está documentado que la carga fiscal es una de las mayores causas de cierre de las pequeñas empresas.

Este lamentable panorama tributario nacional ha eclipsado las virtudes que nuestra Constitución contiene y que desafortunadamente no se conocen al no llegar a sus beneficiarios.

Es en este punto, en el que nos encontramos, que consideramos que la nueva visión de los derechos humanos vendrá a ser el camino más idóneo para lograr la reivindicación de la justicia tributaria y el respeto al contribuyente.

Y es que éste, como persona que es, debe ser respetado y protegido por las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, particularmente las de corte formal o procedimental.

El contribuyente, como sujeto fundamental de la relación tributaria y del desarrollo económico de nuestro país, debe ser revaluado pero sin distinciones legales, y si las hay deben ser siempre en favor de los de más escasos recursos, cobijados bajo la protección de los derechos humanos.

Construir un Estado garantista, como se está procurando hacer en el ámbito penal, debe ser la meta.

Que se apliquen por nuestros tribunales, a todos los contribuyentes, sobre todo a los de escasos recursos, los principios “pro-persona” e “interpretación conforme”, colocando al contribuyente, en cuanto “persona”, como el titular de la mayor protección posible del Estado y a la Constitución como el faro, cuya luz ilumine a nuestra sociedad para alcanzar la justicia constitucional tributaria.

## V. CONCLUSIONES

1. Es el principio de justicia constitucional-tributaria un axioma valorativo y un mandato establecidos por nuestra carta magna.
2. La justicia constitucional-tributaria de la ley suprema encuentra dentro de nuestro sistema de derecho una triple tutela: inicialmente, dentro del proceso de creación de la ley por el Poder Legislativo; posteriormente, mediante su aplicación por el Poder Ejecutivo, y finalmente, a través de su revisión encomendada al Poder Judicial. Estos planos o etapas no se dan en forma independiente, sino que se encuentran interrelacionados y vienen a materializar la actuación del Estado.
3. Son los principios de “proporcionalidad y equidad” establecidos por nuestra Constitución, mediante los que se pretende lograr la aplicación “justa” de la ley.
4. El proceso de creación de la norma tributaria resulta definitorio para obtener la aplicación de la justicia constitucional y de una justicia distributiva.
5. El principio de justicia tributaria que la Constitución establece no es sólo un enunciado general y abstracto, sino, gracias a la ley, un derecho particular y concreto, accesible para toda persona como garantía individual tutelada y protegida mediante la fuerza jurídica del Estado.
6. La ley tributaria tiene una naturaleza compleja, por un lado encierra una obligación constitucional que debe cumplirse ineludiblemente, y por el otro resulta ser una garantía individual, un derecho ciudadano. Todo depende de la posición en que se encuentre el contribuyente.
7. El proceso de aplicación del principio de justicia fiscal, a través de la ley, pasa por tres etapas: *a)* la etapa legislativa de creación de la ley con su acto específico: la ley tributaria; *b)* la etapa de aplicación de la ley por la autoridad administrativa-fiscal con su acto específico: el



- acto de determinación de la contribución (liquidación) al contribuyente, y c) el acto emanado de un tribunal jurisdiccional, o sentencia, mediante la cual se decide si alguno de los dos actos citados han violado, en específico, el principio de justicia constitucional en alguna de sus manifestaciones.
8. Las tres etapas anteriores se complementan y constituyen, aplicadas correctamente, un círculo virtuoso en beneficio del contribuyente, que debería protegerlo satisfactoriamente de cualquier falla en la aplicación de la justicia constitucional-tributaria, y/o de sus elementos como la proporcionalidad y la equidad, mediante los cuales se individualiza correctamente el mandato constitucional.
  9. Es el incorrecto manejo de los valores constitucionales y de los procedimientos legales, por parte de las autoridades encargadas de su aplicación y/o manejo, los que han depreciado la justicia constitucional y provocado la decepción al sistema tributario por parte de la mayoría de los contribuyentes.
  10. Resulta imprescindible la reestructuración de nuestro sistema tributario bajo el absoluto respeto de la justicia constitucional-tributaria y su aplicación a través de los valores y principios que la propia Constitución establece.
  11. Es en la obtención de este objetivo, que consideramos a la nueva comprensión de los derechos humanos como el camino más idóneo para su consecución.

## SOBERANÍAS NACIONALES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Genaro Salvador CARNERO ROQUE

SUMARIO: I. *Soberanías en el siglo XX*. II. *Globalización y soberanía ante el Estado nacional*. III. *Los modelos doctrinales jurídico-políticos en el marco de las soberanías*. IV. *Ideas concluyentes*. V. *Bibliografía*.

En este documento pretendemos realizar un ejercicio de revisión histórica de las condiciones que viven los países latinoamericanos respecto de su soberanía y de los condicionamientos que han debido experimentar en el seno de sus estructuras políticas, colocando, por supuesto, a nuestro país como un paradigma del permanente ajuste entre las soberanías y los procesos marcados por la globalización que pretenden, entre algunos de sus objetivos, diluir al Estado nacional en un nuevo constructo que favorece sólo a los corporativos multinacionales, alejándonos paso a paso de esa realidad de los Estados nacionales configurada en el siglo XIX.

A su vez, el presente manuscrito representa un modesto agradecimiento al doctor Serafín Ortiz Ortiz, en este volumen que compila una serie de escritos que dan testimonio de las temáticas que nuestro estimado académico ha impulsado desde las aulas y en distintos foros a lo largo de su destacada trayectoria como jurista en el escenario nacional e internacional.

De igual modo, deseo refrendar, con estas líneas, mi agradecimiento por más de veinte años de amistad con el doctor Ortiz, a quien he acompañado en las diferentes etapas de desarrollo del posgrado en derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, donde las satisfacciones han sido permanentes.

De inicio, debemos apuntar que desde la condición de civilizaciones periféricas que han dependido de la visión epistemológica de la metrópoli para la comprensión de su propia etiología, los países latinoamericanos han configurado su dimensión estructural —educativa, política, económica y ju-

rídica— como un artificio que trata de interpretar y adoptar las condiciones que se viven en los países europeos y anglosajones.

Sobre este paradigmático escenario, se han adoptado formas políticas complejas, propias de las democracias centroeuropeas y angloamericanas; modelos económicos de naciones industrializadas; instituciones y paradigmas jurídicos del *common law* o de la añeja escuela romano-germánica (positivista), o formas de evolución cultural que se identifican con las tendencias que se reflejan y difunden a través de los *mass media*, convirtiéndose en referentes de la excluyente vida en la posmodernidad; esto ya ha sido ampliamente estudiado por el sociólogo Boaventura de Souza, en su obra *Una epistemología del sur*.

Ese fenómeno también ocurre en el entorno académico de las ciencias sociales, y especialmente en el ámbito del derecho, donde estudiamos diferentes corrientes y tendencias identificadas con la epistemología jurídica euroanglosajona, pretendiendo con ese acto colocarnos a la vanguardia en temas y actualizaciones en el ámbito de las metrópolis occidentales.

En la realidad de la posmodernidad, tenemos que confrontar la reversión de ciertas condiciones heredadas desde épocas medievales, como lo es la idea de la soberanía, y su pretendido recambio conceptual por una suerte de “aldea global” que Marshall McLuhan (2014) ya predibujaba desde la crisis de Medio Oriente en los años setenta por el manejo estratégico de los precios de los hidrocarburos y la eclosión del Estado de bienestar.

Ferrajoli, como connotado estudioso de la vinculación del derecho en los entretoros de los Estados nacionales, afirma que la soberanía

es el concepto, a un mismo tiempo jurídico y político, en que confluyen todos los problemas y las aporías de la teoría positivista del derecho y del Estado. Aunque conocida ya en la Edad Media por autores como Beaumanoir y Marino da Caramanico, es indudable que la noción de «soberanía» como *suprema potestas superiorem non recognoscens* se remonta al momento de la aparición de los grandes Estados nacionales europeos y al correspondiente debilitamiento, en el umbral de la Edad Moderna, de la idea de ordenamiento jurídico universal que la cultura medieval había heredado de la romana.

...

Como categoría filosófico-jurídica la soberanía es una construcción de matriz iusnaturalista que ha servido como base para la concepción positivista del Estado y el paradigma del derecho internacional moderno; es, por tanto, un residuo premoderno que se halla en el origen de la modernidad jurídica, a pesar de estar virtualmente en conflicto con ella (Ferrajoli, 2010: 125-126).

Esta aporía que identifica Ferrajoli en la contradicción de la soberanía como estructura funcional en el contexto de la racionalidad jurídica no puede ser soslayada en su tratamiento sin ponderar el contexto tanto histórico como ideológico de la soberanía en los tiempos que corren, lo cual nos acerca al tratamiento de nuestra discusión desde una visión que integre por lo menos dos disciplinas afines: la ciencia política y la historia, ambas ligadas indefectiblemente a las estructuras jurídicas de las que hemos tenido conocimiento hasta nuestros días.

## I. SOBERANÍAS EN EL SIGLO XX

La idea de soberanía en la modernidad, desde la dimensión histórica, es una concepción que surge con la configuración de los Estados nacionales en pleno siglo XIX, cuando los grandes reinos debían ceder ante las pretensiones de los pueblos que se sublevaban y exigían constituirse en naciones soberanas, fuera de la influencia política, económica y cultural de las grandes casas reales francesas, hispano-germánicas, esteparias y holandesas, sin soslayar, por supuesto, lo que ocurría en otras lejanas fronteras ubicadas allende las regiones orientales, africanas y de Medio Oriente.

La pretendida crisis del modelo de Estado nacional soberano registró su devenir en el marco, primero, de la Sociedad de las Naciones (SN), nacida de los escombros de la Primera Guerra Mundial, en 1919, con la división de los Estados que avalaban el orden mundial impulsado por los países vencedores de la Alemania de Wilhelm I, y después en 1945 con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyo surgimiento fue determinado por el nuevo orden mundial entre los aliados occidentales y los países prosoviéticos unidos alrededor del emergente régimen de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS), que habrían derrotado a la triple alianza italo-nipona-germánica, encabezada por Adolf Hitler y sus ilusorios afanes por darle vigencia al Tercer Reich durante mil años.

Este condicionamiento de las soberanías de las naciones en el siglo XX tiene a su vez una configuración ideológica marcada por lo que se menciona como el “orden bipolar” que va a identificar a los países como occidentales y orientales, teniendo como referente el génesis de semejante configuración en la Alemania Occidental y la Alemania Oriental, ubicándose a todo lo antiestadounidense como prosocialista y viceversa.

Las jerarquías nacionales se configuraron alrededor de las potencias hegemónicas, y esa circunstancia limitó las condiciones de las soberanías nacionales, como se puede observar en los diferentes escenarios que de-

bieron vivirse en América Latina, que a lo largo del siglo XX —y efectivamente hasta nuestros días— debió experimentar en la gran mayoría de las naciones que conforman el continente, las intervenciones norteamericanas, bajo el amparo de la presidencia de James Monroe (presidente de los Estados Unidos de América en 1823), conocida como la *Doctrina Monroe*, que implicaba el aforismo de “América para los americanos”, y el cual compendia la permanente advertencia del imperio estadounidense de no permitir cualquier tipo de intervención de los países del viejo continente en América Latina (Ecured, 2019), pues desde el surgimiento de la nación de las trece colonias exbritánicas, su clase política consideró como su feudo regional a toda Latinoamérica, con todos sus recursos naturales, económicos y geográficos.

Así, los órdenes internos de los países quedaron sujetos a las condiciones que plantearon las metrópolis y sus oligarquías nacionales; aunque, en países como el nuestro, había una suerte de paripé político-nacionalista, donde sobre todo en las décadas subsiguientes al movimiento armado revolucionario, se buscó en México construir una identidad político-jurídica a partir del enaltecimiento de los símbolos posrevolucionarios; en este sentido, nombres como José Vasconcelos, Diego Rivera, Daniel Cosío Villegas, David Alfaro Siqueiros, José Revueltas, Frida Kahlo, etcétera (inspirados también, en la Revolución rusa de 1917), representaron en la pintura y la literatura mexicana la legitimación nacionalista del orden revolucionario y de sus caudillos de la revolución.

Se colocó un dique entre la soberanía mexicana y los incipientes afares de los recién inaugurados instrumentos jurídicos internacionales que normaban la vida de las naciones sobre las normas *ius cogens*, como bien lo refiere Cesar Sepúlveda en una serie de reflexiones de ese momento:

El derecho internacional, casi desde su nacimiento en el siglo XVI, cuando aparece al mismo tiempo que en América, e igualmente, bajo un signo feliz, ha fluido entre Scyllas y Caribdis peculiares. Por una parte, están los escollos puestos por quienes a veces con crueldad ponen en entredicho la naturaleza jurídica de este sistema normativo, y por la otra, se erigen los arrecifes de la política internacional, que trata de relegarlo, queriendo reinar suprema.

Y cuando ha logrado franquear esas rompientes, el derecho internacional todavía ha de sortear numerosos peligros que le asechan, como son el nacionalismo de los Estados, la propensión general a menospreciar el orden jurídico internacional, y a erigir la fuerza como suprema razón de las relaciones internacionales.

La debilidad inherente del derecho de gentes, aprovechada al máximo por los agresores obstinados y los que quieren ejercer el predominio, el afán de

no quererle dedicar atención, y por último, el daño que le causan sus falsos amigos, contra los que hay que precaver (Sepúlveda, 1980: 19-20).

En este entramado que mezcla los intereses de los Estados nacionales fuertes y débiles, México afirmó una postura neutral y protectora de sus condiciones de Estado soberano, a partir de la denominada *Doctrina Estrada*, inaugurada durante el gobierno de Pascual Ortiz Rubio, en 1930, que *de facto* duró hasta los días anteriores a la puesta en marcha del esquema neoliberal en México (1982), y que Pereznieto explica así:

La Doctrina Estrada es un valioso compendio de ideas que sintetiza dos aspectos vinculados en la historia de las relaciones internacionales de México: por un lado, la actitud clara e inteligente en contra del colonialismo, del abuso del poder, de la explotación económica y de la intervención de las potencias imperiales europeas y de los Estados Unidos de América, en América Latina y, por el otro, la necesidad de que México se vincule internacionalmente con otros países y con ellos comparta una serie de principios en los que fundamenta el ejercicio de su política exterior (Pereznieto, 2002: 121).

Adviértase el no tan casual enlace entre las doctrinas Monroe y Estrada, donde Estados Unidos condiciona las formas en que se han de llevar a cabo las relaciones internacionales de sus países periféricos como México, y el proteccionismo que para el sistema político mexicano y sus actores la clase política mexicana del segundo tercio del siglo XX ideó, acciones ambas que coincidían en una sola vía necesaria: la vinculación permanente entre ambos países por condiciones históricas, geográficas y de codependencia económico-cultural apuntada a lo largo de una tormentosa relación de vecindad irreversible.

## II. GLOBALIZACIÓN Y SOBERANÍA ANTE EL ESTADO NACIONAL

A partir de la *Doctrina Estrada*, se permitió, como anotamos, a nivel exterior avalar su soberanía inherente a un país “libre”, y a nivel interior a la clase política de México el tener la posibilidad de administrar el país a partir de la hegemonía de un partido único, que garantizara (aunque no se quiera) la injerencia discrecional estadounidense en el ámbito de los negocios —como ocurrió con el caso del manejo de los hidrocarburos a partir de dejar fuera de ese proceso a las oligarquías inglesas asentadas en México desde el siglo XIX—, basada esa condición de administración política en la totémica y

temporal forma de administrar todo el país a partir de la visión de un solo hombre: el presidente.

En ese caudillismo presidencial, México vivió durante todo el siglo XX aislado jurídicamente de la región latinoamericana, como, por ejemplo, del denominado sistema interamericano de derechos humanos, amparada la clase política priista en la *Doctrina Estrada*, que, como dijimos, se explica en la autodeterminación y en la no intervención en asuntos de corte doméstico; es decir, México toleraba la autodeterminación de cualquier país, siempre y cuando no se cuestionara, como decía el nobel de literatura, Octavio Paz, al *ogro filantrópico* mexicano, representado por esa figura paternalista gubernamental que trataba a su sociedad con violencia y benevolencia, con despotismo y bondad, en una tóxica relación que derivó en un agudo régimen de libertades ficticias, sin posibilidades de ser ejercidas. Recuérdese la expulsión del país al novelista peruano Mario Vargas Llosa, cuando se atrevió a calificar a los gobiernos del PRI como “la dictadura perfecta”.

Es así que los regímenes mexicanos navegaron sobre la base de una autodeterminación sin cortapisa, con todo lo bueno y malo de ese esquema de ejercicio del poder político, el presidencialismo del partido único.

De este modo, el paradigma de la soberanía mexicana tuvo como resultado que, entre 1960 y el año 2000, era impensable el cuestionamiento formal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hacia el gobierno mexicano, porque nosotros no admitíamos la jurisprudencia de la Corte formalmente hasta 1999, y materialmente hasta el año 2010.

En este tenor asistimos, incluso, al reconocimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que fue ratificada y adherida por México 12 años después de su adopción en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y la competencia de la Corte IDH, como ya se dijo, la admitida hasta 1999, lo que indudablemente nos colocaba en un lugar poco decoroso en cuanto al avance y evolución de la protección y defensa de la dignidad humana.

El caso de nuestro país ha sido de un tortuoso andar —para los ciudadanos, por supuesto, no así para los grupos hegemónicos del poder nacional— por cuanto se refiere a la integración al esquema normativo continental, ya que, a juicio de Sergio García Ramírez, nuestro país solía tener un recelo, una predisposición respecto de instancias externas que pudieran tomar decisiones en puntos que se han reservado tradicionalmente a la jurisdicción doméstica:

Las circunstancias históricas en que se ha formado la política internacional de México: los avatares de la insurgencia, las constantes injerencias extranjeras —una de ellas cercenó, en una guerra injusta, la mitad del territorio na-

cional— la necesidad de recurrir a principios firmes como reducto de pretensiones justas, la severa experiencia de la geopolítica, la falta de medios para enfrentar a las codicias externas con el poder de la fuerza o la riqueza fueron entre otros, los factores de esa política (García, 2002: 75).

No podemos tomar esta opinión sino como una reverencia del jurista hacia el mismo sistema que lo prohió. García Ramírez es un sujeto que ha estado ligado al sistema político mexicano, como lo ilustra la enorme variedad de cargos que tuvo a lo largo de su vida en la función pública, y donde incluso tuvo la oportunidad en 1987 de participar en la carrera presidencial por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) —contienda que perdió ante Carlos Salinas de Gortari—. Para el ex juez de la Corte IDH, ese recelo del Estado mexicano era asimismo producto de un autoproteccionismo del sistema político mexicano para sobrevivir ante las críticas de la comunidad exterior. Y es que, para el sistema mexicano, abrirse al exterior era ceder el interés nacional, como lo advirtiera Octavio Paz en su significativa obra el *Laberinto de la Soledad*:

El mexicano siempre está lejos, lejos del mundo y de los demás. Lejos, también de sí mismo. El lenguaje popular refleja hasta qué punto nos defendemos del exterior: el ideal de la “hombría” consiste en no “rajarse” nunca... Para nosotros, contrariamente a lo que ocurre con otros pueblos, abrirse es una debilidad o una traición (Paz, 1972: 26).

Pero el tiempo de ese proteccionismo político se agotó. Los procesos globalizadores y del neoliberalismo surgidos del mal llamado Consenso de Washington de los años ochenta, junto con la caída del ideal del socialismo soviético y con ello (supuestamente) el fin de las ideologías, como lo interpretara Francis Fukuyama, colocó a los Estados nacionales en una situación sumamente frágil y cuestionable.

Creemos que quizás una de las pocas ventajas de la globalización sea una apertura hacia nuevos escenarios jurídicos, a través de lo que en la doctrina se denomina la “irradiación de los órdenes normativos continentales hacia los órdenes normativos domésticos”.

En paráfrasis de Carbonell (2004), hay un proceso de globalización de las comunicaciones, una globalización financiera, una globalización cultural, e incluso, una neocolonización, pues solamente una de las partes es la que está dominando el escenario cultural, esto es, la parte occidental.

Este fenómeno mundial, como se puede interpretar, también ha afectado los ordenamientos jurídicos, donde se han construido ideas que reconfiguran la estructura normativa. Dice Carbonell:



En lo relativo a los sujetos de los derechos fundamentales (las constituciones han recogido derechos de las minorías o de grupos vulnerables, derechos de las comunidades indígenas y derechos colectivos) o también en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de los poderes públicos, mediante la creación de nuevos niveles de gobierno, con el reconocimiento de la capacidad jurídica de regulación de asociaciones vecinales, a través de la tutela del llamado tercer sector, conformado por las organizaciones *non-profit* [sin fines de lucro] y así por el estilo (Carbonell, 2004: 36).

Siguiendo esta reflexión, Carbonell (2004) apunta que en el trabajo de Ferrajoli, respecto de las soberanías, se evidencia que ha sido más lento el proceso de configuración de un orden jurídico supranacional, pues parte de la lógica que han impuesto las grandes empresas a los distintos procesos de globalización, que ha sido la de exigir a los gobiernos plutocráticos la más completa de las libertades para el movimiento de capitales, lo que se ha traducido en una suerte de anarcocapitalismo mundial que ha hecho de la falta de reglas su nueva y particular *grundnorm*.

Con esa base de predominio conceptual de la globalización, se quiere redefinir en estos últimos años la existencia del Estado nacional y, en su lugar, se advierte la presencia de las organizaciones multinacionales, tratando de plantear no sólo las bondades de las organizaciones internacionales —producto de la acción soberana de los integrantes de la comunidad internacional—, sino como una debilidad de los propios sujetos:

Mientras declina el Estado-nación y retroceden los Estados soberanos que constituían la comunidad internacional, toma forma, paulatinamente, un nuevo orden planetario. La creación del nuevo orden, que aún permanece inadvertido al ciudadano común, tiene como corolario la propia descomposición del Estado y es promovida por las fuerzas económicas y sociales emergentes que vienen estructurando el mundo a finales del siglo XX (François, 2013: 234).

Esa dinámica mundializante que pudiese presuponer sólo la afirmación de los conceptos económico-financieros, pero, gracias a la lucha de las fuerzas progresistas, ha influido en el proceso de la construcción de un contexto de defensa de los derechos fundamentales: “Asistimos a una nueva dinámica internacional que tiende a ser irreversible, en la que prevalece la tendencia a formar bloques económicos regionales para hacer frente a la lógica del mercado, pero a la vez se exige cada día más el respeto irrestricto a los derechos fundamentales” (Rubio, 2006: 205).

Al referir un acápite histórico, en la actualidad en el seno de la OEA, asistimos a ese grupo de gobiernos (retrógrados y reaccionarios) títeres de los estadounidenses, el denominado “Grupo de Lima”, que se erige como impoluto defensor de la libertad y los derechos humanos, olvidándose de los principios de la autodeterminación y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; una de sus principales encomiendas es censurar el proceso venezolano de autodeterminación; el Grupo de Lima defiende a un líder hechizo de Estados Unidos y Donald Trump, Juan Guaidó, que ha tenido la actitud insolente y traidora de solicitar la intervención armada de los estadounidenses en su país, ignorando el padecimiento de millones de ciudadanos de varias naciones latinoamericanas en situación de pobreza extrema, lo que, a mi criterio, constituye el mayor de los crímenes de *lesa humanidad*.

Sólo como recordatorio cultural (si alguna vez alguien lo leyó), habría que recordar la frase de José Carlos Mariátegui (2006), intelectual peruano de mediados del siglo XX: “La revolución no es calco ni copia, es creación heroica de los pueblos”.

Retomando el caso de México, el periodo de una apertura democrática electoral registrada desde 1997 coincide con el resquebrajamiento del régimen presidencialista del PRI, a partir del acceso al Poder Ejecutivo de otra opción partidista en el 2000 y 2006, y en 2012 de nuevo con el PRI, con el gobierno espurio del régimen corrupto de Peña Nieto en el ámbito presidencial; gobiernos retrógrados que pretendieron la no existencia de la *Doctrina Estrada* y el principio internacional de la autodeterminación. Así, en el contexto de la apertura democrática, la vieja clase política mexicana y sus herederos debieron abrir sus lóbregos sótanos de impunidad y permitir el sojuzgamiento de los órganos jurisdiccionales regionales como la Corte Interamericana.

Una muestra de ello lo significa el tratamiento por el Estado mexicano y sus instituciones del emblemático caso de Rosendo Radilla Pacheco, luchador social de los años setenta, quien fue “desaparecido” por fuerzas castrenses en la sierra de Guerrero, y del que no se supo más sino hasta que, luego de un tortuoso proceso de poco más de treinta años, la Corte Interamericana (previo paso por la Comisión IDH) dictó sentencia, condenando al Estado mexicano el 23 de noviembre de 2009.

De esa sentencia se desprende, entre otras cosas, que es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México (tema de controversia en este caso) se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que han sido reiterados en el caso en comento, y que aplican para toda violación de derechos humanos

que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Sin pérdida de la soberanía mexicana.

Pero, además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el paradigmático expediente Varios 912/2010, derivado de la señalada sentencia, acuerda la aplicación material de la jurisdicción de la Corte IDH, así como la obligación para quienes imparten justicia de inaplicar las normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y a ordenar la realización del control difuso de convencionalidad por parte de todos los jueces del país.

Estos procesos de apertura jurídica no son producto de una serie de graciosas concesiones del Estado mexicano: aquellas, como ocurre con otras políticas de la nación, responden a las presiones internacionales, como ocurre con la reforma constitucional de 2011 en materia de la reserva del principio de dignidad humana, contenida en el artículo primero, último párrafo, que refiere la prohibición a 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.

En ese mismo año (en 2011), se admitieron las recomendaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para integrar, a través de la reforma constitucional de junio de ese año, el catálogo universal de los derechos humanos a nuestra carta fundamental.

No se puede dejar de mencionar que, en 2008, asumimos el reto de modificar nuestro sistema de seguridad pública y justicia, en función de dar vigencia al debido proceso con el recambio de paradigma, para transitar del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, con el juicio oral incluido, experiencia en la cual países del cono sur nos llevan ya bastante ventaja. La asunción de ese modelo no la adquirimos porque un día nos levantamos inspirados en recuperar el tiempo: debemos entender que asumimos ese modelo por las presiones de USAID, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, apéndice del Departamento de Estado norteamericano, en el marco del TLC.

### III. LOS MODELOS DOCTRINALES JURÍDICO-POLÍTICOS EN EL MARCO DE LAS SOBERANÍAS

Es necesario advertir que, sin restarle la contundente importancia explícita e implícita a la realidad jurídica que implica el respeto a los derechos humanos

o al foro de la justicia material en derechos humanos, reiteramos que estamos retrasados, y en cuestiones doctrinales también nos hemos ubicado a la saga.

Hacemos mención de esto porque cuando hace 40 años se hablaba en el mundo del Estado constitucional de derecho como referente del garantismo y los derechos humanos, en México prácticamente todavía estamos anclados (quíerese o no) en el caduco modelo del Estado de derecho.

Como sabemos, el modelo del Estado constitucional de derecho, tiene una nueva base y se contrapone, de acuerdo con el jurista Serafín Ortiz, al Estado de derecho de carácter legalista, positivista y formalista; el jurista comenta:

Es innegable que en el desarrollo de la sociedad —si convenimos en que aquel se refunde en el ente Estado—, la teoría aludida tiene un referente específico que, desde ahora adelante, se vincula a la instauración del Estado constitucional de derecho, acuñado en el mundo a partir de la promulgación de la Constitución alemana de Bonn de 1949, prosiguiéndole la Constitución española de 1978, la Constitución portuguesa de 1976, y otros ordenamientos tanto europeos con las debidas repercusiones en Latinoamérica. Al mismo tiempo, no puede desvincularse que este proceso de transformación sociopolítica está unido a una nueva concepción del fenómeno jurídico, a la luz de la preocupación de los juristas por la construcción de una epistemología del derecho; dicho de otra forma, es una tarea que tenemos por hacer los juristas: desmontar la vieja concepción de una Teoría General del Derecho, transmutándola por una nueva epistemología (Ortiz, 2017: XIV-XV).

Como observamos en la interpretación de Ortiz, a diferencia del Estado de derecho, el Estado constitucional de derecho justiprecia el contenido axiológico del derecho, es decir, los principios constitucionales se superponen al reduccionismo de la ley secundaria y amplían su contenido hacia los documentos internacionales en materia de la protección y defensa de la dignidad humana de las personas en general —y no sólo de los ciudadanos en particular— ante sus gobernantes.

No se puede soslayar, entonces, que el Estado constitucional de derecho está configurado sobre la base del constructo teórico representado por el neoconstitucionalismo que, a decir de Paolo Comanducci, tiene, desde su afirmación teórica, las cualidades que le dan sentido al Estado constitucional de derecho:

El constitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a

los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción el neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.

Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles (Comanducci, 2002: 97).

Y en efecto, el Estado constitucional de derecho no resulta funcional para el político de otros tiempos, de épocas arcaicas proteccionistas que hoy se ven cada vez más debilitadas y diluidas. Así, los contenidos de las soberanías nacionales se han consolidado en el marco del derecho internacional y de los compromisos que su asunción expresa en los Estados parte de esos documentos.

Los casos de combate a la corrupción derivados de maxiprocesos en contra de mandatarios de Perú, Guatemala, Argentina, Brasil, Paraguay (y esperemos que pronto también suceda en México), entre otros, develan que la soberanía de los Estados nacionales dejó de ser patente de curso para gobernantes corruptos amparados en el predominio del derecho doméstico sobre sus gobernados. Sería muy ingenuo suponer que el afán sancionatorio de las oposiciones políticas en los países referidos haya surgido de manera espontánea: la presión de los intereses anticorrupción reflejados en las Convenciones de Palermo, Viena y Mérida son elementos suficientes para fincar responsabilidades a los mandatarios-gerentes de la región.

#### IV. IDEAS CONCLUYENTES

El proceso histórico ha marcado el derrotero a seguir: una mundialización de las condiciones que determinan las relaciones entre los mismos Estados, éstos y sus gobernados, sea cual fuere su escenario.

Empero, naciones como México hoy tienen que tomar decisiones en medio de dos posturas:

La primera tiene que ver con reivindicar la *Doctrina Estrada* ante la geopolítica que exige de México posturas diplomáticas de respeto irrestricto

a los principios de la autodeterminación y la no injerencia en asuntos internos de otros Estados.

La segunda está a favor de someterse a los postulados de los intereses económico-políticos estadounidenses, como hoy se está esbozando desde la presidencia de Donald Trump con sus medidas de excesivo proteccionismo ante los nuevos actores económicos mundiales como China, Rusia e India, siempre tratando de justificar esas medidas como argumentos de “seguridad nacional”.

Indudablemente, la primera postura advierte su base axiológica en el marco del Estado constitucional de derecho, donde la Constitución es el baluarte que enlaza al orden doméstico con el debido respeto al orden internacional, como ocurre en nuestro caso en materia de los derechos humanos, en sus artículos 1o. y 89, fracción X, de nuestra carta fundamental; vale referir que, en relación con este último artículo, sobre la política exterior advierte lo que sigue:

Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales...

En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales...

Es un hecho que el esquema neoliberal comienza a agotar sus argumentos ante la polarización económica, generando en las naciones de contrastes económicos, una serie de tensiones que hacen cada vez más inviable ese artificio económico nacido de la Escuela de Chicago y su ideólogo Milton Friedman.

Ante este panorama, habría que pensar en una única vía, que concilie los intereses de las soberanías nacionales junto con el atemperamiento de las irracionales ambiciones de los grupos de la oligarquía planetaria, que implicaría, de modo sustantivo, dar un margen de garantía a la normatividad internacional en derechos humanos, especialmente a aquellos de orden económico, político y cultural, que son los indispensables para la existencia y desarrollo de los grupos poblacionales depauperados en la posmodernidad.

En México, con la abrumadora victoria del hoy presidente Andrés Manuel López Obrador en 2018, del partido Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), se pueden prever acciones de este tipo que se conviertan en contrapunto de las ideologías vigentes en el pensamiento político de la posmodernidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel (2004), *Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos*, México, Porrúa.
- COMANDUCCI, Paolo (2002), “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, abril de 2002.
- (ECURED) (2019), “Doctrina Monroe”, *Enciclopedia Cubana*, disponible en: [https://www.ecured.cu/Doctrina\\_Monroe](https://www.ecured.cu/Doctrina_Monroe).
- FERRAJOLI, Luigi (2010), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta.
- FRANÇAIS, Ariel (2013), “El crepúsculo del Estado-nación. Una interpretación histórica en el contexto de la globalización”, *Documentos de Debate*, núm. 47, Nueva York, UNESCO.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2002), *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM.
- MARIÁTEGUI, José Carlos (2006), *Los siete ensayos de la realidad peruana*, Lima, Era.
- MCLUHAN, Marshall y FIORE, Quentin (2014), *La guerra y la paz en la aldea global*, Barcelona, La Marca.
- ORTIZ Ortiz, Serafin (2017), *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa.
- PAZ, Octavio (1979), *El Ogro Filantrópico*, Barcelona, Seix Barral.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (2006), “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de derechos”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, Oviedo, Universidad de Oviedo.
- SEPÚLVEDA, César (1980), *El lugar del derecho internacional en el universo jurídico*, México, Porrúa.

## LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Raymundo GIL RENDÓN\*

SUMARIO: I. *Hipótesis*. II. *El acceso ante la Corte IDH*. III. *Consideraciones del SIDH*. IV. *Consideraciones del SEDH*. V. *Críticas y conclusiones en torno al SIDH*.

### I. HIPÓTESIS

Si el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, entonces el sistema interamericano de derechos humanos incumple con este ordenamiento convencional.

### II. EL ACCESO ANTE LA CORTE IDH

Resulta obvio reclamar el derecho a ejercer legítimamente el libre acceso a la jurisdicción interamericana, para que directamente, como ocurre actualmente en los sistemas africano y europeo de protección de derechos humanos, las víctimas de violaciones a sus derechos humanos tengan el acceso directo ante la Corte IDH, sin antes agotar el procedimiento no jurisdiccional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vedando así el acceso efectivo a la justicia, que se contempla en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunado al derecho a la justicia dentro de un plazo razonable y de manera expedita, que tutela el artículo 8 del mismo ordenamiento legal.

---

\* Dr. PhD. Raymundo Gil Rendón (UNAM/México).



Propongo reivindicar al “proceso”, como lo dijera Mauro Cappelletti, un derecho a la “jurisdicción constitucional supranacional”,<sup>1</sup> como un nuevo método científico de solución de controversias y disminuir o seleccionar o escoger opcionalmente al “procedimiento”, como una vía libre y alterna u opcional de solución de conflictos.

El proceso se convierte así en la mejor garantía de los derechos humanos, pero para ello se requiere transformar el sistema, reformando o reinterpretando el artículo 61.1 de la Convención, o realizando una interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, eliminando el sentido literal de dicho precepto, para cambiar el significado y sentido que se le ha venido dando, para que ya no sea la Comisión Interamericana la única legitimada para acceder a la Corte Interamericana. Con mi propuesta sostengo la necesidad de que ahora sea la víctima la única parte procesal legitimada directamente para demandar la violación de sus derechos humanos ante la Corte Interamericana, con legitimación *ad processum* para acceder a la justicia;<sup>2</sup> esto en razón de que en enero de 2009 fue aprobada una reforma parcial al Reglamento de la Corte IDH, en la que se dio un avance significativo en el acceso de la persona individual a la jurisdicción de la Corte, pues como lo señalaba el artículo 2.24, “la expresión «partes en el caso» significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión”;<sup>3</sup> nótese que el papel otorgado a la Comisión es sólo procesal; sin embargo, Manuel E. Ventura Robles plasma lo siguiente:

Lo que ocurrió en la práctica es que como consecuencia de que el Reglamento dispone, y así lo ha hecho siempre, que la Comisión presenta la demanda a la Corte, como una consecuencia de que el artículo 61.1 de la Convención dice que “sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”, la Comisión siguió actuando exactamente igual pese al cambio reglamentario, como una parte sustantiva y no procesal. La Comisión no se pudo apartar de su cultura de parte acusadora, de fiscal del proceso, y no se preparó para jugar un papel diferente, por lo que la Co-

---

<sup>1</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Cappelletti, Mauro, obras: *La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007, xix-461 pp.”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, p. 563.

<sup>2</sup> Artículo 2.24 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001, y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

<sup>3</sup> *Idem*.

misión y los representantes de la presunta víctima han jugado desde entonces un mismo papel.<sup>4</sup>

Además, en noviembre de ese mismo año fue eliminado el artículo 2.24, dando un paso atrás en el acceso a la jurisdicción de la Corte. En su lugar, fue añadido el artículo 2.9,<sup>5</sup> que dispone que el término “Corte” significa la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Propongo que la víctima tenga plena legitimación procesal, y que ésta pueda presentar su queja directamente ante la Corte IDH, y, por otro lado, que sea opcional para el peticionario acudir a la Comisión Interamericana, para agotar el procedimiento no jurisdiccional.

El cambio procesal propuesto radica en permitir a la víctima de violación de derechos humanos, escoger el camino; denunciar ante la Comisión Interamericana o preferir el acceso directo a la jurisdicción universal ante la Corte Interamericana, mediante el libre ejercicio del derecho al debido proceso, para reivindicar esta garantía procesal prevista en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es contradictorio que la Comisión IDH, encargada de vigilar la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio, viole constante e impunemente los derechos humanos de los americanos quejosos que acuden a ella, sin que nadie proteste ni haga nada, sólo esperar “pacientemente”, como ocurrió en mi caso; siete años, con mi petición presentada ante la Comisión Interamericana en 2007, cuando postulé mi candidatura al *Ombudsman* mexicano, hasta la llegada del informe de inadmisibilidad del veinticinco de julio de 2014 (67/2014), para desechar mi petición individual (P. 580/2007); hay que “esperar y transitar por un largo y sinuoso camino”, para ver cuándo la Comisión IDH, con sede en Washington, D. C., decide arbitrariamente, más que discrecionalmente, admitir un caso y someterlo a la Corte IDH, cuando ella debe ser la primera garante del debido proceso; sin embargo, en la práctica, paradójicamente, los viola, de manera impune y flagrante.

### III. CONSIDERACIONES DEL SIDH

En efecto, la Comisión IDH viola la propia Convención Americana, y en este entendido es más que viable una reforma o enmienda a dicho ordenamiento

<sup>4</sup> Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. I, México, UNAM, 2008, p. 133.

<sup>5</sup> Artículo 2.9 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

interamericano; sumado a esto, tenemos la sobrecarga de trabajo de la Comisión IDH. Su problema es similar al del sistema europeo de derechos humanos, pues mientras en éste fueron seis países los que se han encargado de producir la sobrecarga de trabajo, en el caso del sistema interamericano, de 2006 a 2015 han sido siete países los que más carga de trabajo han dado a la Comisión IDH, de mayor a menor presentador de quejas son México, Colombia, Argentina, Perú, Brasil, Ecuador, Estados Unidos y Chile.<sup>6</sup>

Respecto a la Comisión IDH, también debe tomarse en consideración que en 2015 el presupuesto aprobado para este organismo como fondo regular fue de 4,565,842.50 dólares.<sup>7</sup> Esta cantidad es independiente de las contribuciones hechas para fondos específicos de la Comisión, las cuales ascienden a la cantidad de 4,479,500.00 dólares.<sup>8</sup>

Ahora, por cuanto a la Corte IDH, ésta opera con un nuevo reglamento, que comenzó a funcionar en 2011; en ese año el promedio de duración de un procedimiento ante la Corte fue de 16.4 meses; en 2012, de 19.2; en 2013 de 21.6; en 2014 fue de 24.1 meses, y en 2015, de 22.2.<sup>9</sup> Como podemos ver, cada año la Corte tarda cada vez más en resolver los asuntos que son sometidos ante ella. En la misma línea de tiempo la Comisión ha sometido a la Corte para su resolución, 23 casos en 2011; 12 en 2012; 11 en 2013; 19 en 2014, y 14 en 2015.<sup>10</sup> Si comparamos este número de casos con las 2,164 peticiones recibidas en 2015<sup>11</sup> por la Comisión, podemos ver que la diferencia en el número de casos es muy pequeño; por ello es sencillo entender que en 2015 el presupuesto ordinario (2,661,100.00 dólares)<sup>12</sup> y

---

<sup>6</sup> Estos datos se pueden constatar en las estadísticas comparativas de países de los años 2006 a 2015, vistas en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estadísticas”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>, consultado el 15 de mayo de 2016.

<sup>7</sup> Informe Anual 2014. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 7 de mayo de 2015, p. 758.

<sup>8</sup> Informe Anual 2014. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 7 de mayo de 2015, p. 761.

<sup>9</sup> Informe Anual 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 60. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/espanol.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2016.

<sup>10</sup> Informe Anual 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 36. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/espanol.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2016.

<sup>11</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estadísticas”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>, consultado el 22 de mayo de 2016.

<sup>12</sup> Informe Anual 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 146. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/espanol.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2016.

extraordinario (1,904,742.50 dólares)<sup>13</sup> que recibe la Corte por la OEA es muy inferior al fondo regular asignado a la Comisión Interamericana en 2015 (5,354,300.00 dólares).

#### IV. CONSIDERACIONES DEL SEDH.

Con relación al sistema europeo, cabe señalar que una diferencia primordial que guarda con el SIDH reside en que en el primero, el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>14</sup> permite que la víctima de violación a derechos humanos presente de manera directa su demanda ante el Tribunal Europeo,<sup>15</sup> y se debe considerar a su vez lo siguiente:

- a) El Convenio Europeo de Derechos Humanos, mediante el Protocolo de reforma núm. 14,<sup>16</sup> adicionó dos características fundamentales a su proceso de resolución de controversias: la primera es que las demandas manifiestamente inadmisibles puedan ser resultas por un juez único, y no por un comité de tres jueces; y la segunda es un nuevo criterio ligado a la importancia del perjuicio sufrido por el demandante que pretende desincentivar la presentación de aquellas demandas por personas que hayan sufrido un perjuicio insignificante.
- b) Se ha emprendido una amplia campaña de difusión y divulgación, que consiste en traducir a diversos idiomas, no sólo inglés y francés, sentencias y jurisprudencias del Tribunal que tienen relación con la

---

<sup>13</sup> Informe Anual 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 146. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/espanol.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2016.

<sup>14</sup> Artículos 34 “Demandas individuales” y 35 “Condiciones de admisibilidad”. *Guía práctica de admisibilidad*, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf), consultado el 20 de mayo de 2016.

Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, artículo 47, contenido de una demanda individual, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Rule\\_47\\_SPA.PDF](http://www.echr.coe.int/Documents/Rule_47_SPA.PDF), consultado el 20 de mayo de 2016.

<sup>15</sup> La experiencia europea demuestra que de las demandas, el 92% de las concluidas en 2013 incurrirán en una causal de inadmisión, siendo desestimadas; empero, son examinadas por juristas y jueces antes de ser inadmitidas, lo que congestiona al Tribunal y entorpece el examen de demandas legítimas, y que en realidad versan sobre acusaciones de violación graves a derechos humanos.

<sup>16</sup> Protocolo 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control establecido por el convenio STCE 194 - Convenio para la Protección de los Derechos Humanos (Protocolo núm. 14), 13.V.2004, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/05/28/pdfs/BOE-A-2010-8504.pdf>, consultado el 20 de mayo de 2016.

admisibilidad de una demanda, y que implica proporcionar manuales de dicho procedimiento a los abogados.

- c) En 2013 se reformó el artículo 47 del Reglamento Interior del Tribunal, en el que se modificaron los requisitos de admisibilidad de la demanda, cuya vigencia entró el 1 de enero de 2014, y por el que se adicionó el requisitar forzosamente un formulario que determina cierta información que ayuda a facilitar la determinación de admisibilidad de la demanda, y para el caso de no presentar dicho formulario, o incluso presentarlo de forma extemporánea, aunque la demanda haya sido presentada en tiempo y forma, se declarara inadmisibile. A raíz de su experiencia, en 2015 volvieron a reformar dicho artículo, cuya vigencia entró el 1o. de enero de 2016, y en el que se actualizó el formulario.

Lo anterior demuestra que para el caso interamericano sí es posible y viable el que se modifique la Convención Americana de Derechos Humanos a fin de que cualquier víctima pueda presentar una demanda de forma directa ante la Corte Interamericana y ésta atienda de manera eficaz dicha petición. Es cierto que las quejas aumentarán en gran cantidad; sin embargo, si estudiamos y aprovechamos la experiencia europea, consolidaremos no solo un control difuso o concentrado constitucional, sino uno convencional que atienda al derecho procesal transnacional, y que implique una equidad en la relación Estado-Corte Interamericana.

Se concluye que el problema es económico, puesto que el presupuesto con el que cuentan actualmente ambos organismos interamericanos es insuficiente, y es ahí donde se encuentra uno de los problemas más grandes de nuestro sistema: la falta de recursos; una prueba de ello son los presupuestos extraordinarios y las contribuciones dados a ambos órganos.

Cómo atinadamente sostiene Ariel E. Dulitzky:

... la realidad indica que el monto total del presupuesto de la Comisión y de la Corte destinado para todos sus operadores, incluido el procesamiento del amparo interamericano, representa menos que el 10 % del presupuesto global de la OEA. Ello ha obligado a la Comisión y a la Corte a depender de contribuciones financieras voluntarias de algunos Estados miembros y de varios países de fuera de la región para financiar el cumplimiento de sus mandatos. Por ejemplo, la Comisión cuenta con financiamiento de la Unión Europea para atender los miles de denuncias que se encuentran rezagadas debido a que la OEA no la provee con suficiente personal para atenderlos.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Dulitzky, Ariel E., “La OEA y los derechos humanos. Nuevos perfiles para el sistema interamericano”, *Diálogo Político*, publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., Buenos Aires, año XXV, núm. 4, diciembre de 2008, p. 73.

La falta de presupuesto provoca falta de personal, que a su vez provoca la sobrecarga de trabajo y lentitud en la producción de resultados, afectando así la efectividad del sistema interamericano.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, no cumple con exigir a la Comisión Interamericana, vía control de convencionalidad, con su deber de observar y de proteger el acceso a la jurisdicción universal, con flagrante violación a los artículos primero, segundo, octavo, y especialmente, el veinticinco, de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque constatando la lentitud de los procedimientos de las denuncias y peticiones individuales ante la Comisión, y que se tramitan por miles, y durante algún tiempo (promedio de cinco años) no remueve los obstáculos vía control de convencionalidad y haciendo una interpretación conforme y aplicando el principio *pro homine*, para permitir el acceso directo ante su jurisdicción, en un pronunciamiento que puede efectuar durante o en la sentencia que dicte en un proceso jurisdiccional, en un caso concreto o mediante la emisión de una opinión consultiva.

## V. CRÍTICAS Y CONCLUSIONES EN TORNO AL SIDH

En conclusión, la tesis que se plantea es que actualmente en las Américas no se cuenta dentro del sistema interamericano, con un recurso rápido, sencillo y efectivo en contra de las violaciones a los derechos fundamentales previstos en la Convención, y se vulnera así y de manera flagrante y cotidiana el derecho a un “recurso efectivo”, contemplado en el artículo 25 de la Convención.

Una crítica continua y persistente al SIDH es el retraso y el tiempo (promedio de cinco años) que la Comisión Interamericana tarda en admitir o no una petición individual, así como debido a la falta de acceso directo a la impartición de justicia ante la Corte Interamericana, con violación latente al artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a una justicia pronta y expedita y dentro de un plazo razonable; ¿se da esto en la práctica? La respuesta es no.

Nuestro sistema regional debe ser el principal observador de los derechos humanos; sin embargo, nuestro sistema tiene una gran falla: la sobrecarga de trabajo,<sup>18</sup> y esto lo podemos corroborar en un estudio estadís-

---

<sup>18</sup> Un estudio sobre la dilación y la capacidad procesal del SIDH lo podremos ver en una investigación de Neri Amaro, Joksán, *Celeridad procesal en el sistema interamericano de derechos humanos*, tesis (licenciatura en derecho), UNILA, Cuautla, México, 2016, pp. 123-127.

tico<sup>19</sup> de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde 2006 hasta diciembre de 2015, en el que podemos ver que anualmente la Comisión recibe más de 1,300 denuncias;<sup>20</sup> pero lo preocupante es el número de casos pendientes de estudio inicial en la Comisión, que asciende a 9,673.

En adición, hay que tener en cuenta que el SIDH funciona con la Comisión y se complementa con la Corte IDH; por ello, un asunto ante la Comisión IDH en general dura cinco años (aunque esto puede variar),<sup>21</sup> y ante la Corte un asunto en promedio (entre los años 2010 a 2012) dura 18.8 meses.<sup>22</sup> Hablamos de que en su totalidad, un caso ante nuestro sistema regional tiene una duración de más de seis años y medio. Estos datos, además de ser preocupantes, y como se deduce de los reglamentos y estatutos de la Comisión y la Corte, existen diversos plazos procesales aplicables a los quejosos y a los Estados denunciados (no hay plazos para la Comisión y la Corte); no obstante, tratándose de los órganos de resolución de controversias, rara vez se establece un plazo concreto para sus actuaciones, provocando un vacío legislativo, en el que se permite que la Comisión y la Corte, más allá de tener facultades discrecionales, tengan facultades arbitrarias.

Se propone permitir el libre acceso a la justicia o a la jurisdicción universal de los derechos humanos a todas las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales previstos en la Constitución o en la Convención, y reconocerles legitimación procesal para presentar libre y directamente las demandas ante la Corte Interamericana.

De esto cabe resaltar tres cosas: la primera es que la persona individual ante la Corte tiene *locus standi in iudicio*, lo cual es un buen avance, mas no es suficiente, pues lo ideal es que se tenga *locus standi*; el segundo punto es que al darle a los Estados parte el derecho a acudir ante la jurisdicción de la Corte se deja en desigualdad procesal a las personas quejas, pues no existe

---

<sup>19</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estadísticas”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>, consultado el 15 de mayo de 2016.

<sup>20</sup> El número varía según el año, en el que el menor número de denuncias recibidas fue en 2008, con 1323, y el más alto fue en 2015, con 2,164 denuncias. Véase “Estadísticas por país” en *idem*.

<sup>21</sup> Basch, Fernando (dir.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Un manual para periodistas*, Buenos Aires, Asociación por los Derechos Civiles, 2010, p. 34, disponible en: <http://www.abraji.org.br/midia/arquivos/file1270840519.pdf>, consultado el 20 de noviembre de 2015.

<sup>22</sup> “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana”, Corte IDH, San José, Costa Rica, 2014, p. 11.



la igualdad de oportunidades, o, como lo refiere el autor en cita, "...se ha perdido la igualdad de armas...";<sup>23</sup> y el tercer punto a tratar es que si bien existe una aparente antinomia entre la Convención Americana y las disposiciones del Reglamento de la Corte, en la práctica lo conducente sería que la Comisión interpretara y aplicara la norma que más favorezca a la persona humana, respetando así el principio pro persona.

Por estas críticas fundadas, Joksan Neri Amaro propone en su estudio profesional un protocolo de reforma a la Convención Americana,<sup>24</sup> pues sus órganos no han dado debido cumplimiento a lo instaurado en la normatividad internacional, a la cual se encuentra sujeta, buscando siempre el respeto a los derechos humanos de las personas, procurando la aplicación del principio universal de justicia pronta y expedita, y buscando siempre la celeridad procesal del sistema interamericano, y como dice el expresidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, "es obvio que la celeridad requiere por lo menos, suficiencia en órganos de procuración y administración de justicia, defensa adecuada, buena distribución de la competencia, tipos procesales eficaces y pleno aprovechamiento del tiempo".<sup>25</sup>

Es indudable que la celeridad procesal, la igualdad de armas, el debido proceso y el acceso a la justicia no se cumplen actualmente en el sistema interamericano de derechos humanos, por lo que el amparo interamericano reconocido en el artículo vigésimo quinto de la Convención no es un recurso efectivo ni se imparte una justicia rápida y expedita ni se da la igualdad de armas al Estado y a la víctima, razones suficientes y necesarias para cambiar el sistema y darle a las personas el acceso directo a la jurisdicción de la Corte Interamericana, bajo la pena de seguir solapando la violación de los derechos humanos de las personas por parte de la Comisión. Por ello, desde hace más de quince años he propuesto el acceso a la jurisdicción universal de los derechos humanos, como lo demuestro en el siguiente pensamiento expresado en un ensayo publicado en la revista del Instituto Nacional de Administración Pública de México:

Por lo que hace al sistema interamericano de derechos humanos, si bien es cierto que desde su nacimiento ha intervenido en numerosas violaciones a los derechos humanos, especialmente por medio de la Comisión Interamericana, a la fecha se ha percibido una amplia desigualdad entre la actividad de la Co-

---

<sup>23</sup> Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. I, México, UNAM, 2008, p. 134.

<sup>24</sup> *Op cit.*, nota 18, pp. 144 y 145,

<sup>25</sup> García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, 2000, pp. 615 y 616.



misión y de la Corte, esto debido entre otros factores al requisito de que sea la Comisión quien consigne ante la Corte los casos que ameriten.<sup>26</sup>

Estas premisas de parámetros adecuados en la justicia y el recurso sencillo, rápido y efectivo en el sistema interamericano, no se cumplen hoy en día; por lo tanto, propongo el acceso directo a la justicia ante la Corte IDH, de todas las personas, ante la llegada del nuevo derecho común interamericano, por la creación pretoriana del control de convencionalidad, y del nacimiento de un *ius commune* interamericano.

Por lo anterior, se propone crear el acceso directo a la Corte IDH por parte de los denunciantes, creándose un mecanismo legal que permita a los peticionarios, optar entre acudir a la Comisión o directamente a la Corte, con la salvedad de que una vez que se acuda a uno de los organismos será necesario esperar hasta la terminación del procedimiento instaurado ante el organismo por el que se optó, y de que si recurre a la Corte, no será posible acudir después a la Comisión.

Se propone adecuar el procedimiento ante la Comisión IDH, a las necesidades actuales, de tal forma que se brinde una plena igualdad procesal entre las partes, y se provea lo conducente para el caso de la inexistencia o ineficacia de los medios de jurisdicción interna, así como los medios de prueba necesarios en tales casos.

---

<sup>26</sup> Gil Rendón, Raymundo, “Hacia un nuevo sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 105, diciembre de 2000, p. 133. En *idem*, la conclusión séptima y octava, a la que llega el doctor Gil Rendón propone el cambio del actual sistema interamericano atendiendo a las necesidades actuales otorgándoles acceso directo a los denunciantes ante la Corte.

## REPRESIÓN POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTADOS MEXICANOS

Mario Demetrio PALACIOS MORENO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La represión política en los estados mexicanos*. III. *El patrón de represión estatal en México*. IV. *Niveles de represión en los estados mexicanos*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Analizar la represión política en las entidades federativas mexicanas y su repercusión en los derechos humanos es el tema de este artículo. Comenzamos por señalar que existe una vasta literatura sobre la represión gubernamental definida como un fenómeno complejo que incorpora múltiples formas de interactividad que necesitan describirse y ser investigadas a fin de alcanzar un mejor entendimiento del objeto de estudio (Henderson, 1991; Poe y Tate, 1994; Davenport, 1995; 1996a; 1996b; 1999; 2005; 2007a; 2007b; 2016; Garner y Regan, 1996; Cingranelly y Richards, 1999; Della Porta 1999; Regan y Henderson, 2002; Poe, 2004; Apodaca, 2001; Bueno de Mesquita y otros, 2005; Carey, 2006, 2010; Colaresi y Carey, 2008; Landman y Larizza, 2009; Cingranelly y Filippov, 2010; Rivera, 2008; 2010; 2012).

La represión estatal se concibe en la literatura especializada como la aplicación o la amenaza de la fuerza con menor o mayor letalidad por los gobiernos contra sus adversarios reales o potenciales con el propósito de someterlos a su voluntad (Henderson, 1991); como la acción regulatoria del gobierno contra aquellos que desafían el poder del Estado (Davenport, 1995); como un conjunto de actividades que violan el derecho a la integridad física (Rivera, 2012) que se desagrega en: “acoso; arresto arbitrario; asesinatos en masa; asesinato político; desaparición forzosa; detención arbitraria; discriminación de derechos civiles y políticos; ejecución extrajudicial; encarcelamiento; tortura; prohibiciones y vigilancia-espionaje” (Davenport,

2007a, 2007b; Henderson, 1991; Poe y Tate, 1994; Apodaca, 2001; Regan y Henderson, 2002; Wood y Gibney, 2010; Rivera, 2012).

Estas actividades promovidas por las autoridades gubernamentales pueden ser letales, vale decir, aquellas que quebrantan “la integridad personal” y atentan contra la vida misma o pueden ser acciones no letales como la forma en que los agentes represivos del Estado limitan, restringen o prohíben a sus adversarios, pero no implica el asesinato, la eliminación física o la desaparición de los disidentes (Davenport, 2005). Sin embargo, Silva (2017) observa que la detención arbitraria, aunque no es letal es una acción represiva capaz de desencadenar tortura, desaparición forzosa y ejecuciones extrajudiciales.

La represión estatal puede asumir diferentes formas: “abierta y encubierta; violenta y no violenta;<sup>1</sup> estatal, patrocinada por el Estado (por ejemplo, las milicias) y afiliada al Estado (por ejemplo, los escuadrones de la muerte); puede ser exitosa o no exitosa” (Davenport, 2007a). Además, es un fenómeno cambiante dependiendo de la época y el conjunto de circunstancias que le rodean (Davenport, 2007a). Se asevera que la acción represiva no es uniforme, sino diversa, heterogénea y que los agentes represivos aplican distintas estrategias que limitan las “libertades políticas y civiles” mediante el arresto masivo, prohibiendo “la libertad de expresión y asociación” y aquellas que socavan “la integridad personal” a través de “la tortura, desapariciones y asesinatos masivos” (Davenport, 2005: 5). Algunas de estas acciones son más letales<sup>2</sup> que otras, sin embargo, todas forman parte de la caja de herramientas de la represión política<sup>3</sup> (Lightcap y Pfiffner, 2014).

El estudio de la conducta represiva gubernamental se ha realizado mediante dos agendas de investigación, primero, la agenda global que adoptó como estrategia examinar la represión política comparando muchos países a través del tiempo y, segundo, la agenda regional sobre América Latina que investigó el fenómeno comparando pocos países a través del tiempo, también, se afirma que los estudios de un solo país estarían representando “la próxima generación de la investigación sobre la represión” (Davenport,

---

<sup>1</sup> Para Davenport (2016) las formas violentas de represión son la tortura, las desapariciones y los asesinatos en masa, mientras que las formas no violentas son las restricciones a la libertad de expresión, de reunión, de asociación, de tránsito y el espionaje doméstico.

<sup>2</sup> Las que quitan vidas humanas.

<sup>3</sup> Lightcap y Pfiffner (2014) sostienen que “De los tres grandes males que los estados pueden perpetrar sobre los que controlan —el genocidio, la esclavitud y la tortura— sólo uno ha prosperado positivamente en el siglo XXI: la tortura. De hecho, el uso de la tortura en los interrogatorios ha tenido un renacimiento en la policía moderna, la inteligencia y las organizaciones militares” (Lightcap y Pfiffner, 2014: 1).

2007a: 6-7), es decir, resulta viable una futura agenda de estudio centrada en un solo país.

En la agenda global de investigación encontramos que Henderson (1991), interesado en explicar por qué algunos gobiernos violan derechos humanos, específicamente, el derecho a la integridad física,<sup>4</sup> descubre que la represión política en México comparado con otros países alcanza un nivel tres en la Escala de Terror Político (ETP).<sup>5</sup> En la escala de terror político, una puntuación de cinco expresa el máximo de represión y se encuentran en ese nivel países como Afganistán, Chad, Sudáfrica y Uganda (Henderson, 1991: 134-138). Conforme a esta investigación, una calificación de tres estaría indicando que en México es muy probable que exista “encarcelamiento político ampliado... Pueden ser comunes la ejecución u otros asesinatos políticos y la brutalidad. Se acepta la detención ilimitada, con o sin juicio, por las opiniones políticas” (Wood y Gibney, 2010: 373). Cabe decir que los resultados sobre México surgen de una comparación entre 145 países en 1980.

En la agenda regional de investigación sobre la intensidad de la represión del Estado en los países latinoamericanos encontramos que Colombia es el país más represivo de la región con una calificación de 5.56 y que la represión en México alcanza una puntuación de 4.5, por lo mismo, se encuentra entre los seis países más represivos de América Latina, en los que la tortura, los asesinatos extrajudiciales y la desaparición de personas son habituales (Rivera, 2010). El hallazgo de la agenda regional de investigación es el resultado de una comparación entre dieciocho países en el periodo de 1981-2005.

De este modo, la represión gubernamental en México, es decir, el conjunto de actividades por parte del gobierno mexicano que violan los derechos humanos de los ciudadanos, es un tema de estudio que se encuentra alojado en la agenda global y regional de investigación, sin embargo, estos trabajos focalizan comparativamente países o naciones a través del tiempo, mientras que el estudio de la represión política a nivel estatal no constituye una unidad de análisis. Por lo mismo, la investigación sobre la represión política en el ámbito estatal es escasa o inexistente, consecuentemente, la represión política a nivel de los estados mexicanos es poco conocida, bajo esta perspectiva, este trabajo quiere contribuir a llenar este vacío de la investigación.

---

<sup>4</sup> Cabe señalar que a “los derechos de integridad física a veces se les conoce como integridad personal o los derechos de integridad de la vida” (Cingranelly y Richards, 1999: 407).

<sup>5</sup> La ETP es el indicador más utilizado por la investigación cuantitativa sobre la violación estatal al derecho de integridad física (Wood y Gibney, 2010: 368).

En México, la represión promovida por las autoridades gubernamentales es un objeto de estudio que reclama ser conocido, Schatz (2011) afirma que cuando la violencia política alcanza un nivel extremo adquiere especial relevancia en la transición a la democracia, ya que podría estar indicando la quiebra del camino hacia su consolidación, en tales circunstancias, un país postransicional como México representa un caso de especial relevancia. La autora sugiere que la conducta represiva promovida por el Estado mexicano no ha sido analizada a fondo, refiriéndose a la represión relacionada con los asesinatos políticos, una de las acciones represivas letales que socavan el derecho a la integridad física (Schatz, 2011: 1-2). No obstante, esta investigación sobre la conducta represiva gubernamental no estudia la represión en el contexto de los estados mexicanos.

Consideramos que el estudio sobre la propensión de las autoridades gubernamentales estatales a reprimir a los ciudadanos es relevante, urgente e impostergable, ya que lo que no sabemos sobre la represión en los estados mexicanos es mucho más de lo que sí sabemos, de este modo, lo que se desconoce resulta esencial para alcanzar una mejor comprensión del fenómeno. No obstante, cabe señalar que existen muchas interpretaciones coloquiales sobre la conducta represiva con base en un lenguaje crudo, común y ordinario, que pueden conmover, apasionar, excitar, pero que difícilmente se acercan al conocimiento de la conducta de interés. Así, por mucho que se esfuerce, la interpretación coloquial es imprecisa y espontánea, por consiguiente, puede llevar a situaciones poco claras. Al ser un mundo de palabras sin definir que se utilizan para comunicar algo, carece del esfuerzo necesario para examinar los elementos definatorios y las relaciones significativas entre estos elementos. Nombrar algo y conocer el significado de algo son dos cosas muy diferentes, apunta Sartori (1980: 27). En consecuencia, entender la represión en el contexto de los estados mexicanos es una tarea impostergable desde el punto de vista académico, ya que las decisiones y las acciones represivas de las autoridades gubernamentales estatales pueden ser y son capaces de desencadenar consecuencias desastrosas sobre los derechos humanos de los ciudadanos, por lo tanto, cabría esperar cierta explicación y no una interpretación cruda o moralista sobre este fenómeno.

## II. LA REPRESIÓN POLÍTICA EN LOS ESTADOS MEXICANOS

Entendida la represión política como objeto de estudio, examinaremos los estados de la República mexicana utilizando como fuente principal la Encuesta

a Expertos en Política Estatal en México 2001-2012 (Loza y Méndez, 2014). Delimitación temporal que aparece a lo largo de este trabajo. La encuesta que se examina incluye, entre otras cuestiones, las opiniones de los expertos sobre la represión gubernamental en la dimensión estatal y constituye un significativo esfuerzo de la Sede México de la Flacso por superar el problema relacionado con la calidad e inexistencia de datos para el estudio de la política local en el país (Loza y Méndez, 2014).

En cuanto a la represión política, la encuesta desagrega la conducta de interés en las siguientes actividades: “detención arbitraria, uso excesivo de la fuerza,<sup>6</sup> asesinato y desaparición de personas, así como la participación de las autoridades gubernamentales estatales con el crimen organizado” (Loza y Méndez, 2014). Con la información que se obtiene de la encuesta, localizamos los estados que se encuentran por arriba o por abajo del promedio nacional de represión. Con el promedio y/o calificación de cada unidad de análisis (estados), arreglamos niveles bajos, moderados, altos y muy altos para cada una de las actividades represivas en el periodo evaluado por los expertos en política estatal.

## 1. *Actividades represivas no letales en la dimensión estatal*

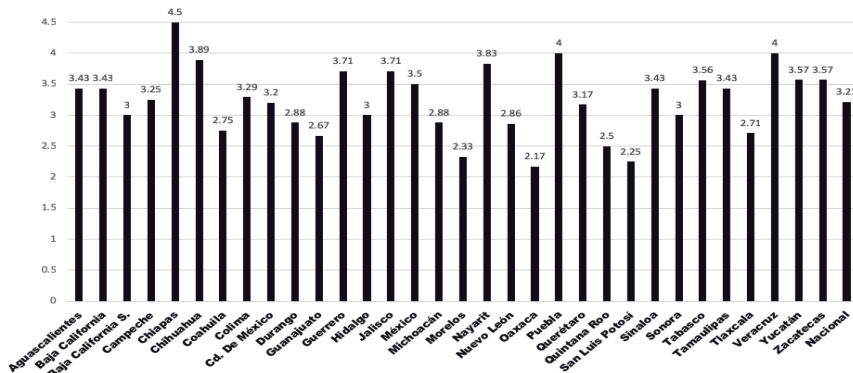
### A. *Detención arbitraria (DA)*

La primera acción represiva no letal que incluye la encuesta de expertos en política estatal es la detención arbitraria, definida como las acciones represivas por parte de la policía y otros cuerpos de seguridad del gobierno estatal para arrestar ilegalmente a personas, políticos de la oposición y periodistas (véase la gráfica 1).

---

<sup>6</sup> Con tres modalidades: uso excesivo de la fuerza en conciertos o eventos deportivos, uso excesivo de la fuerza contra manifestaciones o huelgas y uso excesivo de la fuerza contra sospechosos o detenidos (Loza y Méndez, 2014).

GRÁFICA 1  
 DETENCIÓN ARBITRARIA: 2001-2012



FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

Los resultados<sup>7</sup> dejan ver que Oaxaca con una puntuación de 2.17 es el estado menos represivo del país en términos de detención arbitraria, mientras que el estado de Chiapas alcanza el mayor promedio a nivel nacional con 4.50 y es el estado más represivo del país junto con Puebla y Veracruz que alcanzan una calificación de 4.00, respectivamente.

Los resultados de la encuesta muestran que el 53.12% de los estados mexicanos<sup>8</sup> superan el promedio nacional de 3.21, mientras que el 46.88% de las entidades federativas<sup>9</sup> permanecen por abajo del promedio nacional en la promoción de detención arbitraria.

### B. *Uso excesivo de la fuerza en conciertos y eventos deportivos (UEFCED)*

El estado que menos promueve esta acción represiva no letal es Baja California Sur con una calificación de 1.00 en comparación con el estado

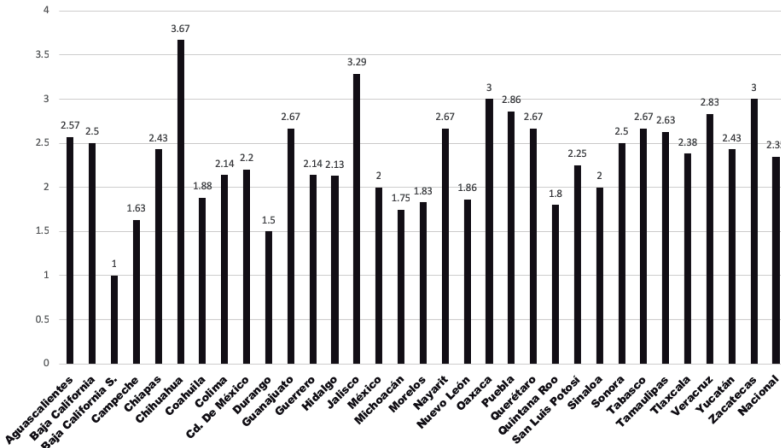
<sup>7</sup> Cabe señalar que para cada una de las actividades represivas, los valores se obtienen mediante una escala que va de 1 (Nunca) a 5 (Muchas veces). Mientras más se aproxime el promedio de cada unidad de análisis a uno es menos importante la conducta represiva y mientras más se acerque el promedio a cinco es más significativa la conducta de interés (Loza y Méndez, 2014).

<sup>8</sup> Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Guerrero, Jalisco, México, Nayarit, Puebla, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

<sup>9</sup> Baja California Sur, Coahuila, Ciudad de México, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora y Tlaxcala.

de Chihuahua con una puntuación de 3.67 caracterizándose como la entidad del país que más promueve esta acción represiva (véase la gráfica 2).

GRÁFICA 2  
 USO EXCESIVO DE LA FUERZA EN CONCIERTOS  
 O EVENTOS DEPORTIVOS: 2001-2012



FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El 46.88% de los estados<sup>10</sup> están por abajo del promedio nacional de 2.35, mientras que el 53.12% de las entidades<sup>11</sup> superan el promedio nacional en el uso excesivo de la fuerza en conciertos y eventos deportivos.

C. *Uso excesivo de la fuerza contra manifestaciones o huelgas (UEFCMH)*

En esta actividad represiva, Chihuahua con una calificación de 3.22 seguido de Guerrero, Jalisco, Puebla y Yucatán con una puntuación de 3.14, respectivamente, son los estados más represivos del país en comparación con Baja California Sur que alcanza la puntuación más baja de 1.20 en la

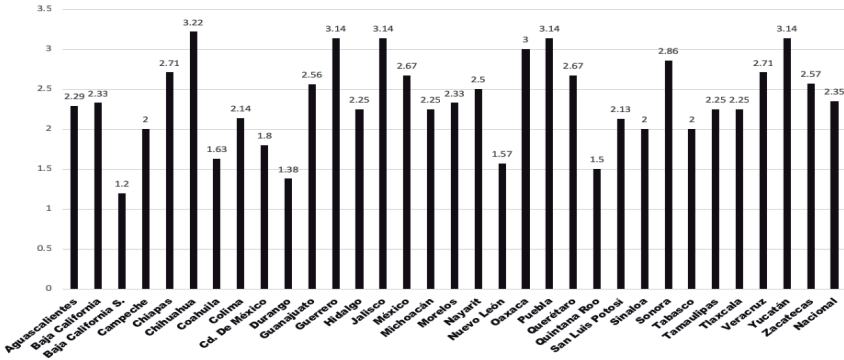
<sup>10</sup> Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí y Sinaloa.

<sup>11</sup> Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.



promoción de esta acción represiva seguido por Durango con una calificación de 1.38 (véase la gráfica 3).

GRÁFICA 3  
 USO EXCESIVO DE LA FUERZA CONTRA MANIFESTACIONES  
 O HUELGAS: 2001-2012



Fuente: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El 56.25% de los estados<sup>12</sup> están por abajo del promedio nacional de 2.35 y el 43.75% de los estados<sup>13</sup> supera el promedio.

Conforme a los valores encontrados, el estado de Chihuahua parece tener predilección por el uso excesivo de la fuerza para mantener el orden en conciertos y eventos deportivos y, también, por el uso excesivo de la fuerza contra manifestaciones o huelgas; se advierte que es la entidad del país que más promueve estas acciones represivas. En contraste, Baja California Sur se caracteriza como la entidad del país que menos promueve el uso excesivo de la fuerza para mantener el orden en conciertos y eventos deportivos y el uso excesivo de la fuerza contra manifestaciones o huelgas conforme a los valores encontrados en la encuesta en el periodo evaluado por los expertos en política estatal.

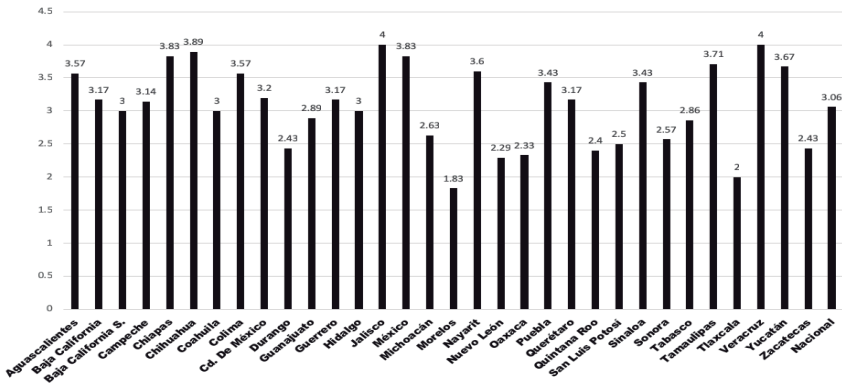
<sup>12</sup> Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Durango, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala.

<sup>13</sup> Chiapas, Chihuahua, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sonora, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

D. *Uso excesivo de la fuerza contra sospechosos o detenidos (UEFCSD)*

La cuarta acción represiva no letal es el uso excesivo de la fuerza contra sospechosos o detenidos con un promedio nacional de 3.06. En la opinión de los expertos, Jalisco y Veracruz con una calificación de 4.0, respectivamente, son los estados más represivos comparados con Morelos que alcanza la puntuación más baja de 1.83, seguido de Tlaxcala con una calificación de 2.00 (véase la gráfica 4).

GRÁFICA 4  
 USO EXCESIVO DE LA FUERZA CONTRA SOSPECHOSOS  
 O DETENIDOS: 2001-2012



FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El 46.88% de los estados<sup>14</sup> tienen una calificación por abajo del promedio nacional de 3.06, mientras que el 53.12% de las entidades<sup>15</sup> del país superan el promedio nacional en la promoción de esta actividad represiva.

2. *Actividades represivas letales en la dimensión estatal*

La encuesta a expertos caracteriza las acciones represivas letales como aquellas que promueven la policía y otros cuerpos de seguridad del gobier-

<sup>14</sup> Baja California Sur, Coahuila, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas.

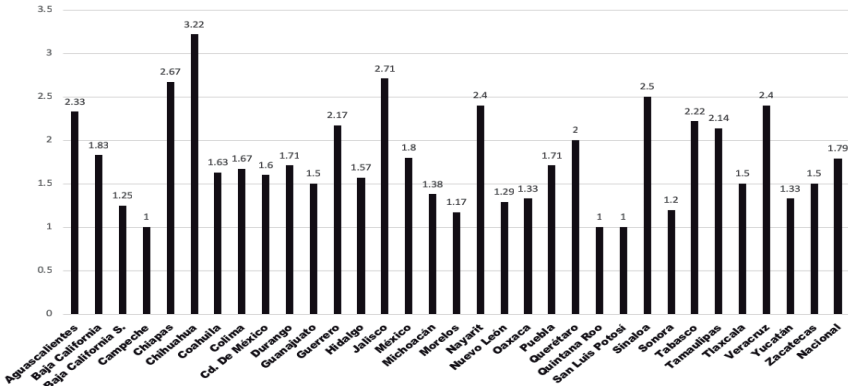
<sup>15</sup> Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Ciudad de México, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Nayarit, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

no estatal cuando asesinan sospechosos, detenidos, políticos de la oposición, periodistas y aquellas que implican la desaparición forzosa (Loza y Méndez, 2014).

*A. Asesinar sospechosos o detenidos (ASD)*

La primera actividad represiva letal alcanza un promedio nacional de 1.79 y el estado de Chihuahua con una calificación de 3.22 es el más represivo por asesinar sospechosos o detenidos en comparación con Campeche, Quintana Roo y San Luis Potosí que alcanzan la puntuación más baja de 1.00, respectivamente (véase la gráfica 5).

GRÁFICA 5  
 ASESINAR SOSPECHOSOS O DETENIDOS:  
 2001-2012



FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El 59.37% de los estados<sup>16</sup> tienen una calificación por debajo del promedio nacional de 1.79, mientras que el 40.63% de los estados<sup>17</sup> supera el promedio nacional.

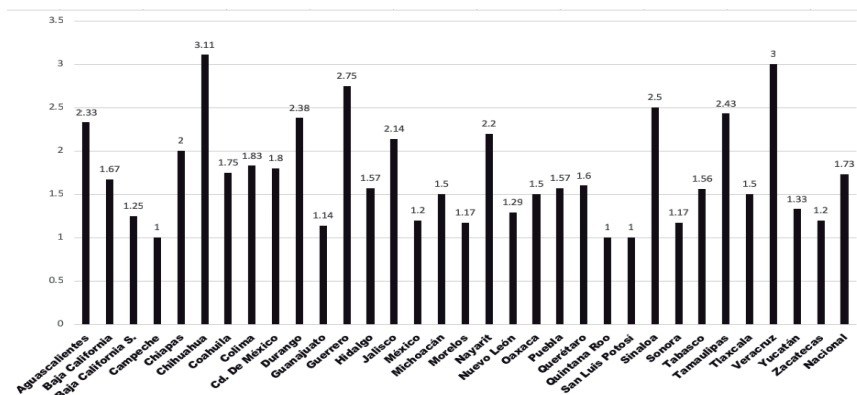
<sup>16</sup> Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

<sup>17</sup> Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Chihuahua, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Nayarit, Querétaro, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz.

B. *Asesinar o desaparecer personas (ADP)*

La segunda actividad represiva letal alcanza un promedio nacional de 1.73 y el estado de Chihuahua con una calificación de 3.11 es el más represivo seguido por Veracruz con una puntuación de 3.00 por asesinar o desaparecer personas en comparación con Campeche, Quintana Roo y San Luis Potosí que alcanzan, nuevamente, la puntuación más baja de 1.00, respectivamente, en el periodo evaluado por los expertos en el uso de esta estrategia represiva a nivel estatal (véase la gráfica 6).

GRÁFICA 6  
 ASESINAR O DESAPARECER PERSONAS: 2001-2012



FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El 59.37% de los estados<sup>18</sup> tienen una calificación por abajo del promedio nacional de 1.73, mientras que el 40.63% de las entidades<sup>19</sup> lo superan.

C. *Participar en actividades ilegales al servicio del crimen organizado (PAISCO)*

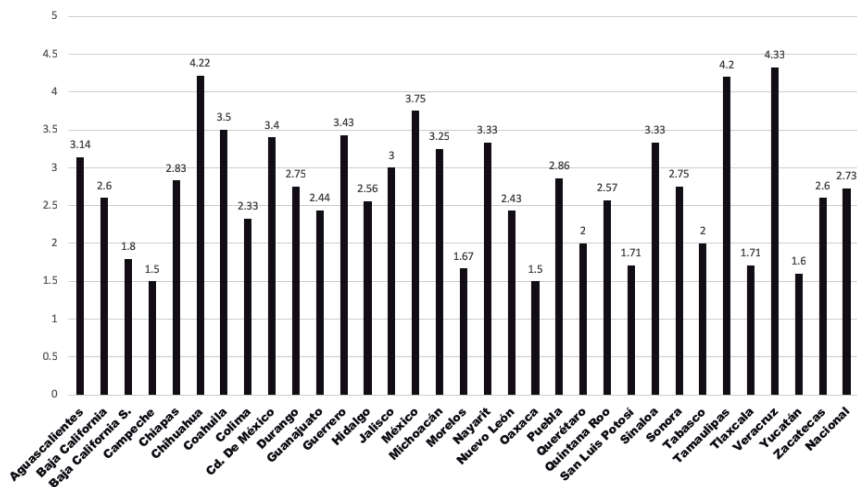
La última actividad represiva letal que incluye la encuesta a expertos en política estatal son las actividades ilegales por parte de la policía y otros cuer-

<sup>18</sup> Baja California, Baja California Sur, Campeche, Guanajuato, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

<sup>19</sup> Aguascalientes, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Jalisco, Nayarit, Sinaloa, Tamaulipas y Veracruz.

pos de seguridad del gobierno estatal en complicidad con el crimen organizado. Esta acción alcanza un promedio nacional de 2.73 y Veracruz, con una puntuación de 4.33, es el estado que más participa en actividades ilegales al servicio del crimen organizado seguido por Chihuahua con una puntuación de 4.22 y Tamaulipas con una calificación de 4.20 (véase la gráfica 7).

GRÁFICA 7  
 PARTICIPAR EN ACTIVIDADES ILEGALES AL SERVICIO  
 DEL CRIMEN ORGANIZADO: 2001-2012



FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El 50% de los estados<sup>20</sup> tienen una calificación por debajo del promedio nacional de 2.73 y la otra mitad<sup>21</sup> tiene una calificación que supera el promedio.

<sup>20</sup> Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

<sup>21</sup> Aguascalientes, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Puebla, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas y Veracruz.

### III. EL PATRÓN DE REPRESIÓN ESTATAL EN MÉXICO

En general, la encuesta revela que las acciones represivas no letales que más promueven las agencias de seguridad estatales de acuerdo con el promedio nacional son la detención arbitraria, el uso excesivo de la fuerza para mantener el orden en conciertos o eventos deportivos y contra sospechosos o detenidos, mientras que la acción represiva no letal que menos promueve es el uso excesivo de la fuerza contra manifestaciones o huelgas. La encuesta dejar ver que hay menos estados implicados con estrategias represivas letales por asesinar sospechosos o detenidos y asesinar o desaparecer personas, mientras que con relación al crimen organizado la mitad de los estados mexicanos están muy implicados, sin embargo, la otra mitad de estados estaría menos implicada, pero no exenta de contubernio con el crimen organizado (véase el cuadro 1).

Cuadro 1  
PATRÓN DE REPRESIÓN ESTATAL EN MÉXICO: 2001-2012

<i>Actividades represivas</i>		<i>Estados</i>	<i>Arriba del promedio nacional</i>	<i>Estados</i>	<i>Abajo del promedio nacional</i>
No letales	Detención arbitraria	17	53.12%	15	46.88%
	Uso excesivo de la fuerza para mantener el orden en conciertos o eventos deportivos	17	53.12%	15	46.88%
	Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes o huelgas	14	43.75%	18	56.25%
	Uso excesivo de la fuerza contra sospechosos o detenidos	17	53.12%	15	46.88%
Letales	Asesinar sospechosos o detenidos	13	40.63%	19	59.37%
	Asesinar o desaparecer personas	13	40.63%	19	59.37%
	Participar con el crimen organizado	16	50.00%	16	50.00%

FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014.

El diagnóstico destaca entre los principales perpetradores de la represión a las agencias de seguridad estatales, pero también señala a un actor privado (crimen organizado) participando simultáneamente en la promoción de actividades represivas. Es probable que esto tenga efectos en los niveles de represión en los estados mexicanos que se describen en adelante.

#### IV. NIVELES DE REPRESIÓN EN LOS ESTADOS MEXICANOS

Con los datos desagregados de la encuesta (los promedios de cada unidad de análisis) se consideró viable arreglar niveles bajos, moderados, altos y muy altos de represión política en los estados mexicanos. Los niveles muestran la preferencia o la inclinación de las autoridades estatales por el repertorio de actividades represivas con menor o mayor intensidad en el periodo evaluado por los expertos en política local y exhibe significativas diferencias entre las entidades del país.

##### 1. *Nivel bajo de represión*

Se ordena con los valores más bajos de la encuesta: 1.00 a 1.86, es una dimensión que se caracteriza por el bajo compromiso de los funcionarios gubernamentales estatales con las actividades represivas.

##### 2. *Nivel moderado de represión*

Se ordena con los valores moderados de la encuesta, pero indica un mayor compromiso de los funcionarios gubernamentales estatales con las acciones represivas. Los valores que se toman de la encuesta son: 2.00 a 2.89 y muestran un incremento en la conducta represiva de los estados mexicanos.

##### 3. *Nivel alto de represión*

Se ordena con los valores altos de la encuesta y es una dimensión más represiva que las anteriores. Las actividades represivas de los funcionarios gubernamentales estatales se incrementan y los valores que se toman de la encuesta son: 3.00 a 3.89, que revelan una propensión muy fuerte del gobierno estatal por las decisiones represivas.

#### 4. Nivel muy alto de represión

Se ordena con los valores más altos y es la dimensión más aguda de la represión conforme a la escala 1 a 5 de la encuesta. Los valores que se toman son: 4.00 a 4.50 y constituye el nivel más violento del repertorio de acciones represivas de los estados mexicanos en el periodo evaluado por los expertos en política local.

#### 5. Niveles de represión en los estados mexicanos

El diagnóstico sugiere que la mayoría de las autoridades estatales no se deciden por el nivel muy alto de represión. Es notoria la diferencia entre el número de estados promoviendo actividades represivas no letales ubicados en el nivel muy alto de represión y el número de estados promoviendo actividades represivas no letales ubicados en los niveles bajo, moderado y alto de represión. Lo mismo se puede ver en la promoción de las actividades represivas más violentas o letales donde la mayoría de los estados se concentran en los niveles bajos, moderados y altos de represión (véase el cuadro 2).

CUADRO 2  
NIVELES DE REPRESIÓN EN LOS ESTADOS MEXICANOS: 2001-2012

<i>Niveles</i>		<i>Bajo</i>		<i>Moderado</i>		<i>Alto</i>		<i>Muy alto</i>	
<i>Acciones represivas</i>		1.00-1.86		2.00-2.89		3.00-3.89		4.00-4.50	
		Estados	%	Estados	%	Estados	%	Estados	%
No letales	DA	0	0.0	10	31.25	19	59.37	3	9.38
	UEFCED	8	21.87	20	62.50	4	12.50	0	0.00
	UEFCMH	6	18.75	20	62.50	6	18.75	0	0.00
	UEFCSD	1	3.13	11	34.37	18	56.25	2	6.25
Letales	ASD	21	65.63	10	31.25	1	3.13	0	0.00
	ADP	22	68.75	8	25.00	2	6.25	0	0.00
	PAISCO	7	21.87	13	40.63	9	28.12	3	9.38

FUENTE: elaboración propia con base en Loza y Méndez, 2014

Encontramos que la actividad represiva está diseminada en todo el territorio mexicano, sin embargo, la propensión a la represión es más intensa



en algunas regiones del país que en otras. De este modo, los estados donde la represión es más intensa se caracterizan por niveles altos 3.00-3.89 (los valores muestran una propensión muy fuerte del gobierno estatal por las decisiones represivas) y niveles muy altos de represión 4.00-4.50 (los valores son los más agudos del repertorio de acciones represivas). En estos estados las formas de producción coactiva suscitan represión aguda en el periodo evaluado. Se aprecia en este espacio de represión intensa una fuerte inclinación de los estados mexicanos por las acciones represivas no letales, el 59.37% en detención arbitraria y el 56.25% en uso excesivo de la fuerza contra sospechosos o detenidos. Con el mismo criterio de comparación encontramos estados que se caracterizan por un moderado compromiso de los funcionarios estatales con las acciones represivas. Estas formas de producción coactiva gubernamental corresponden a valores bajos 1.00-1.86 y moderados 2.00-2.89 de violencia. Sin embargo, se deja ver que en este espacio de represión baja o moderada se ubican la mayoría de los estados promoviendo actividades represivas letales, el 65.63% en asesinar sospechosos o detenidos y el 68.75% en asesinar y desaparecer personas. Los promedios de este grupo de estados son formas de producción coactiva gubernamental estatal que estarían suscitando la represión gubernamental con menor intensidad en el país en el periodo evaluado. Conforme a los valores del diagnóstico, encontramos como particularidad de los estados mexicanos que tienden a mezclar los niveles de represión como se describe en el siguiente cuadro.

CUADRO 3  
MEZCLA EN LA PROPENSIÓN DE ACCIONES REPRESIVAS  
EN EL TERRITORIO MEXICANO: 2001-2012

<i>Estados</i>	<i>Niveles de represión</i>	<i>Región<sup>22</sup></i>
Baja California	Bajo, moderado y alto	Norte
Baja California Sur	Bajo y alto	Norte
Chihuahua	Alto y muy alto	Norte
Coahuila	Bajo, moderado y alto	Norte
Nuevo León	Bajo y moderado	Norte
Sinaloa	Moderado y alto	Norte
Sonora	Bajo, moderado y alto	Norte

<sup>22</sup> El modelo de regionalización es de INEGI. Recuperado de *inegi.org.mx*.

Tamaulipas	Moderado, alto y muy alto	Norte
Aguascalientes	Moderado y alto	Centro-Norte
Colima	Bajo, moderado y alto	Centro-Norte
Durango	Bajo y moderado	Centro-Norte
Guanajuato	Bajo y moderado	Centro-Norte
Jalisco	Moderado, alto y muy alto	Centro-Norte
Nayarit	Moderado y alto	Centro-Norte
San Luis Potosí	Bajo y moderado	Centro-Norte
Zacatecas	Bajo, moderado y alto	Centro-Norte
Ciudad de México	Bajo, moderado y alto	Centro
México	Bajo, moderado y alto	Centro
Guerrero	Moderado y alto	Centro-Sur
Hidalgo	Bajo, moderado y alto	Centro-Sur
Michoacán	Bajo, moderado y alto	Centro-Sur
Morelos	Bajo y moderado	Centro-Sur
Puebla	Bajo, moderado, alto y muy alto	Centro-Sur
Querétaro	Bajo, moderado y alto	Centro-Sur
Tlaxcala	Bajo y moderado	Centro-Sur
Campeche	Bajo, moderado y alto	Sur-Sureste
Chiapas	Moderado, alto y muy alto	Sur-Sureste
Oaxaca	Bajo, moderado y alto	Sur-Sureste
Quintana Roo	Bajo y moderado	Sur-Sureste
Tabasco	Bajo, moderado y alto	Sur-Sureste
Veracruz	Moderado, alto y muy alto	Sur-Sureste
Yucatán	Bajo, moderado y alto	Sur-Sureste

FUENTE: elaboración propia.

En las cinco regiones del territorio mexicano se encuentran diseminados los estados con niveles bajos, moderados, altos y muy altos de represión; en igual forma, los estados que sobresalen de los demás incluyendo un estado bipolar (mezcla los niveles bajo y alto) que no reprime o reprime intensamente ubicado en la región norte del país; el estado más represivo de México (mezcla los niveles alto y muy alto) ubicado en la región norte del país y un estado que amalgama todos los niveles de represión (bajo, moderado, alto y muy alto) en sus preferencias coercitivas ubicado en la región centro-sur. Estas tres entidades *sui generis* constituyen el 9.37% de los estados

del país en comparación con el 21.87% de los estados mexicanos menos represivos (véase el cuadro 4).

CUADRO 4  
LA PROPORCIÓN Y NIVELES DE REPRESIÓN  
DE LOS ESTADOS MEXICANOS: 2001-2012

<i>Estados</i>	<i>Niveles de represión</i>	<i>Proporción</i>
Baja California, Coahuila, Sonora, Colima, Zacatecas, Ciudad de México, México, Hidalgo, Michoacán, Querétaro, Campeche, Oaxaca, Tabasco, Yucatán	Bajo, moderado y alto	43.75%
Nuevo León, Durango, Guanajuato, San Luis Potosí, Morelos, Tlaxcala, Quintana Roo	Bajo y moderado	21.87%
Sinaloa, Aguascalientes, Nayarit, Guerrero	Moderado y alto	12.5%
Tamaulipas, Jalisco, Chiapas, Veracruz	Moderado, alto y muy alto	12.5%
Baja California Sur	Bajo y alto	9.37%
Chihuahua	Alto y muy alto	
Puebla	Bajo, moderado, alto y muy alto	

FUENTE: elaboración propia.

¿Por qué existen estas significativas diferencias en la promoción de actividades represivas en México? No lo sabemos. Es probable que una razón sobre lo que ignoramos de la represión sea la dificultad para obtener información sobre la conducta de interés. En esta perspectiva encontramos que una investigación reciente interesada en medir la impunidad,<sup>23</sup> entre países y a nivel estatal, decidió no incluir el tema de las transgresiones de los funcionarios de los estados mexicanos a los derechos humanos por falta de confianza en los reportes y, también, por probable confabulación de las comisiones estatales de derechos humanos con los perpetradores de la represión (Le Clercq y Rodríguez, 2016). De igual forma, el Proyecto de Justicia Mundial (WJP), explorando la situación actual de los derechos humanos en

<sup>23</sup> Una variable que en la agenda regional de investigación (Rivera, 2012) se asocia con la represión estatal descentralizada, es decir, con la conducta represiva de las agencias estatales de seguridad que se escapan del control de las autoridades gubernamentales y actúan ilegalmente.

México, específicamente con relación a: “la ausencia de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, y que los disidentes políticos y activistas no sean sometidos a detenciones injustificadas, amenazas, maltratos, ni violencia” (WJP, 2018: 17), advirtió que: “en México actualmente no existe un registro adecuado, sistematizado y completo para medir este concepto a nivel estatal” (WJP, 2018: 66). En suma, la investigación cuantitativa sobre la represión en los estados mexicanos carece del insumo necesario para examinar el fenómeno. Sin embargo, la ausencia de evidencia no implica la inexistencia de atrocidades contra los derechos humanos.

Desde un enfoque cualitativo, encaminado a la explicación del fenómeno, como se desprende del trabajo de Silva (2017) sobre Chihuahua, se reporta a una entidad inmersa en una vorágine de violencia que ha logrado penetrar a las instituciones y al tejido social a través del tiempo, especialmente, desde la administración de Felipe Calderón, de tal modo que: “Entre 2008 y 2010, Ciudad Juárez fue catalogada como la ciudad más violenta del mundo y Chihuahua, capital de la entidad ha estado entre las 50 ciudades más violentas entre 2008 y 2013” (2017: 49).

El contexto de violencia en Chihuahua provocó la recomposición del aparato coercitivo-represivo-estatal subordinándolo al ejército nacional y acrecentando los actores represivos (militares, policías municipales, estatales y federales), a pesar de ello, la violencia no disminuyó, sino todo lo contrario, pues se incrementaron las “desapariciones forzadas, tortura y detenciones arbitrarias. También se incrementó la represión a periodistas, defensores de derechos humanos y activistas de los movimientos sociales” (Silva, 2017: 50).

En cuanto a la desaparición de personas, Silva (2017) apunta que tanto a nivel nacional como local no hay cifras exactas y las que existen no son claras, son confusas y no son confiables respecto al número de desaparecidos y los actores que promovieron las acciones represivas. Por otra parte, la desaparición forzada se asocia con lo que Rivera (2010) reveló en el proyecto regional de investigación sobre América Latina, es decir, con la presencia de represión descentralizada que tiene que ver con el comportamiento ilegal de las agencias estatales de seguridad que acaba siempre en la impunidad, de este modo, en el estado de Chihuahua “no se cuenta con pruebas suficientes que avalen la implicación de agentes estatales tanto directa como indirectamente y en los casos donde existen pruebas la impunidad prevalece” (Silva, 2017: 59).

La complejidad de la conducta represiva en el estado de Chihuahua ha suscitado discusión y confusión sobre si los uniformes, las armas y los vehículos que utilizaron los perpetradores de la represión eran verdade-

ros o falsos, mientras que la represión y sus víctimas sí son verídicas. En igual forma, el modelo de represión en Chihuahua revela la participación de militares, policías y funcionarios judiciales promoviendo una mezcla de acciones represivas letales y no letales como la tortura, la detención arbitraria, la desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales seguido de una estrategia de autonegación (la autoridad local nunca sabe nada) ante los familiares que temerosos reclaman el paradero de sus víctimas (Silva, 2017). El modelo de represión deja ver que las acciones represivas, aunque son brutales, han sido eficazmente, al igual que sus víctimas, difuminadas, borradas, desaparecidas. En el caso de Chihuahua, los derechos humanos languidecen frente a la represión política y la eficaz desaparición de las evidencias.

En la región centro-sur y sur-sureste, encontramos otro ejemplo significativo que incluye a los estados de Michoacán con niveles bajo, moderado y alto de represión, a Guerrero con niveles moderado y alto de represión y a Oaxaca con niveles bajo, moderado y alto de represión. El análisis cualitativo, puntual y a profundidad de Maldonado (2017), que caracteriza la violencia que azota actualmente la región, insiste en que se deben rescatar las especificidades regionales si queremos llegar a entender y explicar la violencia. Asevera que existen relaciones sumamente complejas entre los diversos actores-perpetradores y entre los procesos que engendran la violencia en el territorio: drogas, violencia política y violencia criminal. Afirma que estos procesos atraviesan y unifican la región haciendo que Michoacán, Guerrero y Oaxaca se destaquen “por contener el mayor número de desapariciones forzadas, represión directa a las poblaciones, casos de tortura y violaciones a los derechos humanos. La violencia del Estado es, por tanto, una variable muy importante que distingue la historia de larga data de las entidades de la Región Sur, así como su historia reciente” (Maldonado, 2017: 384).

De este modo, la represión pasada emerge y se suma a la represión actual o presente incrementando la complejidad del fenómeno. Cuando Maldonado (2017) incorpora la variable democracia en el análisis y la relaciona con la violencia en el contorno regional, señala contundente que la transición democrática en Michoacán, Guerrero y Oaxaca no disminuyó, sino que atizó la violencia en la región (Maldonado, 2017: 386-388). Como en el caso de Chihuahua, el estado más represivo de la República mexicana, las particularidades de Michoacán, Guerrero y Oaxaca hacen muy difícil que los derechos humanos se mantengan de pie.

## V. CONCLUSIONES

En el contexto de los estados mexicanos, el diagnóstico tanto de Silva (2017) como de Maldonado (2017) enfatiza como actores represivos a los agentes gubernamentales socavando las libertades de los ciudadanos, el debido proceso legal y la integridad personal. Mientras que la Encuesta a Expertos en Política Estatal (Loza y Méndez, 2014) permitió identificar cuatro niveles de represión: bajo, moderado, alto, muy alto, así como la tendencia de los estados mexicanos a mezclar estos niveles de represión y, también, que los contextos varían, por ejemplo, en la región centro-sur se encuentra el estado de Puebla que mezcla todos los niveles de represión en sus preferencias coercitivas rodeado por Tlaxcala y Morelos con niveles bajo y moderado de represión; mientras que en la región norte, Chihuahua con los niveles más altos de represión del país está muy próximo a Nuevo León con niveles bajo y moderado de represión, lo que confirma el supuesto de un contexto estatal heterogéneo sugerido por Maldonado (2017).

Conforme la Encuesta a Expertos en Política Estatal (Loza y Méndez, 2014), encontramos que Chihuahua, Tamaulipas, Jalisco, Puebla, Chiapas y Veracruz, son el grupo de estados que manifiestan la mayor propensión (nivel alto y muy alto de represión) por actividades represivas en el país y, probablemente, son las entidades con una mayor preferencia por la represión descentralizada, es decir, con el mayor comportamiento ilegal de las agencias estatales de seguridad y, consecuentemente, con mayor impunidad (Rivera, 2010).

En este grupo se encuentran los tres estados más represivos por participar en actividades ilegales al servicio del crimen organizado: Chihuahua, Tamaulipas y Veracruz. Es probable que pudiera estar indicando que a nivel estatal el crimen organizado alcanzó sus etapas más avanzadas:

La parasítica, en la cual el crimen organizado corrompe al Estado y cuenta con complicidades dentro de éste, lo cual le permite llevar a cabo el negocio de manera exitosa, pero en la cual el crimen y Estado son dos entidades diferentes, y la simbiótica, en donde el crimen organizado se apodera del Estado y éste se pone al servicio de la delincuencia. En esta última etapa el crimen organizado y el Estado son prácticamente lo mismo (Chabat, 2010: 8).

Todo apunta hacia una investigación futura que compare seleccionando del repertorio represivo los estados menos moderados, más y muy represivos incorporando, en cada caso, como sugiere Davenport (2007a: 4-5), la ocurrencia (las veces en que se promovió la represión), el alcance (cuántos

fueron reprimidos y por cuántas acciones represivas distintas), la gravedad (letalidad de la producción coactiva) y las secuelas (la duración de las consecuencias) de la represión estatal.

El presente trabajo sólo es significativo como la aportación inicial a una cartografía o agenda de investigación más amplia sobre la represión política y los derechos humanos en los estados mexicanos inexistente hasta el momento, pero que se justifica en el esfuerzo de alcanzar el entendimiento de la conducta de interés porque lo que socava derechos humanos y lastima profundamente a la sociedad se convierte en un tema urgente, relevante e impostergable que se abre a la discusión mediante el análisis de una realidad social trágicamente colmada de violencia, corrupción e impunidad que no se puede soslayar.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- APODACA, Clair (2001), “Global Economic Patterns and Personal Integrity Rights after the Cold War”, *International Studies Quarterly*, 45, núm. 4: 587-602.
- BUENO DE MESQUITA, Bruce *et al.* (2005), “Thinking Inside the Box: A Closer Look at Democracy and Human Rights”, *International Studies Quarterly* 49: 439-57.
- CAREY, Sabine (2006), “The Dynamic Relationship between Protest and Repression”, *Political Research Quarterly*, vol. 59, núm. 1: 1-11.
- CAREY, Sabine (2010), “The Use of Repression as a Response to Domestic Dissent”, *Political Studies*, vol. 58: 167-186.
- CHABAT, Jorge (2010), “El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales”, *Revista ISTOR*, año XI, núm. 42.
- CINGRANELLI, David y RICHARDS, David (1999), “Measuring the Level, Pattern, and Sequence of Government Respect for Physical Integrity Rights”, *International Studies Quarterly*, vol. 43.2: 407-18.
- CINGRANELLI, David y FILIPPOV, Mikhail (2010), “Electoral Rules and Incentives to Protect Human Rights”, *The Journal of Politics*, vol. 72, núm 1: 243-257.
- COLARESI, Michael y CAREY, Sabine (2008), “To Kill or to Protect: Security Forces, Domestic Institutions, and Genocide”, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 52, núm. 1: 39-67.
- DAVENPORT, Christian (1995), “Multi-Dimensional Threat Perception and State Repression: An Inquiry Into Why States Apply negative Sanctions”, *American Journal of Political Science* 39, núm. 3: 683-713.

- DAVENPORT, Christian (1996a), "The Weight of the Past: Exploring Lagged Determinants of Political Repression", *Political Research Quarterly* 49, núm. 2: 377-403.
- DAVENPORT, Christian (1996b), "Constitutional Promises and Repressive Reality: A Cross-National Time-Series Investigation of Why Political and Civil Liberties are Suppressed", *The Journal of Politics*, 58, núm. 3: 627-654.
- DAVENPORT, Christian (1999), "Human Rights and the Democratic Proposition", *The Journal of Conflict Resolution*.
- DAVENPORT, Christian (2005) "Freedom Under Fire. Repression, Context and the Fragility of the Domestic Democratic Peace", *Paper Presented at the 46th Annual ISA Convention*, Honolulu, Hawaii, marzo 1-5, 2005.
- DAVENPORT, Christian (2007a), "State repression and political order", *Annual Review of Political Science*, 10, núm. 1: 1-23.
- DAVENPORT, Christian (2007b), *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Nueva York, Cambridge University Press.
- DAVENPORT, Christian (2016), "The perils, prospects and necessity of studying state repression in political democracy (or, maybe now we are ready for a broader/real conversation about repression in democracies)".
- DELLA PORTA, Donatella (1999), "Movimientos sociales y Estado: algunas ideas en torno a la represión policial de la protesta", en MCADAM, Doug *et al.* (eds.), *Movimientos sociales: perspectivas comparadas*, Madrid, Istmo.
- GARTNER, Sigmund y REAGAN, Patrick (1996), "Threat and Repression. The Non-Linear Relationship Between Government and Opposition Violence", *Journal of Peace Research* 33, núm. 3: 272-87.
- HENDERSON, Conway W (1991), "Conditions Affecting the Use of Political Repression", *Journal of Conflict Resolution* 35, núm. 1: 120-42.
- LANDMAN, Todd y LARIZZA, Marco (2009), "Inequality and Human Rights: Who Controls What, When, and How", *International Studies Quarterly* 53: 715-736.
- LE CLERCQ, Juan Antonio y RODRÍGUEZ, Gerardo (2016), *Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016*, Puebla, Universidad de las Américas, Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia de Puebla-Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia UDLAP.
- LIGHTCAP, Tracy y PFIFFNER, James (2014), *Examining Torture. Empirical Studies of State Repression*, Palgrave MacMillan.
- LOZA, Nicolás y MÉNDEZ, Irma (2014), *Encuesta a expertos en política estatal en México, 2001-2012*, México, Flacso, PNUD y CONACYT.



- MALDONADO, Salvador (2017), “Capítulo X Las violencias en la Región Sur de México (Michoacán, Guerrero y Oaxaca)”, en ENCISO, Froylán (ed.), *Violencia y paz. Diagnósticos y propuestas para México*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.
- POE, Steven C. (2004), “The decision to Repress: An Integrative Theoretical Approach to the Research on Human Rights and Repression”, en CAREY, Sabine C. y POE, Steven C. (eds.), *Understanding Human Rights Violations. New Systematic Studies*, Londres, Ashgate.
- POE, Steven y TATE, Neal (1994), “Repression of Human Rights to Personal Integrity in the 1980’s: A Global Analysis”, *American Political Science Review* 88, núm. 4: 853-872.
- REGAN, Patrick y HENDERSON, Errol (2002), “Threats and Political Repression in Developing Countries: Are Democracies Internally Less Violent?”, *Third World Quarterly* 23, núm. 1: 119-136.
- RIVERA, Mauricio (2008), *Estado de derecho y democracia. La lógica de la represión estatal en América Latina (1981-2005)*, tesis de maestría, México, Flacso.
- RIVERA, Mauricio (2010), “Estudios sobre represión estatal en regímenes democráticos. Teorías, métodos, hallazgos y desafíos”, *Política y Gobierno* XVII, núm. 1: 59-95.
- RIVERA, Mauricio (2012), *¿Por qué reprimen las democracias? Los determinantes de la violencia estatal en América Latina*, México, Flacso México.
- SARTORI, Giovanni (1980), *La política. Lógica y método de las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica.
- SCHATZ, Sara (2011), *Murder and politics in Mexico, Political Killings in the Partido de la Revolucion Democrática and its Consequences*, Nueva York, Springer.
- SILVA, Diana Alejandra (2017), “Capítulo II. Diagnóstico Chihuahua”, en ENCISO, Froylán (ed.), *Violencia y paz. Diagnósticos y propuestas para México*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.
- WORLD JUSTICE PROJECT (2018), *Índice de Estado de derecho en México 2018. Perspectivas y experiencias en los 32 estados del país*.
- WOOD, Reed y GIBNEY, Mark (2010), “The Political Terror Scale (PTS): A Re-introduction and Comparison to CIRI”, *Human Rights Quarterly* 32, núm. 2: 367-400.

## DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO UNA POLÍTICA DE PREVENCIÓN PARA FORTALECER LA SEGURIDAD HUMANA

Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ\*

Es muy significativo, que las universidades de las entidades federativas sean promotoras y generadoras del conocimiento y difusión científica, de Seminarios, Congresos Internacionales y Nacionales, entre otras razones, porque es una experiencia trascendente y gratificante el de cortar la dependencia académica y de investigación científica con el centro. De esta manera demuestran que también podemos hacer camino los de provincia. Toda vez, que “ahora convocamos académicamente de la periferia para el centro”.

Serafín ORTIZ ORTIZ\*\*

“Solo venimos a Soñar”  
*Así lo dejó dicho Tochiuitzin...*<sup>1</sup>

---

\* Maestro y doctor en derecho. Investigador nacional nivel III. Profesor-investigador en la Facultad de Derecho y C. S. de la BUAP. Integrante de la Red Nacional de Impartición de Justicia y del Cuerpo Académico de Estudios Jurídicos Contemporáneos.

\*\* Palabras expresadas por el doctor en derecho Serafín Ortiz Ortiz, en su conferencia magistral intitulada: “La seguridad humana. Paradigma de los derechos humanos”, que expresó en el salón barroco de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, con motivo de su participación en el Congreso Internacional y Nacional que coordinó el doctor Rafael Sánchez Vázquez, bajo el nombre *Derechos Humanos, Seguridad Humana, Igualdad y Equidad de Género*, 22 y 23 agosto de 2016.

<sup>1</sup> *Así lo dejó dicho Tochiuitzin, así lo dejó dicho Coyolchiuhqui: De pronto salimos del sueño, sólo venimos a soñar, no es cierto, no es cierto que vivimos a vivir sobre la tierra. Como yerba en primavera es nuestro ser. Nuestro corazón hace nacer, germinan flores de nuestra carne. Algunas abren sus corolas, luego se*

SUMARIO: I. *Proemio*. II. *Introducción*. III. *El tránsito de la seguridad pública a la ciudadana y pasar luego a la seguridad humana*. IV. *Qué es la seguridad humana y sus características*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

## I. PROEMIO

Con beneplácito he recibido la noticia de que la presente obra tiene como propósito fundamental el hacer un homenaje al doctor en derecho Serafín Ortiz Ortiz, con motivo de sus treinta años de manera permanente y continua como docente e investigador de la cultura y conocimiento científico del derecho, en específico de las siguientes disciplinas: ciencia penal, criminología y argumentación jurídica, entre otras disciplinas jurídicas.

Tengo la oportunidad y el privilegio de conocer la trayectoria académica y de investigación jurídica del doctor Serafín Ortiz Ortiz, a quien conozco desde hace más de treinta años. Jurista de reconocido prestigio tanto internacional como nacional. Así mismo, se distingue nuestro personaje por su trabajo de difusión de la cultura y conocimiento científico del derecho.

La trascendencia del trabajo académico, de investigación científica y de difusión de la cultura y de la ciencia que realizamos los docentes e investigadores de las universidades públicas de las entidades de la República mexicana es muy relevante y digna, entre otras razones porque a pesar de las limitaciones tanto en la infraestructura material como humana y de presupuesto logramos hacer seminarios, congresos, tanto internacionales como nacionales.

Sin más que decir, es un privilegio contribuir con la presente investigación para sumarme al homenaje bien merecido, y que con creces lo ha ganado nuestro homenajeado, toda vez que nuestro amigo tiene los méritos académicos y la producción científica que lo acreditan fehacientemente como miembro de la comunidad científica del derecho, reconocido como investigador nacional del SNI-Conacyt; así mismo, cabe resaltar su alta calidad humana por guardar una conducta prudente, afable y respetuosa; es por ello que tanto sus amigos como sus colegas y demás integrantes de la

---

*secan. Así lo dejó dicho Tochihuitzin.* Tochihuitzin Coyolchiuhqui (finales del siglo XV-siglo XVI) fue un señor de Teotlatzincó, poeta en lengua náhuatl e hijo de Itzcóatl. Tochihuitzin fue contemporáneo de Nezahualcóyotl. De acuerdo con los Anales de Cuauhtitlan, fue uno de los muchos hijos de Itzcóatl, el *tlahtoani* mexica de Tenochtitlan. *Columns de México*, blogspot. Disponible en: <https://columnasdemexico.com/vinimos-a-sonar-tochihuitzin-coyolchiuhqui/> (fecha de consulta: 21 de junio de 2019).

comunidad universitaria valoramos y ponderamos con mucho aprecio la amistad que nos dispensa el doctor Serafín Ortiz Ortiz.

## II. INTRODUCCIÓN

Los seres humanos tenemos derechos esenciales, como el derecho a la vida, a la libertad e igualdad, de los cuales se derivan otros derechos, que nos permiten construir los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos; así pues, dentro del contexto de los derechos humanos, económicos y sociales, identificamos a la educación y a un mínimo de bienestar social-económico, cultural y político, que permitan hacer realidad el respeto a la dignidad humana.

Con la llegada del capitalismo a través de la política económica liberal sustentada por los clásicos de la economía, Adam Smith y David Ricardo, así como por los teóricos de la Ilustración, y los enciclopedistas, se esquematiza una ideología individualista pragmática y utilitarista bajo los principios de la libertad e igualdad, se establecen nuevas relaciones sociales de producción con el desarrollo de las fuerzas productivas que se crean con motivo de la Revolución Industrial en Inglaterra para después imponerse en los demás Estados-naciones liberales que surgieron con motivo de la caída de las monarquías absolutistas, de corte feudalista. Incuestionablemente que el nuevo modelo de producción surge por la revolución democrática burguesa del 14 de julio de 1789, luego del establecimiento de los estados constitucionales, la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, de la separación de las trece colonias de América de Inglaterra el 4 de julio de 1776, y seguidamente la Revolución francesa en 1789.<sup>2</sup> Así pues, con el desarrollo del pensamiento liberal, que se condensa en “dejar hacer, dejar pasar”, se llega a excesos en perjuicio de la clase desposeída de los medios de producción, que se aglutina por la clase trabajadora y los marginados. En contraposición a este drama, se genera un pensamiento de carácter social, donde encontramos a los pensadores socialistas utópicos, como Robert Owen en Inglaterra, y en nuestro país hallamos a los pensadores de carácter social, como Ignacio Ramírez “El Nigromante”, Ponciano Arriaga, Mariano Otero, este último quien en 1842 se adelanta a los manuscritos económico-filosóficos del ‘44 (1844), del joven Marx. Así pues, la Revolución Industrial e ideológica de los siglos XVIII y XIX generó las bases para el establecimiento y desarrollo del capitalismo.

---

<sup>2</sup> Mascitelli, Ernesto *et al.*, *Diccionario de términos marxistas*, Barcelona, Grijalbo, 1979, pp. 232-234.

El pensamiento social mexicano de mediados del siglo XIX y de inicios del siglo XX contribuyó a construir una perspectiva sobre la justicia social como alternativa objetiva y racional para aminorar las asimetrías sociales, económicas, educativas, culturales y políticas que asolaban a grandes sectores de la sociedad mexicana desde hace muchos años.

De la mejora material depende también la realización de un orden social fundado sobre la libertad y la justicia. El establecimiento de un orden social equitativo y justo en el que la libertad sustituya un día completamente a la servidumbre, la igualdad a los privilegios, y la voluntad nacional a la fuerza bruta, depende también de la realización de las condiciones. Sencilla expresión del problema social. Las leyes se deben dirigir a garantizar a cada individuo, con el menor sacrificio posible, la satisfacción de todas sus facultades de hombre, y la organización de los poderes públicos no tienen otro objeto que el de establecer el poder más propio para expedir, conservar y ejecutar esas leyes tutelares de los derechos humanos y de las relaciones sociales. Éstos son los fines, y lo demás no es más que la ciencia de los medios que alcanza su realización. Necesidad de que las garantías individuales se funden sobre los progresos positivos o materiales.<sup>3</sup>

Sin embargo, las desigualdades siguieron, y hubo necesidad de movimientos reivindicatorios mediante revoluciones. Al respecto, cabe citar la Revolución mexicana de 1910-1917, suceso histórico que sumó aproximadamente de uno a dos millones de muertos, por lo cual representó un partea-guas en la historia de América Latina y del mundo. Experiencia amarga que llevó al pueblo mexicano a través de sus representantes políticos a conciliar intereses mediante una Constitución paradigmática como lo fue la Constitución de 1917. En dicha carta magna se trata de aminorar las desproporcionalidades: económicas, sociales, educativas, políticas, etcétera, mediante normas jurídicas de corte social. A este respecto, cabe citar los siguientes artículos constitucionales: 3o., 4o., 5o., 25, 26, 27, 28 y 123.<sup>4</sup>

Consecuentemente, aún percibimos en el entorno que rodea a Latinoamérica y a los latinoamericanos, las grandes desigualdades: económicas, sociales, educativas y políticas. Es decir, por una parte, existen concentraciones de la riqueza inimaginable, que pertenecen a unos cuantos, y por la otra, la presencia de amplios sectores sociales que viven en la miseria extrema. De

---

<sup>3</sup> Otero, Mariano, *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana*, México, Impreso por Ignacio Cumplido. Calle de los rebeldes No. 2, 1842, pp. 82 y 83.

<sup>4</sup> Sánchez Vázquez, Rafael, “La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina —caso México—”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 27, julio-diciembre de 2012, pp. 252-255.

ahí, el cuestionamiento permanente y continuo a las instituciones jurídicas, y, sobre todo, la ruptura epistemológica en torno al concepto de la justicia, cuando ésta, generalmente, legitima el *statu quo* de las desigualdades.

Así pues, ante el drama de la pobreza económica que impacta la organización social, la cual se desarrolla en un ambiente de contradicciones y conflictos, nos hacen más vulnerables, en donde la población más pobre y marginada socialmente sufre los embates de los escenarios y, por ende, cada vez más cercanos a la injusticia social que ha acrecentado consigo el modelo de la política económica neoliberal, nos cuestionamos de manera reiterada: ¿qué hacer? Sin embargo, hemos transitado dolorosamente del Estado de bienestar al Estado del malestar, en donde identificamos que además de todos los males que ya se habían heredado de los siglos pasados, ahora nos encontramos ante escenarios cada vez más asimétricos y fracturados por la presencia de más de ocho millones de jóvenes sin ningún aliento de oportunidades de desarrollo, y que se les denomina “ninis”,<sup>5</sup> el desempleo aumenta y, por consiguiente, la pobreza es una constante, y por si fuera poco, ahora se vive en la zozobra e incertidumbre cotidiana ante la presencia del crimen organizado: tráfico de drogas, secuestros, asaltos, etcétera.

Consecuentemente, la seguridad pública ya no proporciona las respuestas que espera la sociedad para evitar tantas sorpresas desagradables e inimaginables que se viven en el diario acontecer en nuestras ciudades. Por ello, la ciudadanía ha salido del silencio para ser escuchada y no verse amenazada por tanta inseguridad pública que se está viviendo durante las 24 horas del día, y que sumadas forman semanas, meses y años de angustia e intranquilidad, lo cual pone entredicho la paz social. De ahí que actualmente hablamos y nos preocupamos cada vez más por tener un mínimo de respeto a la existencia humana tanto en lo individual como en lo social. Es decir, ya no es una quimera, sino una triste y desesperante realidad de tanta intranquilidad humana, que se ve fuertemente amenazada de conservar sus espacios vitales y de libertad para ejercer su libertad.

### III. EL TRÁNSITO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA A LA CIUDADANA Y PASAR LUEGO A LA SEGURIDAD HUMANA

Hablar sobre la seguridad pública nos conlleva a pensar y reflexionar en nuestro diario acontecer, que se ve dramáticamente convulsionado por la presencia de múltiples factores; entre otros, cabe mencionar los subsecuentes:

---

<sup>5</sup> Peñaloza, Pedro José, *La juventud mexicana. Una radiografía de su incertidumbre*, 2a. ed., México, Porrúa, 2010, pp. 91-97.

- Presencia de diversos y diferentes modelos de vida: rural, urbana, semiurbana, etcétera, que coexiste y conserva grandes asimetrías.
- Impacto de las telecomunicaciones por vía satelital.
- Fortalecimiento de la informática y la cibernética.
- Avances científicos y tecnológicos que coadyuvan en el desarrollo de los procesos de producción.
- Debilitamiento del Estado nacional ante la hegemonía del capital transnacional, que hace camino para el fortalecimiento de la globalización y la construcción de la mundialización del capital del conocimiento.
- La desolación que acompaña a las políticas económicas neoliberales impuestas por los organismos financieros: Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.
- Aumento de la inseguridad pública ante la presencia del crimen organizado: narcotráfico, trata de personas, etcétera.
- Aumento demográfico y, en consecuencia, recrudescimiento de las asimetrías económicas, sociales, educativas, políticas y culturales.
- Enriquecimiento de una pequeña elite cuya fortuna es inimaginable para muchos mexicanos que conforman a grandes sectores de la sociedad que viven en la pobreza y que carecen de lo mínimo necesario.
- Debilitamiento de las políticas públicas de la seguridad social: decrecimiento de las ofertas de la educación pública y gratuita; carencia de vivienda y de salud pública con asistencia social.
- México, ante la ola neoliberal transita del Estado de bienestar social al Estado de malestar.
- Existencia de más de ocho millones de mexicanos que se les denomina “ninis”, sin alternativas de desarrollo y de crecimiento económico, social, educativo, político y cultural.

Ahora bien, las asimetrías socioeconómicas en que se encuentran más del 70% de la población mexicana y que padecen de los mínimos de bienestar económico, y de la seguridad social, se tornan en factores que directa e indirectamente cuestionan y fracturan tanto los objetivos como las metas y estrategias de la políticas de seguridad pública y generan otros paradigmas que pretenden dar respuestas a la seguridad ciudadana hasta llegar a plantear la necesidad de nuevos caminos que permitan hacer realidad una seguridad humana.

Anthony Giddens, al referirse a las desigualdades socioeconómicas existentes, expresa lo siguiente:

Pequeñas elites, a veces objetivamente ricas, viven física y culturalmente aisladas de la gran mayoría. Con bastante frecuencia sacan sus ingresos abiertamente del blanqueo de dinero, el tráfico de armas o el de drogas.<sup>6</sup>

Los problemas relacionados con la reducción de la desigualdad mundial son verdaderamente intimidadores. No podemos dejar tales problemas a merced del errático torbellino de los mercados mundiales y de los relativamente impotentes cuerpos internacionales si queremos crear un mundo que combine estabilidad, equidad y prosperidad.<sup>7</sup>

En el Estado constitucional no puede sostenerse la fórmula “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”. Es cierto que los derechos sociales, como los demás derechos, son definidos ante todo por el legislador, pero también lo es que esta definición debe hacerse en diálogo directo con la ciudadanía. Por tanto, no sólo no debe impedirse, sino que ha de facilitarse e incluso promoverse la participación de los ciudadanos en la definición de los derechos sociales: éstos no pueden construirse de espaldas a sus titulares.<sup>8</sup>

Las consecuencias de la crisis de la seguridad pública repercuten inmediatamente en la calidad de vida de los habitantes de un territorio determinado, obligándolos a buscar sus propias soluciones, y lo más trascendente es que con estas medidas se debilita la autoridad política, originándose una falta de credibilidad en el gobierno pudiendo degenerar en la ingobernabilidad.<sup>9</sup>

La seguridad pública es un concepto complejo que está suscrito a la protección de los derechos humanos, así como a la promoción de la civilidad como elemento clave para el resguardo del respeto y el orden de la nación y de sus habitantes. Su ejecución se convierte en un instrumento que genera o disminuye la confianza hacia las instituciones de orden público y, en un grado mayor, la legitimidad del Estado.

El tema de la inseguridad, como ausencia de libertad plena, como negación del Estado de derecho, es un síndrome de nuestro tiempo, y se ha convertido en factor de decisión política, pero sin ofrecer una salida a la

---

<sup>6</sup> Giddens, Anthony, *La Tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de Pedro Cifuentes Huertas, Madrid, Taurus, 1999, p. 178.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>8</sup> Escobar, Guillermo, “La protección de los derechos sociales por las defensorías del pueblo”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Asociación Peruana de Derecho Constitucional-IJ-UNAM-Maestría en Derecho Constitucional P.U.C.P., 2009, t. I, pp. 217 y 218.

<sup>9</sup> Tapia Flores, Fausto Enrique, “Los derechos humanos en las democracias modernas”, *La seguridad pública como un derecho humano*, México, 5o. Certamen de Ensayo sobre Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2002, p. 59.



angustia y miedo que la misma provoca en todos los ámbitos del quehacer humano, en todas las latitudes.<sup>10</sup>

En relación con los problemas que se presentan sobre la procuración e impartición de la justicia en nuestro país, cabe mencionar lo siguiente: existen varias opiniones; una de ellas consiste en expresar que la política judicial persigue, entre otros resultados, por una parte, dar un paliativo a los problemas de la indigencia en que viven más del 70% de los mexicanos. Dicha problemática se arrastra desde hace muchos años, y en las últimas dos décadas con la puesta en práctica de las políticas neoliberales se ha agudizado la pobreza. De ahí, la razón de ser de las recomendaciones de impulsar la reforma judicial por parte de los organismos financieros: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, como estrategias que contribuyan en el desarrollo económico, político y social de nuestros países, en especial para beneficiar a los más pobres de Latinoamérica, y, por la otra parte, contrarrestar la opinión casi generalizada que tiene la sociedad respecto a los problemas de credibilidad, legitimidad, transparencia, en relación con los operadores que están al frente de las instituciones que administran, procuran e imparten justicia en México.

La respuesta del Estado ante esta debacle social de la inseguridad ha sido aumentar los dineros para engrosar los presupuestos alusivos. Sin embargo, en términos reales y de percepción social, la inseguridad ha aumentado.<sup>11</sup>

La percepción cristaliza el conjunto de miedos de la población y deriva de una impresión de abandono progresivo, de impotencia, de violencia casi institucionalizada y de incompreensión, por parte del Estado frente a crímenes impactantes o frente a la multiplicación de pequeños actos de delincuencia o de vandalismo. Esta percepción, en razón de su carácter emocional, conlleva a una amplificación de los hechos, a campañas de rumores confundidas con informaciones y a conflictos sociales.<sup>12</sup>

El nuevo enfoque de la seguridad es: seguridad humana y administración de riesgos.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Monzalvo Pérez, Pablo, “Seguridad pública: una materia sin salida. Un enfoque con rasgos económicos”, en Peñalosa, Pedro José (coord.); *op. cit.*, p. 452.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 453.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 454.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 473.

#### IV. QUÉ ES LA SEGURIDAD HUMANA Y SUS CARACTERÍSTICAS

En los dos últimos decenios la comunidad internacional se ha ocupado de promover una comprensión más amplia de la seguridad. Con aportaciones de los gobiernos, los académicos, los grupos de la sociedad civil y las organizaciones intergubernamentales, el concepto conocido como seguridad humana reorienta la atención de los Estados y de la comunidad internacional hacia la supervivencia, los medios de subsistencia y la dignidad de las personas, como la base para alcanzar la paz, el desarrollo y el progreso humano.<sup>14</sup>

Si bien la seguridad nacional sigue siendo un elemento indispensable para la paz y la estabilidad, la complejidad y la interrelación de las antiguas y las nuevas amenazas —desde la pobreza crónica y persistente hasta los conflictos violentos, el cambio climático, la trata de las personas, las pandemias y las crisis económicas y financieras— revelan nuestra vulnerabilidad común frente a un creciente riesgo de amenazas de amplia difusión e intersectoriales. Debido a que tales riesgos se pueden propagar rápidamente en los países y a través de ellos y desembocar en una crisis de más difícil resolución, la seguridad humana subraya la necesidad de contar con una nueva estructura que combine los programas de paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos, de manera más eficaz, eficiente y orientada a la prevención.<sup>15</sup>

Así pues, la seguridad humana es “La interpretación más amplia de la libertad también incluye la idea de que el desarrollo, la seguridad y los derechos humanos van de la mano”.<sup>16</sup>

Es un concepto que se centra en la persona y no en el Estado —a diferencia de los otros conceptos de seguridad: pública, fronteriza y nacional—, y se vincula estrechamente con el desarrollo humano y los derechos humanos.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana, Dependencia de Seguridad Humana y Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, “La Seguridad Humana en las Naciones Unidas”, ONU, 2012, p. 3, disponible en: [https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Outreach/12-41684\\_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure\\_web\\_December%2010.pdf](https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Outreach/12-41684_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure_web_December%2010.pdf) (fecha de consulta: 1 de junio de 2019).

<sup>15</sup> Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana, Dependencia de Seguridad Humana y Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, *op. cit.*, p. 3.

<sup>16</sup> “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos Informe del Secretario General”, Asamblea General Naciones Unidas, 21 de marzo de 2005, p. 5, en <https://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf> (fecha de consulta: 1 de junio de 2019).

<sup>17</sup> Calleros Alarcón, Juan Carlos, “Seguridad pública y seguridad humana en la migración indocumentada de tránsito por México”, *Foro Internacional*, México, El Colegio de México, vol. LIII, núm. 2, 2013, p. 320.

También debe considerarse que la seguridad humana no es tanto un concepto analítico como un significante de valores políticos y morales compartidos, en tanto que visión cooperativa, universal y preventiva, la cual se ha aplicado en temáticas como la prohibición de minas antipersonales, situación de mujeres en guerras, tráfico de armas cortas, genocidios y desplazamiento de personas. En este sentido, resulta muy relevante la apreciación de que “en muchas ocasiones, el propio Estado es fuente de inseguridad con sus acciones y en otras lo es debido a su retirada y abandono”.<sup>18</sup>

La historia del hombre es la lucha por su humanización; aunque la terminología resulta algo paradójica, consideramos que es la realidad del presente con base histórica. El hombre de por sí es un problema de carácter filosófico, sociológico, antropológico, etcétera, y su historia también encierra las mismas características y particularidades.<sup>19</sup>

Así pues, no tendremos desarrollo sin seguridad, no tendremos seguridad sin desarrollo, y no tendremos ni seguridad ni desarrollo si no se respetan los derechos humanos. Si no se promueven todas esas causas, ninguna de ellas podrá triunfar. En este nuevo milenio, la labor de las Naciones Unidas debe poner al mundo más cerca del día en que todas las personas sean libres para elegir el tipo de vida que quieren vivir, puedan acceder a los recursos que harán que esas opciones tengan sentido y la seguridad que les permita disfrutarlas en paz.<sup>20</sup>

Dentro de las características de la seguridad humana, podemos señalar que

- La seguridad humana es una preocupación *universal*.<sup>21</sup>
- Los componentes de la seguridad humana son *interdependientes*.<sup>22</sup>
- Es más *fácil velar por la seguridad humana mediante la prevención temprana* que con la intervención posterior.<sup>23</sup>
- La seguridad humana *está centrada en el ser humano*.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Fernández Pereira, Juan Pablo, “Seguridad humana”, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2005, p. 55. Cit. por Calleros Alarcón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 321.

<sup>19</sup> Vilcapoma Ignacio, Miguel Pedro, “Los derechos fundamentales: la encrucijada de los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano...*, *op. cit.*, p. 515.

<sup>20</sup> “Un concepto más amplio de la libertad:...” , *cit.*, p. 6.

<sup>21</sup> “Informe sobre Desarrollo Humano 1994”, México, PNUD y FCE, 1994, p. 25, en [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1994\\_es\\_completo\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf). Fecha de consulta: 1 de junio de 2019.

<sup>22</sup> “Informe sobre Desarrollo...” , *cit.*, 25

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 26

<sup>24</sup> *Idem*.

El país requiere propuestas sustentadas en la ciencia, que puedan generar nuevas expectativas de protección y salvaguarda de nuestros bienes jurídicos. Desafortunadamente, la seguridad pública se ha convertido en el rehén favorito del mercado político, y se utiliza para ganar votos. Es indispensable volver la mirada a la Constitución y a la modernización de nuestro ordenamiento jurídico penal. Podría incluso pensarse en la unificación de nuestros códigos penales mediante la implementación de pautas claras, modernas y regidas por un derecho penal lo menos irracional posible. Pero ese es un problema que no sólo requiere de conocimiento, sino también de voluntad política de los principales actores de nuestro país.<sup>25</sup>

México atraviesa una severa crisis en la seguridad pública que afecta los niveles de convivencia social. Esto debe ser admitido y corregido. Por supuesto, su génesis es multifactorial. Aquí abordaremos algunos elementos que buscan explicar nuestra delicada circunstancia.<sup>26</sup>

Se ha creído que la función del Estado es exclusivamente punitiva y persecutoria, presumiendo con especial énfasis que él debe poner “orden a como dé lugar”. Esta reacción unívoca y dogmática tiene raíces profundas, se puede localizar en la vena autoritaria y totalitaria de los primeros ladrillos de la construcción del Estado.<sup>27</sup>

Es evidente que la justicia penal no puede prevenir los delitos, por más esfuerzos que han hecho destacados pensadores, como Franz von Liszt, Claus Roxin, y qué decir de Ferrajoli y Zafaroni, que han marcado una sistemática distancia de quienes consideran al derecho penal como el único instrumento para conciliar los intereses entre los ciudadanos.<sup>28</sup>

Los modelos de prevención<sup>29\*</sup> del delito están constituidos por la representación abstracta de un complejo sistema de elementos heterogéneos

---

<sup>25</sup> Ontiveros Alonso, Miguel, “Seguridad pública y derecho penal. Acerca de la omisión de impedir o denunciar un delito”, en Peñaloza, Pedro José (coord.), *op. cit.*, p. 517.

<sup>26</sup> Peñaloza, Pedro José, “Seguridad pública: la crisis de un paradigma”, en Peñaloza, Pedro José (coord.), *op. cit.*, p. 561.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 561.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 577.

<sup>29</sup> \*Por ejemplo, en Guadalajara, los programas aplicados en prevención, son los siguientes: Aprendiendo a Cuidarte; Prevención Juvenil; Padres en Prevención; Brigadas de Seguridad Infantil; Veamos En Alerta; Programa DARE; Gira Preventiva; Prefavi; Mujer Segura; Talleres; Estrategia Nacional de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia; Sistema Nacional de Atención de Llamadas de Emergencia 066 y el Sistema Nacional de Denuncia Anónima 089. Se trata de programas incipientes que ponen de relieve la importancia que, gradualmente, el poder público le confiere a la prevención de todos y para todos. (Cfr. González Plascencia, José Guadalupe y Guzmán Ruiz, Alejandra, “Prevención de todos y para todos”, en Moloeznik, Marcos Pablo y Haro Reyes, Dante Jaime, *Seguridad ciudadana. Dimen-*

relacionados con la conducta humana, de carácter científico, técnico y normativo. La representación conceptual y la organización de dichos elementos facilitan el diseño de políticas coherentes que puedan permitir alcanzar el objetivo sistémico. La formulación de tal modelo requiere desde un principio la definición de un concepto de prevención del delito, es decir, la determinación de un conjunto de significaciones interrelacionadas como consecuencia de la asociación de las ideas de “delito” y “prevención”.<sup>30</sup>

El concepto de “prevención” significa la evitación de futuros resultados indeseables. En el caso de la prevención del delito, dicho concepto incluye la legislación, la intervención policial, la instauración y administración de prisiones y cárceles, y una gama de actividades dirigidas a evitar delitos futuros. El contenido relativo de este concepto está altamente condicionado por la estructura política de la sociedad donde se practica.

Es necesario aquí mencionar la política criminal humanística<sup>31</sup> y democrática del movimiento de la nueva defensa social, en la cual la idea de prevención no solamente incluye la represión punitiva, sino también la prevención de la delincuencia y la recuperación del infractor dentro de un contexto de armonización social. Por otra parte, tal política comprende la “promoción de un movimiento de humanización del derecho penal; el recurso a medidas no penales extraídas del derecho civil y administrativo, de los ámbitos de la educación, de la salud pública y la asistencia social; y la aplicación de un nuevo enfoque socio-jurídico a las situaciones criminales”.<sup>32</sup>

Seguir con el paradigma dominante significará seguir caminando en círculos, es decir, seguir haciendo abstracción de que los orígenes del delito son múltiples y diversos, y que para lograr aminorar sus efectos violentos y desgastantes se requiere de una política multidisciplinaria y transversal.<sup>33</sup>

Por ello, es necesario una visión prospectiva y de largo aliento para reconstruir los circuitos de la seguridad pública, para hacer de ella un sistema

---

*siones, retos y algunos temas selectos*, Guadalajara, México, Universidad de Guadalajara, 2011, pp. 286, 287 y 288.

<sup>30</sup> Peñaloza, Pedro José, *op. cit.*, p. 580.

<sup>31</sup> Edgardo Rotrnan aclara que la palabra “humanismo” no es usada por Marc Ancel como una ideología o escuela del pensamiento, sino como “una renovación humana que trasciende todos los enfoques tecnocráticos” el espíritu humanista que inspira al movimiento de la defensa social moderna acuerda primacía a la conciencia que el ser humano viviente está por encima de fijaciones metafísicas y de principios supuestamente inmutables. *Cit.* por Peñaloza, Pedro José, *op. cit.*, p. 581.

<sup>32</sup> Ancel, Marc, “La Defense Sociale Nouvelle. 35” (París, Cujas, 1981), cita de Rotman, Edgardo, “La prevención del delito”, *Investigaciones Jurídicas*, julio de 1998, pp. 71-73. *Cit.* por *Idem*.

<sup>33</sup> Peñaloza, Pedro José, *op. cit.*, p. 583.

que garantice no sólo el castigo, sino un instrumento de convivencia y de detección de faltantes sociales.<sup>34</sup>

Para ofrecer una respuesta completa al fenómeno de la inseguridad es necesario revisar las políticas urbanísticas, que incluyen vías de comunicación, medios de transporte, alumbrado público, áreas habitacionales, espacios para el esparcimiento.<sup>35</sup> También es indispensable abordar las políticas de empleo, de desarrollo económico, de educación, de promoción cultural, de esparcimiento y deporte, de bienestar social, en especial el relacionado con la niñez y la juventud. Adicionalmente, deben revisarse las políticas de salud pública, cuya importancia en materia de seguridad no suele recibir la atención que merece.<sup>36</sup>

Tradicionalmente, la legitimidad ha estado referida a los procesos de investidura y al ejercicio de las funciones del poder; en la actualidad se extiende a otras áreas y se proyecta incluso al funcionamiento del poder. El fenómeno de la desconfianza en las instituciones se presenta de manera recurrente, con matices y magnitudes variables, en los diferentes sistemas constitucionales. Esa desconfianza puede corresponder a problemas reales en cuanto a la efectividad de las instituciones, o simplemente puede depender de la percepción circunstancial que sus destinatarios tengan del funcionamiento institucional.<sup>37</sup>

La cultura jurídica juega un papel muy importante en los problemas de la seguridad. La capacidad individual y colectiva de exigir respuestas, las

---

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> No debe olvidarse que una buena parte de las decisiones adoptadas por el barón Haussmann para embellecer París fueron el producto de su larga experiencia como sub-prefecto de París (1832-48), prefecto provincial (1848-53) y luego del Sena (1853-70). *Cfr.* Haussmann, Georges Eugène, *Mémoires*, París, Seuil, 2000. La apertura de los grandes bulevares tuvo el propósito estratégico de ayudar los movimientos de tropas y policías; la realización de las grandes obras urbanas permitió generar empleo y promover el desarrollo económico de la ciudad y de la región. Los parques, a su vez, sólo fueron considerados accesoriamamente como un elemento ornamental; su función consistía en el esparcimiento de la población y en facilitar las labores de vigilancia policial. *Cit.* por Valadés, Diego, “La vida amenazada: violencia e inseguridad”, en Peñaloza, Pedro José (coord.), *op. cit.*, p. 692.

<sup>36</sup> Sobre este punto debe verse el esclarecedor ensayo de Soberón, Guillermo *et al.*, “La violencia como grave problema de salud pública”, *Caleidoscopio de la Salud*, México, Funsalud, 2003. Los autores aluden a las funciones de seguridad que conciernen al Estado y presentan un amplio panorama de la epidemiología de la violencia, con especial énfasis en el caso mexicano; abordan, también, el impacto económico de la violencia y formulan diversas recomendaciones relacionadas con las políticas de salud pública. Esencialmente demuestran que el problema de la violencia debe ser abordado de forma integral. *Cit.* por Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 692.

<sup>37</sup> Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 700.

posibilidades de aceptar que numerosas medidas pueden ofrecer resultados en el corto plazo, pero que muchas más, a veces las de mayor importancia, sólo fructifican en los plazos mediano y largo, depende en buena medida de la cultura jurídica de una comunidad. Es explicable que donde el conocimiento de los procesos normativos es menor, la exasperación puede ser mayor, con lo que se limitan las opciones para que la autoridad formule diseños institucionales cuyos efectos se proyecten hacia el futuro.<sup>38</sup>

## V. REFLEXIONES FINALES

De ahí la trascendencia de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que constituye la presencia, conservación y fortaleza de los derechos humanos, entre otros, y son, a saber: el derecho a la vida, a la educación, a un mínimo de bienestar, etcétera.

Actualmente nos enfrentamos a escenarios controvertidos y diametralmente opuestos; por una parte, identificamos a una población mundial desamparada que padece los problemas de las grandes asimetrías socioeconómicas, como educativas y políticas: pobreza, analfabetismo, carencia de vivienda y de salud. Y, por el otro, pequeñas elites que acumulan grandes fortunas, algunas de estas vinculadas al crimen organizado, que tiene ganancias anuales de más de dos billones y medio de dólares de utilidad: tráfico de drogas, trata de personas, corrupción, lavado de dinero, etcétera.

De ahí la necesidad de pensar, hablar y enseñar sobre el paradigma de la seguridad humana, toda vez que la existencia y sobrevivencia humana está en peligro. Dicho de otra manera, es incuestionable que lo más importante para la humanidad de ayer, hoy y mañana, es y será el ser humano en toda su extensión e integridad de la dignidad humana.

Hablar de la seguridad pública nos conlleva a un concepto dinámico, que de manera permanente y continua evoluciona. Antes nos referíamos a la seguridad nacional, luego a la seguridad pública, para después identificarla como seguridad ciudadana; ahora se menciona la seguridad humana, toda vez que está en cuestionamiento permanente y continuo la sobrevivencia humana. Ante la presencia de las grandes asimetrías socioeconómicas, educativas y políticas, así como del crimen organizado, que tiene una pobreza que padecen millones de personas, deficiencias en el sector salud, analfabetismo, desempleo, tráfico de drogas, etcétera.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 703.

Hablar de la justicia en nuestros pueblos, realmente, es un discurso que a veces llega a fastidiar porque, se dice, se escribe mucho, pero los datos, los indicadores de pobreza están al día; y ahora, la respuesta que nos dan es: “Es un problema global”. En 2000, la Organización de las Naciones Unidas puso el dedo en la llaga, pensemos en el ser humano, ése es el problema, una seguridad que permita realmente respetar, respetar la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad humana, ¿será posible con tantas limitaciones que existen? Y decía Marco Olivetti que es una situación un tanto insultante, o ¿cómo lo vemos nosotros los mexicanos? Como orgullo de Betzeler, tenemos al hombre más rico del mundo con más de 70 mil millones de dólares, y miles de millones de seres humanos con hambre, un dato dramático, no son más de doscientas familias las que detentan el poder económico mundial ¿qué pasa?

Tenemos derecho a la no discriminación, a la igualdad, a la equidad de género; bueno, entonces hagámosla realidad, y ése es el gran reto y desafío que tenemos los aquí presentes; yo en lo personal estoy convencido de que la educación nos permite tener un proyecto de vida para un mejor mañana.

Consecuentemente, estamos obligados a regresar a los valores de la solidaridad, más que por benevolencia humana por convivencia de sobrevivir a un mínimo de bienestar y dignidad humana.

Hoy, la seguridad ha adquirido un enfoque multidimensional, que engloba a todas las amenazas, y que va dirigido a otros actores, y no sólo a los Estados.<sup>39</sup>

En el marco del debate mundial actual sobre la seguridad, se plantean preguntas centrales, como: ¿cuál es el centro de la seguridad: los pueblos, los Estados, la comunidad internacional, el individuo?, ¿quién define la seguridad?, ¿cuáles son las condiciones para que pueda decirse que un entorno es seguro?, ¿cuáles son los efectos de este debate en las políticas de seguridad pública de los Estados? Sin pretender dar una respuesta a estas interrogantes, el presente ensayo brinda un panorama del estado en que se encuentra la discusión actual sobre la seguridad, la forma en que este debate ha afectado el tratamiento de temas internacionales y desarrolla una serie de ideas al respecto.<sup>40</sup>

El concepto de seguridad ha evolucionado porque se ha asimilado que no depende tan sólo de las propias fuerzas de cada estado; muchos de los desafíos tienen fuentes extrafronterizas; por ello, se ha encontrado en los acuer-

<sup>39</sup> Olamendi, Patricia, “El debate sobre la seguridad en los foros internacionales”, en Peñaloza, Pedro José (coord.), *Seguridad pública*, México, Porrúa, 2005, p. 491.

<sup>40</sup> *Idem.*



dos internacionales, en la transparencia interna y externa, en el incremento de la interdependencia, y hasta en la conciencia de la vulnerabilidad mutua, mecanismos valiosos para incrementar la seguridad de una nación.<sup>41</sup>

Yo considero que ¡ya basta! No solamente tenemos derecho a sobrevivir, sino a tener una forma de desarrollo humana, y para tener esa forma de desarrollo humana necesitamos cuestiones elementales, vivienda digna, educación pública y gratuita, salud y alimentación; no se puede salir a la calle con libertad porque existe ese drama, esa tragedia de la pobreza, del desempleo, del problema de las pandemias; el síndrome de inmunodeficiencia no solamente da miedo, es terrorífico, y entonces ¿qué pensar? ¿Qué decir? ¿Qué hacer? ¿Quiénes son los locos? ¿Los que soportamos esas medidas impuestas o los que las imponen? Quienes detentan esa riqueza pareciera que no sólo rayan en la paranoia, sino en la esquizofrenia, porque no aceptan ni les interesa saber de los pobres económicamente; les gusta convivir con la gente “bonita”, de la cual forman parte sus elites, a costa de las asimetrías tan insultantes en que se ven envueltos los desamparados que forman parte de las grandes mayorías cada vez más depauperados. Tenemos derecho a la no discriminación, a la igualdad, a la equidad de género; bueno, pues entonces hagámosla realidad, y ese es el gran reto y desafío del porvenir.

Por último, sólo me resta expresar que como estudioso de la cultura y conocimientos del derecho y de las demás ciencias sociales, soy optimista, y quizá peque de soñador, pero no de ingenuidad.

Tenemos derecho y obligación de imaginarnos, planificar y programar un mundo menos egoísta, ambicioso y mezquino, que permita cumplir y hacer cumplir relaciones sociales y jurídicas menos discriminatorias que se aproximen a los valores transpersonalistas de hacer realidad la igualdad, para hacer menos desiguales a los desiguales, en coexistencia y convivencia en armonía, en paz, y sobre todo, en pleno uso y goce de la libertad como baluarte *sine qua non* de la dignidad humana, sin alejar de la solidaridad humana.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos, “Seguridad pública y seguridad humana en la migración indocumentada de tránsito por México”, *Foro Internacional*, México, vol. LIII, núm. 2, 2013.

ESCOBAR, Guillermo, “La protección de los derechos sociales por las defensorías del pueblo”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-

---

<sup>41</sup> *Idem.*

Asociación Peruana de Derecho Constitucional-IIJ-UNAM-Maestría en Derecho Constitucional P.U.C.P., 2009, t. I.

Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana, Dependencia de Seguridad Humana y Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, “La Seguridad Human en las Naciones Unidas”, ONU, 2012, disponible en: [https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Outreach/12-41684\\_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure\\_web\\_December%202010.pdf](https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Outreach/12-41684_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure_web_December%202010.pdf).

GONZÁLEZ PLASCENCIA, José Guadalupe y GUZMÁN RUIZ, Alejandra, “Prevención de todos y para todos”, en MOLOEZNİK, Marcos Pablo y HARO REYES, Dante Jaime, *Seguridad ciudadana. Dimensiones, retos y algunos temas selectos*, Guadalajara, México, Universidad de Guadalajara, 2011.

GIDDENS, Anthony, *La Tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. Pedro Cifuentes Huertas, Madrid, Taurus, 1999.

<https://columnasdemexico.com/vinimos-a-sonar-tochihuitzin-coyolchihuiqui/>.

*Informe sobre Desarrollo Humano 1994*, México, PNUD-FCE, 1994, en [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1994\\_es\\_completo\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf).

MASCITELLI, Ernesto *et al.*, *Diccionario de términos marxistas*, Barcelona, Grijalbo, 1979.

MONZALVO PÉREZ, Pablo, “Seguridad pública: una materia sin salida. Un enfoque con rasgos económicos”, en PEÑALOZA, Pedro José (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

OLAMENDI, Patricia, “El debate sobre la seguridad en los foros internacionales”, en PEÑALOZA, Pedro José (coord.), *Seguridad pública*, México, Porrúa, 2005.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “Seguridad pública y derecho penal. Acerca de la omisión de impedir o denunciar un delito”, en PEÑALOZA, Pedro José (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

OTERO, Mariano, *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República mexicana*, México, Impreso por Ignacio Cumplido, Calle de los Rebeldes núm. 2, 1842.

PEÑALOZA, Pedro José, *La juventud mexicana. Una radiografía de su incertidumbre*, 2a. ed., México, Porrúa, 2010.

PEÑALOZA, Pedro José, “Seguridad pública: la crisis de un paradigma”, en PEÑALOZA, Pedro José (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, “La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina —caso México—”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 27, julio-diciembre de 2012.
- TAPIA FLORES, Fausto Enrique, “Los derechos humanos en las democracias modernas”, *La seguridad pública como un derecho humano*, México, 5o. Certamen de Ensayo sobre Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2002.
- “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General”, Asamblea General Naciones Unidas, 21 de marzo de 2005, p. 5, en <https://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf> (fecha de consulta: 1 de junio de 2019).
- VALADÉS, Diego, “La vida amenazada: violencia e inseguridad”, en PEÑA-LOZA, Pedro José (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.
- VILCAPOMA IGNACIO, Miguel Pedro, “Los derechos fundamentales: la encrucijada de los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Asociación Peruana de Derecho Constitucional-IIJ-UNAM-Maestría en Derecho Constitucional P.U.C.P., 2009, t. I.

## EL AMPARO COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

José María SOBERANES DÍEZ\*

*Al doctor Serafín Ortiz, con afecto y agradecimiento*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las barreras del amparo mexicano para tutelar derechos económicos, sociales y culturales.* III. *La protección del derecho a la educación en el juicio de amparo.* IV. *Hacia una protección efectiva del derecho a la educación a través del amparo.* V. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

No existe una actividad con mayor poder de emancipar que la educación. Por eso, el doctor Serafín Ortiz Ortiz es un libertador. Ha dedicado treinta fructíferos años a la formación. Cientos de alumnos se han beneficiado de sus conocimientos transmitidos en el aula. Y miles más, aunque no en clase, nos hemos favorecido de su pensamiento jurídico a través de la lectura de sus trabajos de investigación.

Cuando el doctor Soberanes Fernández y la doctora Rivera Moya me invitaron a participar en esta obra, no dudé en aceptar. Era de justicia. Tenía que agradecer al doctor Serafín Ortiz su incansable labor de promoción de la cultura, no sólo en Tlaxcala, sino en México y allende sus fronteras.

El tema no podía ser otro que la educación, la gran tarea que ha emprendido don Serafín. Al pensar desde qué perspectiva, me quedó claro que debía abordar su tutela por dos razones: porque el doctor Ortiz ha sido un defensor de los derechos humanos, y porque uno de los rasgos definitorios

---

\* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana.

del neoconstitucionalismo, la corriente jurídica que ha propagado nuestro homenajeados, es la garantía judicial de la Constitución.<sup>1</sup>

Parece que la defensa de la educación mediante el amparo no genera problemas. La Constitución establece que los derechos humanos pueden garantizarse mediante el amparo, y a la educación le reconoce el carácter iusfundamental. Sin embargo, no encontramos ni un centenar de procesos constitucionales relativos a este derecho en los más de cien años de vigencia de la Constitución de 1917. Ni uno por año. Es muy poco.

La falta de pronunciamientos judiciales no se debe a la carencia de violaciones al derecho a la educación, sino a diversas barreras procesales que intentaré exponer en este trabajo, así como los avances que han existido en los últimos años para superarlas.

Con el fin de abordar el tema se hará un análisis de las dificultades procesales para tutelar, en general, los derechos económico-sociales y culturales (apartado II). Luego se aterrizarán esas dificultades en el derecho a la educación, distinguiendo entre las diversas obligaciones prestacionales que impone al Estado (apartado III). Finalmente, se hará una prospectiva de la superación de esas vallas tras los pronunciamientos judiciales más recientes (apartado IV).

## II. LAS BARRERAS DEL AMPARO MEXICANO PARA TUTELAR DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Para poder abordar el tema de la protección del derecho a la educación mediante el juicio de amparo, es necesario analizar algunas características procesales de esta garantía constitucional que pueden traducirse en dificultades para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

En primer término, desde mediados del siglo XX la jurisprudencia exigió contar con un interés jurídico para que el juez pudiera valorar la pretensión de la parte actora.<sup>2</sup> Es decir, requirió que el quejoso (nombre que recibe el actor) adujera una violación personal y directa a un derecho subjetivo.

A la luz de este concepto se consideraba que las violaciones a los derechos sociales no trasgredían derechos subjetivos, sino a mandatos que tienen que traducirse en políticas públicas. Era común que los jueces rechazaran el análisis de fondo, al considerar que estaban impugnando derechos inde-

<sup>1</sup> Guastini, Riccardo, “La contitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 51.

<sup>2</sup> Sobre la introducción de este requisito, Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2001, pp. 83 y ss.

terminados, abstractos, prerrogativas de la colectividad y no derechos subjetivos de los quejosos.<sup>3</sup>

La reforma constitucional en materia de amparo de junio de 2011 introdujo el concepto de interés legítimo, que opera junto con el de interés jurídico. Éste se define como la afectación individual o colectiva a la esfera jurídica del quejoso por virtud su posición frente al orden jurídico. De esta manera, no se requiere un anclaje con un derecho subjetivo. Eso permite admitir el control de actos, omisiones y normas que puedan trasgredir derechos sociales.

No obstante, la Suprema Corte ha sido renuente a aceptar la legitimación de los quejosos cuando la afectación se extiende a la población en general —como suele suceder en los derechos económicos, sociales y culturales— debiendo ser “los órganos democráticos los que deben resolver las inconformidades que son igualmente resentidas por toda la población”.<sup>4</sup>

Por la larga tradición del interés jurídico y por la formación de los juzgadores, es común que sigan sin aceptar algunas violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo cuando se acude a juicio en defensa de bienes indivisibles, como pueden ser los intereses colectivos y difusos.<sup>5</sup> Por ello, hay jueces que consideran que estas alegaciones no se traducen en afectaciones personales, cualificadas, actuales, real y jurídicamente relevantes, que puedan traducirse en un beneficio a favor de los quejosos.<sup>6</sup>

Una segunda característica que dificulta la protección de derechos económicos, sociales y culturales a través del juicio de amparo es la limitación a los posibles efectos restitutorios de las sentencias estimatorias. Desde el nacimiento de esta garantía, se ha establecido en los textos constitucionales que una sentencia protectora únicamente puede amparar al quejoso en el especial caso, sin poder tener efectos generales.<sup>7</sup> Es decir, sus efectos son relativos.

---

<sup>3</sup> En este sentido, por ejemplo, está la sentencia del juez primero de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, en el amparo 1791/2008, en el que se reclamaba una violación al derecho a la salud.

<sup>4</sup> Tesis 1a. CLXXXIV/2015 (10a.), de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. NO SE ACTUALIZA CUANDO LA AFECTACIÓN ALEGADA, DE RESULTAR EXISTENTE, SE EXTIENDA A LA POBLACIÓN EN GENERAL”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 448.

<sup>5</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo. La tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004, p. 12.

<sup>6</sup> En este sentido, por ejemplo, se pronunció el juez segundo de distrito en materia administrativa en la Ciudad de México, en el amparo 90/2013, en el que se reclamaba violaciones al derecho a la educación.

<sup>7</sup> Soberanes Fernández, José Luis *et. al.*, *Historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, p. 269.

El principio de relatividad es congruente con la concepción de que el amparo sirve para proteger derechos subjetivos, pero no permite la tutela de otros derechos y pone en duda la efectividad del juicio como medio de protección de derechos, al permitir que permanezcan normas y omisiones que los contravienen.

Es común que los jueces fundamenten el sobreseimiento del juicio en la imposibilidad de darle efectos relativos a una sentencia amparadora. En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte, por ejemplo, ante planeamientos de que la legislación que eliminaba diversas restricciones a la publicidad de los productos del tabaco violaba el derecho a la salud. La Corte sobreseyó el juicio ante la imposibilidad de dar efectos relativos a una eventual sentencia estimatoria, pues ésta tendría que colmar el vacío denunciado, lo cual se traduciría en la emisión de normas generales, cuyos efectos, evidentemente, no podrían circunscribirse al quejoso, sino que tendrían que adoptarse para todos.<sup>8</sup>

Hay que señalar, no obstante, que la jurisprudencia más reciente ha permitido impugnar omisiones legislativas, descartando que la relatividad de los efectos sea una imposibilidad procesal siempre y cuando existan obligaciones específicas impuestas al legislador, pues argumentar la relatividad de las sentencias de amparo en estos casos “implicaría desconocer la fuerza normativa a la Constitución, situación que es inaceptable en un Estado constitucional de derecho”.<sup>9</sup>

Estas consideraciones, por sí mismas, no permitirían conceder el amparo por la omisión de cumplir con alguna obligación derivada de un derecho social, pues se circunscriben a los casos en que existe un mandato constitucional explícito. Pero abundando en estas ideas quizá en un futuro logre superarse esta objeción.

A estas características procesales del amparo habría que sumar las tradicionales objeciones de fondo a la protección de los derechos sociales, como son su contenido indeterminado, su alto costo o la imposibilidad de control judicial derivado del principio de división de poderes.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Sentencia del amparo en revisión 315/2010, resuelto el 28 de marzo de 2011.

<sup>9</sup> Tesis: 1a. XXII/2018 (10a.), de rubro “OMISIONES LEGISLATIVAS. LOS TRIBUNALES DE AMPARO TIENEN FACULTADES PARA ORDENAR LA RESTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS QUEJOSOS CUANDO ÉSTOS HAYAN SIDO VIOLADOS POR”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 52, marzo de 2018, t. I, p. 1099.

<sup>10</sup> Para abundar sobre estas objeciones, Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, México, Porrúa-UP-IMDPC, 2012, pp. 31 y ss.

### III. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO

En un derecho complejo, como es la educación, debemos distinguir las diversas obligaciones prestacionales que impone al Estado para poder precisar la posibilidad de control jurisdiccional de cada una de ellas.

En el ámbito internacional, se ha considerado que los derechos sociales deben de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de sus “características fundamentales”, que son “asequibilidad (o disponibilidad), accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad”.<sup>11</sup> De esta forma, el cumplimiento de todo derecho social se corresponde con la satisfacción de las “cuatro A”. A partir de ahí se han elaborado los indicadores del cumplimiento de los mismos.<sup>12</sup>

#### 1. *Asequibilidad*

La primera de las exigencias prestacionales del derecho a la educación es la asequibilidad o disponibilidad, esto es, que exista un sistema educativo con planes y programas de estudio, maestros, inmuebles y materiales educativos. Este deber se limita a la existencia del sistema, sin valoraciones de tipo cualitativo. De acuerdo con ello, se violaría el derecho a la educación en caso de que no existiese una escuela, maestros o libros de texto para una persona que desee cursar un nivel educativo. Eso significa que deben de establecerse medidas deliberadas, concretas y orientadas<sup>13</sup> hacia el establecimiento de un sistema educativo universal, lo que conlleva utilizar todos los recursos que estén a disposición del Estado.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Serie de capacitación profesional, núm. 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, p. 10. Este esquema se inició con los derechos a la vivienda y a la alimentación y posteriormente pasó al ámbito de la educación y, en general, a todos los derechos sociales.

<sup>12</sup> El Comité de Derechos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido que “la exigencia de estas cuatro A: asequible, accesible, aceptable y adaptable es un lugar común en el ámbito de los derechos sociales en su documentación y seguimiento”. Organización de las Naciones Unidas-Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 13, 1999, núm. 50.

<sup>13</sup> Organización de las Naciones Unidas-Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte, 1990, núm. 2.

<sup>14</sup> Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1986, n. 25 a 28. En el mismo sentido, Abramovich, Víctor *et al.*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, p. 90.



No es previsible que en México se promueva un amparo por violación a esta obligación estatal, pues existe un sistema educativo que sólo en el nivel básico atiende a más de veintitrés millones de alumnos, por más de dos millones de profesionales, en más de ciento setenta mil planteles.<sup>15</sup> Eso se traduce en una tasa de cobertura de la educación primaria casi total.<sup>16</sup> Por ello sería difícil que pudiera presentarse un juicio alegando la inexistencia de un sistema educativo.

## 2. Accesibilidad

El mandato de accesibilidad supone que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser posibles a todos. Todo aquel que desee formarse en el sistema educativo debe de tener la posibilidad de hacerlo.

La posibilidad de acceder al sistema educativo se trata del contenido primario y más elemental del derecho a la educación. Desde la perspectiva prestacional, este derecho se refiere a las enseñanzas regladas o institucionalizadas, es decir, a la educación formal.

Este deber, sin embargo, puede tener algunas condicionantes. La edad sería un caso. Por ejemplo, únicamente pueden ingresar a primaria los que tengan seis años cumplidos al 31 de diciembre del año en curso o madurez suficiente.<sup>17</sup> El haber concluido satisfactoriamente el grado o nivel anterior sería otro caso.<sup>18</sup> Así pues, aunque alguien desee cursar la secundaria, si no terminó la primaria, no puede ingresar.

Podrían cuestionarse los requisitos de ingreso en un juicio de amparo. Se partiría del agravio personal y directo a un aspirante. Y los posibles efectos se traducirían en la condena a la autoridad estatal para admitir al quejoso. Tan es así que ya se han presentado amparos, aunque no se le ha dado la razón al promovente en el nivel básico.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Resultados del Censo de escuelas, maestros y alumnos de educación básica y especial, levantado en 2013. Los resultados pueden consultarse en: <http://www.censo.sep.gob.mx/index.php/tabulados-del-censo>.

<sup>16</sup> La tasa de cobertura neta es del 98.7% a 2016, según los Indicadores del Sistema Educativo Nacional 2016 del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, consultables en <http://publicaciones.inee.edu.mx/buscador/Pub/P1/B/115/P1B115.pdf>.

<sup>17</sup> La Ley General de Educación dispone: "Artículo 56.-...La edad mínima para ingresar a la educación básica en el nivel preescolar es de 3 años, y para nivel primaria 6 años, cumplidos al 31 de diciembre del año de inicio del ciclo escolar".

<sup>18</sup> Acuerdo 648 de la Secretaría de Educación Pública, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de agosto de 2012.

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el amparo en revisión 215/2005, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 4 de mayo de 2005.

Otro tipo de planteamiento en relación con esta obligación estaría relacionado con el acceso a la universidad. Si como ha resuelto el Tribunal Constitucional español, el derecho de acceso no se vincula con la obligatoriedad,<sup>20</sup> los más extensos requisitos que suelen imponerse para acceder a este nivel educativo, como la existencia de un examen, podrían ser impugnables ante la justicia constitucional. También podría impugnarse la falta de plazas, que suelen ser limitadas.<sup>21</sup> Y finalmente, podría impugnarse la valoración de las solicitudes y exámenes por parte de las universidades públicas.<sup>22</sup> Asimismo, se violaría el derecho de acceso a la educación si no se admitiera a alguien pese a tener plazas vacantes.

Una consecuencia lógica de la admisión a un centro educativo es la permanencia en el mismo. Ello no supone que la permanencia del alumno en el centro en que haya sido admitido sea un derecho absoluto o ilimitado. En la educación que presta el Estado se podría perder la permanencia por una falta de rendimiento objetivo y reiterado, por una parte y, por otra, como consecuencia de un proceso disciplinario podría llegar a imponerse la sanción de expulsión.

En México existe una tendencia a no expulsar alumnos por indisciplina y conductas violentas<sup>23</sup> ni por bajo rendimiento escolar.<sup>24</sup> Posiblemente se deba a cuestiones de carácter pedagógico, que no es menester discutir. Pero también puede ser que exista alguna razón que justifique la medida de ex-

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 236/2007, de 7 de noviembre, f. j. 8. Por ello puede hablarse de un derecho de acceso a la universidad. Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, CEURA, 1988, pp. 52-53.

<sup>21</sup> La jurisprudencia alemana, al respecto, ha establecido criterios sobre el acceso a la universidad, como son: a) regulación mediante ley, o cobertura legal de la medida administrativa; b) total utilización de la capacidad de admisión de los centros existentes (es decir, que la limitación se produzca dentro de los límites de lo necesario); c) que los criterios de selección sean apropiados, que den una oportunidad a todo solicitante que reúna las condiciones de admisión. En BVerfGE 33, 303, de 18 de julio de 1972.

<sup>22</sup> Tesis IV.1o.A.12 A (10a.), del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, de rubro: "EDUCACIÓN SUPERIOR. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS GOBERNADOS, CORRESPONDE AL ESTADO GARANTIZARLO", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, mayo de 2012, t. 2, p. 1805.

<sup>23</sup> Por ejemplo, el Marco para la Convivencia Escolar en las Escuelas de Educación Secundaria del Distrito Federal, emitido por la Administración Federal de Servicios Educativos en el Distrito Federal, proscribía expresamente la expulsión por cualquier falta de disciplina o conducta violenta de los alumnos. Textualmente señala: "En ningún caso una falta de disciplina podrá sancionarse con la negación del servicio educativo o expulsión del alumno".

<sup>24</sup> La Ley General de Educación dispone: "Artículo 75.- Son infracciones de quienes prestan servicios educativos:... XVI.- Expulsar o negarse a prestar el servicio educativo a niñas, niños y adolescentes que presenten problemas de aprendizaje...".

pulsión de un plantel, como actos de acoso o violencia escolar que afecten la convivencia, el desarrollo armónico de la personalidad y el rendimiento escolar de otros niños. En ese caso, siempre y cuando se demuestre que se satisfacen los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, podría imponerse la medida de la expulsión sin que se vulnere el derecho a la permanencia.

La decisión sobre la expulsión de un alumno podría ser impugnada a través del juicio de amparo. El expulsado partiría de un agravio personal y directo. Y los efectos de la sentencia estimatoria serían su reincorporación. Hay que apuntar que es necesario contar con garantías objetivas, proporcionadas y racionales, tanto en las sanciones como en las exigencias de rendimiento para la permanencia,<sup>25</sup> o del derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones.<sup>26</sup>

Alguno de los casos de expulsión que han sido revisados por jueces en juicio de amparo que resultan especialmente relevantes son los relacionados con la baja de niños que pertenecen a la asociación religiosa denominada Testigos de Jehová, por negarse a rendir honores a la bandera en la escuela por motivos de conciencia.<sup>27</sup> Otros casos de explosión que podrían conocerse en el amparo, y que ya se han presentado en otras latitudes, son los relativos a la expulsión de niñas por vestir el velo islámico, que es considerado un problema paneuropeo;<sup>28</sup> o la expulsión por falta de vacunación de niños.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, *op. cit.*, p. 45.

<sup>26</sup> Embid Irujo, Antonio, “El contenido del derecho a la educación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 31, 1981, p. 666.

<sup>27</sup> Este caso lo conoció primero la Suprema Corte, dando como resultado la tesis de rubro “ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA”, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. V, segunda parte-1, enero-junio de 1990, p. 209. Posteriormente, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos resolvió el mismo asunto, pero en sentido contrario, dando lugar a la Recomendación General 5 en mayo de 2003, que puede consultarse en la *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 53, mayo de 2003, p. 41.

<sup>28</sup> La expresión es de Benito Aláez, en su trabajo “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 28, 2011, pp. 483-520. Alguno de los casos más famosos son *Kervanci vs. Francia y Dogru vs. Francia*, de 4 de diciembre de 2008; *Karaduman vs. Turquía y Bulut vs. Turquía* (decisión sobre admisibilidad), de 3 de mayo de 1993; *Dahlab c. Suiza*, (decisión sobre la admisibilidad), 15 de febrero de 2001. Una síntesis y análisis completo de todos estos casos puede verse en Martínez Torrón, Javier, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Derecho y Religión*, núm. 4, 2009, pp. 87-109.

<sup>29</sup> Caso *Phillips vs. City of New York*, 1:12-cv-00098.

Otra manifestación del derecho de acceso al sistema educativo mencionado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas es la accesibilidad económica. En el caso mexicano, esta manifestación tendría fundamento tanto en la fracción IV del artículo 3o., que dispone que “toda la educación que el Estado imparta será gratuita”, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>30</sup> y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Protocolo de San Salvador”,<sup>31</sup> que indican que la educación primaria debe ser accesible a todos mediante la gratuidad.

La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se inclina por una protección de tipo maximalista. Según su parecer, no sólo los costos de matrícula y los derechos académicos deberían ser gratuitos, sino que también deben estar cubiertos por el Estado algunos costos de tipo indirecto muy ligados a obstáculos económicos, como los costos de los uniformes, al señalar que “los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización”.<sup>32</sup> No obstante, matiza que los gastos indirectos pueden ser permisibles examinados caso por caso.

La accesibilidad económica podría ser objeto de control a través del juicio de amparo. A la persona a quien le cobran una cuota escolar puede

---

<sup>30</sup> Su artículo 13.2, en lo que interesa, textualmente indica: Artículo 13.2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

<sup>31</sup> Su artículo 13.3 textualmente indica en lo que interesa: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

- a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

<sup>32</sup> Observación General núm. 11, n. 7.

acudir al amparo con un agravio personal y directo. Y los posibles efectos de una sentencia estimatoria serían la devolución de lo pagado y la prohibición de volverle a cobrar. Así ha ocurrido ya. Pese a que la Constitución es clara al señalar que toda la educación que imparta el Estado será gratuita, algunos han interpretado que esta obligación estatal se circunscribe únicamente a los niveles que son obligatorios, por lo que han cobrado cuotas escolares en la educación media superior<sup>33</sup> y en la educación superior.<sup>34</sup> Estos cobros han sido impugnados ante los tribunales mexicanos,<sup>35</sup> quienes han llegado a conceder el amparo haciendo efectiva la accesibilidad económica.<sup>36</sup>

### 3. Aceptabilidad

El mandato de aceptabilidad supone que la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables para los estudiantes. Este mandato tradicionalmente ha sido vinculado con el principio de calidad, que es un objetivo mundialmente reconocido, aunque a veces demasiado vinculado con visiones “empresariales”, de nueva gestión pública y de eficiencia.<sup>37</sup> Es, asimismo, una noción vinculada al logro de objetivos educativos muy vinculados al desarrollo de la personalidad y a los derechos humanos.<sup>38</sup>

En el caso mexicano, este principio se enuncia en la Constitución en dos ocasiones en el artículo 3o. Se refiere en la fracción II, inciso d), como un

---

<sup>33</sup> El cobro en este nivel se ha sustentado en que la obligatoriedad de este nivel no entra aún en vigor.

<sup>34</sup> Al respecto, Soberanes Díez, José María, “La gratuidad de la educación pública en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 39, julio-diciembre de 2018, pp. 323 y ss.

<sup>35</sup> Por ejemplo, el amparo en revisión 539/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte el 15 de marzo de 2017, o el amparo en revisión 750/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte el 20 de abril de 2016.

<sup>36</sup> De ello derivó la tesis 1a. CCXC/2016 (10a.), “DERECHO A LA EDUCACIÓN PÚBLICA SUPERIOR. EL ESTADO MEXICANO TIENE LA OBLIGACIÓN DE IMPLANTAR PROGRESIVAMENTE SU GRATUIDAD”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 37, t. I, diciembre de 2016, p. 365.

<sup>37</sup> Cotino, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 215.

<sup>38</sup> Quesada Jimena, Luis, “El conocimiento del ordenamiento constitucional: condición necesaria para la calidad del sistema educativo”, en Peña González, José (coord.), *Libro Homenaje a D. Inigo Cavero Lataillade*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, y Tomaseksky, Katarina, “Indicadores del derecho a la educación”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 40, 2004, pp. 341-388.

criterio orientador de la educación. En esa oportunidad se menciona que la calidad supone “el mejoramiento constante y el máximo logro académico de los educandos”. También se refiere la Constitución a la calidad un poco antes, en el tercer párrafo de ese artículo. Lo mencionamos después porque parece ser una concreción de esta idea general. Se señala que el Estado garantizará la calidad de la educación cuidando que “los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos”.

A diferencia de las dos obligaciones anteriores, el control jurisdiccional de la calidad educativa resulta complicada bajo las premisas tradicionales del juicio de amparo. En primer lugar, su incumplimiento no se traduciría en una afectación personal al estudiante. Acudiría en defensa de un interés colectivo.

En segundo lugar, los juzgadores de amparo podrían evitar pronunciarse sobre el fondo alegando que no deben decidir la política educativa, sino el Poder Ejecutivo federal, por mandato expreso del artículo 3o. constitucional.

En tercer lugar, los efectos del juicio de amparo necesariamente implicarían un beneficio a un grupo. Una sentencia que ordenara capacitar a los maestros en una competencia o adquirir un mejor mobiliario escolar beneficiaría a todo un sector social. Esto aparentemente rompería con la regla de que las ejecutorias deben limitarse a la protección de quien solicita el amparo en el caso concreto.

#### 4. *Adaptabilidad*

Conforme al mandato de adaptabilidad, la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

En el ámbito europeo los expertos han señalado que estas competencias y necesidades básicas son: “comunicación en lengua materna y extranjera, competencia matemática, competencias básicas en ciencia y tecnología, aprender a aprender, competencias sociales, sentido de iniciativa y espíritu de empresa y conciencia y expresión cultural”.<sup>39</sup>

Al igual que con el mandato de aceptabilidad, con el que se encuentra intrínsecamente vinculado, sería complicada la procedencia de un juicio de

<sup>39</sup> Parlamento europeo, Recomendación 2006/962/CE, 18 de diciembre de 2006.

amparo por violación de esta obligación. El cuestionamiento de los planes y programas de estudio, que son generales, supone un interés colectivo. Es difícil que bajo una perspectiva rígida de la división de poderes quiera un juez conocer sobre el contenido de los planes de estudio. Y hay que sumar las limitantes en cuanto a la generalidad de las sentencias estimatorias de amparo.

#### IV. HACIA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN A TRAVÉS DEL AMPARO

Del análisis anterior se desprende que son dos las obligaciones concretas que importa el derecho a la educación en las que existen problemas de exigibilidad a través del juicio de amparo: la aceptabilidad y la adaptabilidad. Ambas están estrechamente vinculadas, pues mediante éstas se puede lograr la calidad educativa que es el gran objetivo de los sistemas formativos en la actualidad. Las dificultades son las mismas, pues se relacionan con el interés para promover el amparo, así como la imposibilidad de darle efectos generales a las resoluciones.

En cuanto al interés, la reforma constitucional en materia de amparo, del 6 de junio de 2011, así como la expedición de una nueva Ley de Amparo en 2013 permitirían superar la objeción. Sin embargo, nos encontraremos con un problema social: las personas que suelen resentir la falta de calidad son las más pobres. Lamentablemente la pobreza se vincula con malas instalaciones, malos materiales educativos y maestros menos capacitados. Eso supone una barrera económica para poder promover, en su caso, un juicio de amparo que, por su complejidad técnica, implica el pago de elevados honorarios profesionales para los abogados.

Por ello, para el cumplimiento de las obligaciones de aceptabilidad y adaptabilidad resultan importantes las garantías sociales que permitan superar la actuación o la inacción del Estado, de las que habla Pisarello.<sup>40</sup> De esta forma, los procedimientos no judiciales permiten proteger los derechos sociales cuando su tutela jurisdiccional llegaría demasiado tarde.<sup>41</sup>

Estas garantías pueden y deben entretenerse con las garantías jurisdiccionales, como es el amparo, de forma que algunas asociaciones puedan acudir en defensa de derechos económicos, sociales y culturales.<sup>42</sup> En es-

<sup>40</sup> Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

<sup>41</sup> Häberle, Peter, "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, núm. 1, p. 157.

<sup>42</sup> Ferrajoli explica la necesidad de ampliar la legitimación "a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los



pecífico, del derecho a la educación y de la calidad con la que se imparte. De lo contrario, únicamente los titulares del derecho, los niños, y quizá los padres de familia, podrían reclamar al Estado la mejora educativa. Y esa opción, por su costo económico, es una quimera.

Desde hace tiempo se ha insistido en la necesidad de que diversos grupos intervengan en la educación. Por ello se han reconocido derechos de participación en la formación en la Constitución.<sup>43</sup> A la vez de hablar de una participación social en la educación, habría que hablar de una participación judicial de los ciudadanos en la defensa de la educación.

Al respecto ya se ha avanzado en la vía jurisprudencial en los últimos años. Es relevante un juicio promovido por una asociación civil que tenía por objeto realizar acciones para colaborar en la protección del derecho a la educación, en contra de diversas autoridades por la omisión de ejercer sus facultades de fiscalización y de sanción respecto al manejo de recursos públicos desatinados a la educación, alegando que se vulneraba la calidad educativa.<sup>44</sup>

En primera instancia, el juez sobreesayó al estimar que no se le ocasionaba un perjuicio directo a la asociación quejosa, sino que acudía en defensa de la legalidad de la actuación del poder público.

Inconforme, la asociación quejosa interpuso recurso de revisión, del que conoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En su sentencia, la sala analizó el sobreesimiento decretado por el juez de primera instancia.

Retomando una tesis del Pleno,<sup>45</sup> sostuvo que el interés debía ser interpretado conforme al principio *pro persona*, en el sentido de que implicaba un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y el quejoso, de forma que se requiere para la procedencia del amparo de una facultad conferida expresa-

---

mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada participación judicial de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos". Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2000, p. 918.

<sup>43</sup> Soberanes, José María, *El derecho a la educación en México*, México, Porrúa, 2015, p. 156.

<sup>44</sup> Amparo en revisión 323/2014, resuelto el 11 de marzo de 2015 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de votos.

<sup>45</sup> P./J. 50/2014 (10a.), "INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 60.



mente por el orden jurídico, pero sí de un agravio diferenciado, es decir, de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante.<sup>46</sup>

Tras ello, la sala examinó el objeto social de la asociación quejosa y advirtió que comprendía la defensa del derecho a la educación, por lo que concluyó que los actos reclamados sí incidían en su esfera jurídica porque contaba con una especial situación frente al derecho a la educación,<sup>47</sup> afirmando que

no se está reclamando la protección de un derecho tradicional, en el que fácilmente pueda identificarse o individualizarse un derecho subjetivo, sino que se trata de un derecho compuesto por relaciones jurídicas, por lo que aun cuando no es el beneficiario tradicional del derecho, es titular de obligaciones y derechos que se encuentran comprendidos dentro del mismo, como lo son intervenir como parte de la sociedad civil para lograr su efectividad.

Por ende, concluyó que la quejosa sí tenía interés jurídico y fue indebido el sobreseimiento del juicio.

Superado este punto, la Primera Sala debió enfrentarse al segundo problema procesal que existe para el control de derechos sociales a través del juicio de amparo: los efectos relativos de la sentencia.

Al respecto, la sala desestimó el argumento aduciendo que se podían dar efectos relativos a una eventual sentencia estimatoria, como lo era obligar a las autoridades administrativas a ejercer sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras para proteger el derecho a la educación.<sup>48</sup>

Descartados los problemas procesales, la Corte analizó el fondo del estudio, concluyendo que la omisión de fiscalizar el ejercicio de los recursos pú-

---

<sup>46</sup> De estas consideraciones surgió la tesis 1a. CLXVII/2015 (10a.), “INTERÉS LEGÍTIMO DE ASOCIACIONES CIVILES EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR EL DERECHO CUESTIONADO A LA LUZ DE LA AFECTACIÓN RECLAMADA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 442.

<sup>47</sup> De estas consideraciones surgió la tesis 1a. CLXXI/2015 (10a.), “DERECHO A LA EDUCACIÓN. PARA QUE LAS ASOCIACIONES CIVILES PUEDAN ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO A RECLAMAR SU INCUMPLIMIENTO, DEBEN ACREDITAR QUE SU OBJETO SOCIAL TIENE COMO FINALIDAD VERIFICAR QUE SE CUMPLAN LAS OBLIGACIONES EN MATERIA EDUCATIVA, ASÍ COMO PROBAR HABER EJERCIDO ESA FACULTAD”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 428.

<sup>48</sup> Estas consideraciones dieron lugar a la tesis 1a. CLXXIII/2015 (10a.), “IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. NO SE ACTUALIZA LA CAUSAL RELATIVA A LA IMPOSIBILIDAD DE REPARAR LA VIOLACIÓN ALEGADA, SI SE DETERMINA LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS LEGÍTIMO A UNA ASOCIACIÓN CIVIL EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 441.

blicos destinados a la formación había trasgredido el derecho a la educación. Por ello, concedió el amparo para que la autoridad demostrara haber cumplido con todas sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras o, en su caso, para que las ejerciera, lo que sería controlado en ejecución de sentencia.

## V. CONCLUSIÓN

El diseño del juicio de amparo en México dificulta la tutela de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso del derecho a la educación, estas peculiaridades procesales dificultan la exigibilidad de dos obligaciones específicas: la aceptabilidad y la adaptabilidad.

En los últimos años la jurisprudencia ha avanzado lentamente para superar las dificultades procesales. Respecto al derecho a la educación se está transitando hacia una participación judicial de los ciudadanos en la defensa de la educación, mediante la legitimación de asociaciones. Asimismo, se avizora que pueda superarse la objeción de la relatividad de la protección a una persona en concreto.

# INVESTIGACIÓN, METODOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

## HACIA LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA A LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS: REFLEXIONES DE UNA DÉCADA

Raúl ÁVILA ORTIZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El objeto de estudio de la epistemología jurídica (EJ)*. III. *Epistemología jurídica metateórica*. IV. *Epistemología jurídica aplicada y la extensión de su objeto a las instituciones políticas (EJAIP)*.

### I. INTRODUCCIÓN

En 1995, el doctor Serafín Ortiz Ortiz, a quien tuve el gusto de conocer en el Posgrado de Derecho de la UNAM ese mismo año, me invitó a incorporarme a la planta de profesores del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJUREP) de la Universidad Autónoma de Tlaxcala (UAT), y acepté de inmediato.

Desde entonces me he sentido orgulloso al formar parte del cuerpo docente de esa importante institución y compartir intereses intelectuales, académicos y profesionales con tan elevado ser humano y jurista distinguido, quien ha sabido amalgamar en torno al CIJUREP a un grupo de colegas de no menor reconocimiento.

Casi cincuenta años después de aquel inicio, me sigo sintiendo muy honrado y privilegiado al testimoniar y aprovechar muchos de los bienes que Serafín Ortiz Ortiz ha derramado sobre miles de alumnos y profesores de múltiples comunidades académicas de México y del extranjero.

Pero más distinguido me he considerado por haber recibido prestada, hace una década, la materia de epistemología jurídica, que de manera vanguardista Serafín incluyó y profesó en el programa de estudios del Doctorado en Derecho del CIJUREP, en el que se han graduado más de cincuenta alumnos.

En fecha reciente, he acordado con el cofundador del CIJUREP y exrector de la UAT, que le devolvería el préstamo de esa cátedra, no sin antes obsequiarle para esta obra en su merecido honor una modesta contri-

bución en la materia, la cual es fruto de la referida actividad docente en el contexto de nuestra comunidad académica.

En este breve texto retomo algunos elementos de otros escritos de mi autoría publicados o no y los destilo presentados en una versión ensayística libre fundada en la experiencia de los años,<sup>1</sup> a la que sólo he agregado algunas obras de referencia obligada.

Me anima en particular compartir algunos elementos sobre el proyecto intelectual con el que estoy comprometido, y que consiste en ampliar y profundizar el objeto de estudio de nuestra disciplina favorita con el propósito sincero de consolidar la democracia constitucional mexicana —digamos, multinivel— por la que tanto hemos bregado.

Espero que el texto no defraude los exigentes parámetros disciplinarios de mi querido amigo y que no transcurra otra década para que me permita retomar la cátedra de una materia que para entonces habrá consolidado su misión.

Muchas felicidades a nuestro destacado colega, el doctor Serafín Ortiz Ortiz, quien tiene garantizados muchos años más de honor, respeto y fraternidad.

## II. EL OBJETO DE ESTUDIO DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA (EJ)

Típicamente, la EJ estudia el origen, naturaleza, validez y límites del conocimiento científico, teorías o doctrina sobre las normas producto de la legislación y sobre un orden o sistema jurídico completo o algunas de sus partes.<sup>2</sup>

Más recientemente, la disciplina también se dedica a estudiar las condiciones de justificación racional del diseño y aplicación práctica de la normatividad en el ámbito de la justicia penal y el derecho probatorio.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Me refiero, en particular, al libro de mi autoría: *Epistemología jurídica aplicada a la justicia constitucional electoral. Una aproximación a la experiencia de la calificación de la elección presidencial en México, 2000-2018*, México, TEPJF (en prensa) y al ensayo “Epistemología jurídica aplicada a las instituciones políticas. Una hipótesis exploratoria de las condiciones de legitimidad de la elección presidencial mexicana de 2018. Cultura cívica, transparencia, coacción jurídica”, en Molina Piñeiro, Luis Jorge (ed.), *Para legitimar la elección presidencial 2018: Cultura cívica, transparencia y coacción jurídica*, México, Cámara de Diputados-CEDIP, INAI, IMPE, Universidad Complutense de Madrid-Copuep, 2018.

<sup>2</sup> Véase, como textos introductorios a la materia: Bunge, Mario, *Epistemología. Curso de actualización*, México, Siglo XXI, 1982; y González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, México, Fontamara, 2002.

<sup>3</sup> Cáceres Nieto, Enrique, “Epistemología jurídica aplicada”, en varios autores, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2009.

En ese entendido, esos materiales pueden consistir no sólo en disposiciones legislativas, sino en reglamentos administrativos, evidencia probatoria, sentencias y jurisprudencias, y otros documentos legales.

Pero, según he venido proponiendo, esa operación no debería ser aplicada únicamente sobre los textos legales, sino sobre su relación con la política jurídica que los justifica y la relación que ésta guarda con las condiciones sociales que le sirvieron de fuente y a las cuales va dirigida y debería impactar.

En otras palabras, por una parte, la EJ se entiende como metateoría jurídica (EJM) cuando tiene por objeto el estudio de las teorías jurídicas científicas, que a su vez tienen por objeto la estructura y contenidos de un sistema jurídico o parte de éste.

Por la otra, se entiende como epistemología jurídica aplicada (EJA) cuando la disciplina se orienta a determinar las condiciones empíricas y normativas de la verdad jurídica a través del proceso judicial.

Sostengo que la EJA también debería estudiar las condiciones normativas del derecho, específicamente el diseño legislativo, la interpretación y aplicación de las normas, y sus relaciones con la política jurídica que las inspira y con sus causas y consecuencias sociales.

Otra forma de decirlo es así: la EJM tiene como misión describir, analizar, criticar y hacer propuestas sobre la doctrina o teorías jurídicas que tienen por objeto a las normas, ya que aquellas representan una de las fuentes de conocimiento del derecho.

En particular, la EJM debería dedicarse a evaluar de manera crítica, es decir, en sus fortalezas y debilidades, el origen, naturaleza, validez y límites de esas teorías.

Por su parte, el objeto de estudio de la EJA hasta ahora radica en las condiciones para acceder a la verdad jurídica a través de la justicia.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la justicia penal, de donde ha surgido, la EJA se dedica a evaluar las condiciones normativas de carácter procesal, que facilitan o no el acceso del juez a la verdad jurídica transportando la verdad histórica a la verdad judicial.

El derecho procesal penal, que debería operar como un “motor epistémico”, debería ser capaz de coadyuvar a reducir el error judicial para que las sentencias redundaran en menos falsos culpables y falsos inocentes.<sup>4</sup>

Ahora bien, según lo vengo proponiendo, el objeto ampliado de estudio de la EJA lo conformaría prioritariamente el resto de las fuentes formales y

---

<sup>4</sup> Laudan, Larry, *Verdad y error en el proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013.

sus relaciones con las fuentes reales e histórica del derecho, e incluso nuevos elementos influyentes en ellas (constitucionalismo y globalización),<sup>5</sup> pero en términos de su consistencia para facilitar o no el cumplimiento de los objetivos de la política jurídica.

Es decir, de su idoneidad para hacer más viable el cumplimiento de los fines legítimos de la política constitucional, convencional, legal y reglamentaria, con el propósito de prever y remediar los problemas sociales que la motivaron.

Abundo: desde mi perspectiva, la EJA debe expandirse para evaluar la calidad de las fuentes formales del derecho, incluida la doctrina o teorías sobre tales fuentes y sus productos, pero siempre y cuando ese objeto radique en las condiciones técnicas del diseño, interpretación y aplicación de las normas.

Esta novedosa disciplina debe ayudar a que se facilite y no a que se obstaculice el cumplimiento de la política jurídica que las inspira. Por lo tanto, debe captar, describir y evaluar de manera crítica el sentido de su relación coherente y eficaz con las causas y consecuencias sociales que la determinan.

La EJA puede y debe auxiliarse de las fuentes históricas del derecho en su tarea clarificadora y justificativa de sus propuestas y conclusiones.

En relación con la epistemología, en general, y la EJ, en particular, el tópico relativo al *origen* guarda relación con la prevalencia del sujeto (subjetivismo o idealismo) sobre el objeto (objetivismo o realismo), o bien el sujeto y el objeto (dialéctica o dinámica entre ellos, cual sea el que prevalezca) en la elaboración del conocimiento.<sup>6</sup>

De acuerdo con el subjetivismo, el sujeto epistémico o cognoscente es capaz de imponer sus condiciones personales —emotivas, mentales, racionales— al objeto de conocimiento, y de esa manera decreta o hace prevalecer, ya sea unilateralmente o en interacción con otros sujetos, la realidad o una versión creíble de ella.

De conformidad con el objetivismo, el sujeto está condicionado por el contexto que en cualquier espacio y tiempo comparte ciertos factores que influyen en su capacidad epistémica, de tal manera que prevalecen las variables procedentes de una realidad que existe y funciona más allá de la mente del sujeto que eventualmente puede conocerla y utilizarla para sus propios fines.

---

<sup>5</sup> Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del derecho”, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2009. También Schmill, Ulises, *Las fuentes del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

<sup>6</sup> Sugiero, entre otros, Witker, Jorge, y Larios, Rogelio, *Metodología jurídica*, México, McGraw-Hill, 1997, pp. 75-118.

Desde luego, las teorías epistémicas dialécticas o eclécticas consideran que el origen del conocimiento se da en la interacción entre sujeto y objeto en varias formas y condiciones de prevalencia de uno u otro, es decir, de la experiencia, la emoción, incluso el cuerpo, o bien, la razón.

El tópico de la *validez* está relacionado con las garantías o pruebas del conocimiento para que éste sea considerado científico o no, vulgar o común, y, por lo tanto, tiene que ver con lo que se estima que alcanza la calidad suficiente para considerarse ciencia.

Para determinar la validez del conocimiento científico, la epistemología ha desarrollado una serie de propuestas. La más aceptada es la que defiende que el método científico o normatividad epistémica aplicable y su sincronía con la racionalidad epistémica argumentativa o esquema interpretativo-racional resultan indispensables para calificarlo como tal.<sup>7</sup>

Si esos dos instrumentos acuerdan una gramática para la indagación y la producción del conocimiento, este redundará en un producto que puede ser mensurable en términos de su correspondencia, coherencia y/o eficacia en relación con esa fórmula y sus supuestos y consecuencias teóricas y prácticas.

El tópico de la *naturaleza* se presenta relacionado con las clases de conocimiento, ya sea vulgar, común o popular, o bien científico o fuera de su dominio o interés.

El tópico de los *límites y fronteras* tiene que ver con el ámbito de cada área o disciplina científica y las divisiones e interconexiones entre ellas, tanto dentro de las propias disciplinas filosóficas (epistemología, lógica, metodología y axiología) como entre las ciencias culturales (derecho, economía, sociología), formales (matemáticas, geometría) y naturales (física, química o biología).

Desde luego que los cuatro tópicos están estrechamente vinculados, por lo que la epistemología es una materia bastante interdisciplinaria.<sup>8</sup>

### III. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA METATEÓRICA

Ahora bien, el conocimiento científico de lo jurídico está determinado por lo que se considere “ciencia” y “derecho”.

---

<sup>7</sup> Recomiendo Olivé, León, *Racionalidad epistémica*, Madrid, Trotta, 1995, y Eraña Lagos, Ángeles, “Normatividad epistémica y estructura heurística del razonamiento”, en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 32, núm. 101, 8 de agosto de 2003, pp. 60-108, disponible en Internet.

<sup>8</sup> Véase, incluso, Pombo, Olga, “Epistemología de la interdisciplinariedad. La construcción de un nuevo modelo de comprensión”, *Interdisciplina*, vol. 1, núm. 1, 2013, disponible en Internet.



La ciencia es una disciplina y conocimiento garantizado y sistematizado para describir, explicar, justificar y predecir la realidad o la verdad. El derecho es norma, valor o hecho, o las tres dimensiones.<sup>9</sup> También se entiende como las prácticas de su construcción semántica, sintáctica y pragmática mediadas por la interpretación y la argumentación.<sup>10</sup> Sumadas, esas premisas permiten entender mejor a las escuelas o enfoques sobre el derecho que han sido identificadas, clasificadas y estudiadas por la EJM, ya desde obras de filosofía, teoría o metodología del derecho.<sup>11</sup>

Las tres escuelas troncales, que privilegian el uso de métodos analítico-empíricos, son el juspositivismo, el jurnaturalismo y el jussociologismo con sus numerosas variantes. A ellas hay que sumar la jushermenéutica y sus diferentes ramificaciones, que priorizan métodos críticos contextualistas y de deconstrucción de textos.

En rigor, es posible abrir dos grandes clasificaciones de teorías jurídicas: las modernas, que corresponden a las primeras tres corrientes troncales, y las posmodernas, que albergan a las teorías hermenéuticas, críticas y post-positivistas, incluidas sus respectivas modalidades.<sup>12</sup>

Entre estas, habría que reservar espacio a las posturas que niegan el carácter científico del derecho y lo ubican simplemente en términos de prácticas y técnicas discursivas y argumentativas.<sup>13</sup>

En términos generales, el conocimiento positivista del derecho privilegia el estudio de la legislación y su producto oficial aprobado por las instituciones competentes, es decir, la norma jurídica en sus diferentes jerarquías y manifestaciones ya sea legislada, reglamentada o resultado de su interpretación.

---

<sup>9</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *Los fundamentos de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, versión digital 2014, en particular el capítulo 1.

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi, *Epistemología y garantismo*, México, Fontamara, 2011.

<sup>11</sup> Por ejemplo: García Máynez, Eduardo, *Positivismismo, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1999; Sinha, Surya, *Jurisprudence. Legal Philosophy*, West Academic Publishing, 2006; Rodríguez Zepeda, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, México, Oxford University Press, 2006; Correas, Oscar, *Metodología jurídica I. Una introducción filosófica*, México, Fontamara, 2012.

<sup>12</sup> Wojcik Radkowska, Krystyna, "Filosofía del derecho. Una mirada posmoderna", *R.E.D.S.*, núm. 11, julio-diciembre de 2017; Suárez Llanos, Leonor, *El posmodernismo jurídico y la filosofía del derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015; y Flores Saldaña, Antonio, *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, tesis presentada para optar por el grado de doctor en derecho, Universidad Panamericana, campus Guadalajara, Zapopan, 3 de noviembre de 2017, disponible en Internet.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Madrid, Ariel, 2012, y Cárdenas Gracia, Jaime F., *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, en particular su Introducción.

El positivismo se preocupa por el carácter sistemático, coherente y coactivo de las normas jurídicas, por su validez formal y material, y desde luego por su eficacia en los hechos.

De allí que en sus versiones más recientes se interese, en particular, por las dimensiones semántica, sintáctica y pragmática de las normas. Es decir, por la estructura y significado, orden y efectos prácticos mediante la interpretación y cumplimiento de los enunciados con los que están construidas las teorías sobre las normas.<sup>14</sup>

Eso es de la mayor importancia, porque las primeras deberían ser reflejo o describir de manera fiel a las segundas y ser capaces de captar sus contradicciones y consecuencias prácticas. Si lo hacen, su utilidad y relevancia o pertinencia aumentarán. Es el reto de los juristas positivistas: describir, analizar críticamente y proponer soluciones a la normatividad.<sup>15</sup>

El conocimiento positivista del derecho, fiel a sus orígenes, defiende que éste y la moral pertenecen a dominios o ámbitos más o menos independientes, separados o en correlación, según se trate de unas u otras versiones teóricas.

En las versiones más flexibles o inclusivas, se sostiene que las normas enunciadas en forma de principios, directivas y objetivos programáticos están cargadas de fuerza moral (incluso plantean que el derecho es parte de la moral).<sup>16</sup>

Pero esta no es de índole religiosa, sino laica o producto de las creencias e intereses compartidos por las personas y grupos sobre la vida pública y privada.

En el contexto social se comparten valores que revelan experiencias, intereses y percepciones sociales comunes, y aquellos se convierten en normas jurídicas con carga moral a través del proceso democrático electoral y legislativo que gobernantes y gobernados habrán de obedecer.<sup>17</sup>

El conocimiento de lo jurídico desde el naturalismo ha sostenido de antaño no sólo que la moral precede al derecho, sino que lo subordina en diversos grados, según el enfoque de que se trate.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t. I.

<sup>15</sup> Recuérdese la insistencia de Luigi Ferrajoli en varias de sus obras, por ejemplo, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, cap. 1.

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Harvard University Press, 1977.

<sup>17</sup> Otra vez, Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

<sup>18</sup> Saldaña Serrano, Javier, y Carlos I. Massini Correas (eds.), *John Finnis. Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

Los jusnaturalistas más dogmáticos o radicales, de cuño tomista medieval, creen y tratan de justificar que el orden jurídico humano o positivo depende del orden divino que la divinidad imprimió en la naturaleza y que debe prevalecer en la sociedad para alcanzar legitimidad y eficacia.

El conocimiento de lo jurídico requiere conocer la moral religioso-cristiana, cuyo orden, por lo general distorsionado en las leyes positivas, debe ser descubierto a través de la interpretación orientada hacia el bien común, de modo tal que el orden humano sea corregido y armonizado con apoyo en el orden moral.

A partir de esa aceptación, el jusnaturalismo puede convenir con el juspositivismo en el uso de conceptos y métodos para aplicar las normas jurídicas.<sup>19</sup>

A su vez, el conocimiento sociológico de lo jurídico supone, en esencia, observar al derecho como un fenómeno social y un hecho empírico que puede ser analizado mediante el uso correcto de ciertos métodos y del lenguaje, al igual que lo hace el juspositivismo.<sup>20</sup>

Sólo que el jussociologismo pretende indagar en el contexto histórico y sociocultural las variables que son causa y consecuencia de los procesos de producción y aplicación de la normatividad, en sentido amplio.

En esa pretensión caben al menos dos opciones epistemológicas.

Una, que el sujeto se ubique en una posición fuera del objeto y lo observe de manera externa o interactiva al contexto en que éste habita y se desarrolla.

Otra, que no lo haga y se envuelva e integre con el contexto y desde dentro mire y opere su realidad en una suerte de “praxis” —de corte materialista-dialéctico— orientada a su conservación o a su transformación.

La primera postura corresponde, en términos gruesos, a la (jus)sociología moderna y la segunda a la posmoderna.

El jussociologismo busca establecer, por lo menos, correlaciones aproximativas y, por lo más, las relaciones más rigurosas de causa a efecto entre variables o factores específicos que operan en el contexto histórico-sociocultural, y que afectan y son afectados por las normas jurídicas positivizadas.

El jussociologismo o realismo sociológico tradicionalmente investiga y teoriza el comportamiento de los jueces —no tanto de legisladores y administradores— porque en los contextos históricos y socioculturales del norte europeo y anglosajones en donde se forjó ese enfoque registran un protago-

<sup>19</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2012.

<sup>20</sup> Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980.

nismo que en los hechos desarrollan con mayor o menor libertad epistémica y metodológica.<sup>21</sup>

Estimo que es justificable y pertinente modificar y complementar tales enfoques mediante la expansión del objeto de estudio de la EJA.

El conocimiento de lo jurídico desde la hermenéutica supone que no existen conceptos fundamentales, generales o universales, sino más bien significados siempre aproximativos, relativos, particulares, inestables y cambiantes.

Dado que el lenguaje, sus significantes y significados son ilimitados y ambiguos, el conocimiento del orden jurídico basado en las estructuras conceptuales de la semántica, de la sintaxis y de la pragmática, resulta una operación difícil de sostener, o al menos de generalizar y prolongar en el tiempo en un mundo tan diverso y abigarrado en culturas, idiomas e intereses.

La hermenéutica sólo admite que las palabras y las cosas están condenadas a desincronizarse si el sujeto se ubica fuera del contexto en el que habita el objeto, porque toda interpretación es situada en función del sujeto, que no puede desprenderse, y menos distanciarse del objeto y sus variables.

No hay, digamos, punto cero o neutral desde donde el sujeto observe y hable sobre el objeto con pretensiones de verdad cierta y objetiva, y mucho menos de generalidad y perdurabilidad.

Para algunos autores, esa sería la ficción más riesgosa e igualmente interesada que haya creado el positivismo para encubrir ideologías e intereses específicos.

Por ello, la hermenéutica se propone develarlos, deconstruirlos a través del análisis crítico de sus textos, y por supuesto de contravenirlos y reprogramarlos en otros sentidos. Críticamente: sobre todo en sentido liberador y emancipador, en lugar de regulador, instrumental y enajenante.

Entre el mar de corrientes teórico-jurídicas más específicas —sumadas a las tres escuelas troncales— que la EJM ha clasificado y descrito se hallan las siguientes:

El tridimensionalismo jurídico, que estudia al derecho como norma, valor y hecho.<sup>22</sup>

La argumentación jurídica, que se dedica a teorizar y operar la justificación de las decisiones interpretativas y precisar la racionalidad lógica de los argumentos en relación con disposiciones legislativas, normas, hechos y

<sup>21</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1957.

<sup>22</sup> Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997 (1957).

pruebas, a llenar lagunas, resolver contradicciones y ponderar principios, reglas y directrices.<sup>23</sup>

El neopragmatismo jurídico, que propone la consistencia práctica utilitaria del derecho en términos de experiencia humana en contextos políticos y éticos reales, y no en la estructura formal de las normas.<sup>24</sup>

Otras corrientes teóricas, ya ubicadas en el terreno posmoderno, son conocidas como los estudios críticos del derecho y enfoques feministas, lésbico-gays, ecologistas, pluralistas, culturalistas y de la raza o étnicas, así como las epistemologías críticas descolonizadoras.<sup>25</sup>

#### IV. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA Y LA EXTENSIÓN DE SU OBJETO A LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS (EJAIP)

La EJA es la parte de la EJ que tendría por objeto, según se adelantó líneas arriba, analizar y evaluar que los contenidos normativos y sus consecuencias prácticas resulten consistentes con la política jurídica, y que ésta lo sea en relación con las fuentes reales o sociales del derecho.

Esto motiva el diseño legislativo coherente y su operación subsecuente en términos de interpretación y aplicación eficaz por todos los operadores jurídicos involucrados.

Repito: desde mi perspectiva, la EJA debe saltar de la plataforma básica de la justicia penal y el derecho probatorio, incluso en cualquier rama del derecho, a incursionar de manera urgente en el estudio de las garantías de la calidad o idoneidad de la normatividad jurídica, en sentido amplio.

La calidad de la normatividad podría ser entendida en términos de la consistencia (correspondencia, coherencia y eficacia) de las normas jurídicas para facilitar —en lugar de obstaculizar— el acceso no sólo a la verdad jurídica en el ámbito de la justicia, según pretende hasta ahora la EJA, sino para contribuir a asegurar esa virtud en otros procesos normativos —le-

---

<sup>23</sup> Una buena síntesis de esas teorías en Cárdenas Gracia, Jaime F., *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005.

<sup>24</sup> Entre otros: Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Una síntesis en López Pérez, Nicolás, "Pragmatismo y derecho. Notas para un enfoque científico de la teoría jurídica en el siglo XX", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 63, 2014, pp. 121-146

<sup>25</sup> Sinha, Surya, *op. cit.*, nota 11, y De Souza, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, además de su clásico *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Clacso Coediciones, y Siglo XXI, 2009.

gislativos y administrativos— que conducen los poderes e instituciones del Estado constitucional.

Estos procesos deben estar vinculados con los motivos y objetivos de la política jurídica, y sobre ellos debe ser viable la evaluación de la correspondencia, coherencia y eficacia entre esta última, sus productos normativos, y sus causas y consecuencias sociales.

Considero que esta apertura y expansión de horizontes de la EJA permitiría, por ejemplo, analizar y evaluar la consistencia del diseño legislativo constitucional a la luz de la argumentación en la exposición de motivos del dictamen legislativo final.

Asimismo, facilitaría esas mismas operaciones sobre las exposiciones de motivos y consideraciones de las iniciativas legislativas, así como de los materiales preliminares y propuestas alternas que sustentaron o que no tomó en consideración aquel dictamen final.

También debería indagar sobre las prácticas informales que rodearon la operación del proceso legislativo del que emanó la ley. Así, cobraría más sentido el arduo trabajo de leer y analizar las consultas y debates que se dan en dicho proceso, se dejaría atrás el enfoque formalista clásico enfocado en sólo analizar el texto jurídico y se podrían examinar las coyunturas y luchas políticas e intereses que inciden en los contenidos normativos.

Ello es en particular relevante, porque esas luchas suelen fracturar la correspondencia entre causas y consecuencias legales, y entre mandato popular, política jurídica democrática y diseño normativo, así como la coherencia interna de este último, que resulta plagado de contradicciones.

Estimo que ese tipo de operación indagatoria aportaría mejores elementos para la previsión, diagnóstico, evaluación y retroalimentación del propio proceso legislativo, estudios que son escasos en el medio mexicano y latinoamericano.

Un enfoque de ese tipo enriquecería el análisis jurídico comparativo, pues facilitaría el análisis crítico y propositivo de disposiciones e instituciones constitucionales en el tiempo y el espacio. En breve, cobraría impactos notorios en el mejoramiento de la calidad de la legislación en general, no sólo del derecho procesal.

Entre sus muchos beneficios previsibles, la EJA, en este caso aplicada a la estructura y funcionamiento de las instituciones políticas o los poderes emanados de la elección popular y su funcionamiento, y los de garantía o Poder Judicial y órganos autónomos dentro del Estado constitucional, podría adquirir utilidad sobresaliente.

Sin duda, coadyuvaría a prever mejores diseños legislativos, constitucionales, legales y reglamentarios para los efectos del control de constitucio-

nalidad y convencionalidad en sede legislativa, en general, y en particular en relación con el sensible tema de la protección y garantía de los derechos fundamentales a cargo de la multiplicidad de operadores jurídicos.

En relación con la función del diseño de la legislación secundaria, en sentido amplio, así como de la función reglamentaria y los actos jurídicos diversos, ya formal o materialmente administrativos o legislativos, también sería útil, pues se encargaría de analizar y evaluar la consistencia de aquellos materiales jurídicos frente a los motivos y objetivos de la política jurídica después de que fue incorporada en la política legislativa de nivel constitucional.

Más todavía. El ámbito de estudio de la EJA se extendería hasta el análisis crítico de la relación entre política jurídica y su fuente real, o bien, lo que es lo mismo, la problemática social que pretende resolver.

Nótese aquí que la política jurídica no debe entenderse en términos de una modalidad de las políticas públicas, sino como parte de la filosofía del derecho que justifica la correlación entre valores socioculturales como creencias incorporadas a la Constitución, por un lado, y su concreción a través de los procesos institucionales de los poderes políticos y de garantía del Estado, por otro.

En todo caso, las políticas públicas dependen de la política jurídica, porque la decisión política siempre afrontará los límites que fijan los valores jurídicos, tensión conciliada a través del lenguaje de los principios y directrices.

Por lo tanto, desde el otro extremo del ciclo de la formación y concreción normativa de la política jurídica, la EJA debería hacerse cargo del análisis crítico, no sólo de los productos legislativos, normativos e interpretativos, sino también de sus resultados e impactos sociales concretos.

Ahora bien, en el ámbito de la justicia, la EJA debería ejecutar operaciones dirigidas a estudiar de manera crítica la correspondencia, consistencia y eficacia de sus interpretaciones y aplicaciones normativas en relación con la política jurídica y los diseños legislativos y reglamentarios o material jurídico infralegal.

Deberá estudiar a la judicatura como organización y función judicial de garantía del orden jurídico frente a los objetivos de la propia política jurídica y su institucionalidad constitucional y convencional.

Esto debe incluir la evaluación de la consistencia de la interpretación y aplicación normativa al caso concreto, lo mismo que de sus productos derivados, tales como la jurisprudencia.

Ejercicios de la EJA en la función jurisdiccional y los resultados e impactos sociales de sus resoluciones devienen urgentes para cerrar el círculo

que permitan intervenciones epistémicas en el diseño legislativo sustantivo y procesal.

Abrigo la esperanza, que se irá convirtiendo en conocimiento, saber y sentido común, de que las futuras generaciones de filósofos y epistemólogos del derecho y las ciencias darán pasos adelante para materializar este tipo de empeños intelectuales, académicos y prácticos.

Debemos hacerlo en beneficio de la democracia constitucional multinivel, que es la ruta obligada de la humanidad para sustentar la vida natural y sociopolítica en el planeta.



## EL DERECHO ¿ESTÁ EN CRISIS?

Paolo COMANDUCCI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho ¿sí o no?* III. *¿Cuánto derecho?*  
IV. *Derecho ¿para qué?*

### I. INTRODUCCIÓN

Un libro publicado hace diez años en Italia tiene como título la provocativa cuestión: *¿Fin del derecho?* En el volumen, algunos de los más prestigiosos juristas italianos analizan la así llamada crisis del paradigma de la modernidad jurídica, ofreciendo agudos comentarios sobre las modificaciones del fenómeno jurídico en las últimas décadas, e interesantes previsiones sobre su desarrollo en las décadas venideras.<sup>1</sup> En esta breve intervención, intentaré presentar mi personal respuesta a esta pregunta, una respuesta que, por ser tan general, espero no resulte sencillamente genérica.

Mi punto de vista va a ser inevitablemente condicionado por mi formación y pertenencia cultural a la Europa continental, aun si mi discurso está dirigido, en la medida de lo posible, a alcanzar una percepción global de los problemas relativos a la supuesta crisis del derecho. Me parece importante subrayar que tales problemas no pueden ser considerados puramente jurídicos, mientras que —al menos parcialmente— jurídico y descriptivo será mi punto de vista. Digo “parcialmente” ya que haré a veces explícita referencia a mis opciones valorativas, y que además la elección de tratar los problemas que me parecen *relevantes* depende en sí misma de un juicio valorativo. Por

---

<sup>1</sup> Rossi, P. (ed.), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, con ensayos de L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrari, M. Fioravanti, G. Lozzi, P. Rescigno, P. Rossi. Véase, también, Vogliotti, M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Turín, Giappichelli, 2008, con ensayos de F. Ost, M. Vogliotti, M. R. Ferrarese, A.-J. Arnaud, F. Viola, M. Delmas-Marty, A. Ruggeri, U. Mattei, L. Pes, C. Guarnieri, M. Donini, R. Orlandi, F. Palazzo, A. Bernardi, G. Ubertis, A. Dondi.

último, el nivel de abstracción de mi discurso pondrá de manifiesto mi condición de operador teórico y no práctico del derecho.

Mis análisis, previsiones y deseos se articulan alrededor de tres preguntas que, en mi opinión, sirven para especificar mejor la cuestión con la que hemos empezado: derecho ¿sí o no? ¿Cuánto derecho? Derecho ¿para qué?

## II. DERECHO ¿SÍ O NO?

El derecho ¿tiene un futuro? ¿En el sentido que continuará a conservar un papel importante como sistema de regulación social? Yo creo —y espero— que sí. Hablando de una forma muy general, me parece que las dos grandes alternativas al derecho como instrumento de control social y guía de las acciones, es decir, el modelo del *homo oeconomicus* y el modelo del *homo socialis*, no logran suplantar la primacía del derecho, y sólo pueden funcionar dentro del marco proporcionado por el mismo derecho.

En efecto, la racionalidad egoísta como motor de las acciones individuales —teorizada por la economía clásica y glorificada por las posturas anarcocapitalistas, que consideran al derecho como una indebida interferencia en la libertad individual— se enfrenta con insalvables problemas de coordinación en el plano de la acción colectiva. Las reglas jurídicas, en situaciones sociales del tipo ejemplificadas por el dilema del prisionero, determinan expectativas razonables de los agentes sobre las conductas de los demás y permiten planear su propia conducta, explicando además una indispensable función de límite a la persecución del interés individual egoísta. Dicho en el léxico contractualista, el *pactum unionis* no puede funcionar sin que no haya también un *pactum subiectionis*. Más aún, como está históricamente demostrado que la anarquía del mercado es dañina para los sectores más pobres de la población —y probablemente para todos a largo plazo—, no se ve por qué aquéllos deberían aceptar un “contrato social” tan desfavorable o no deberían organizarse para formar un Estado. Me parece que en contra del anarcocapitalismo y a favor de un rol —limitado, pero necesario— del derecho estatal buenos argumentos han sido presentados por el libertarismo de Robert Nozick.<sup>2</sup>

Por el otro lado, es bien sabido que las reglas sociales —tengan origen en las costumbres, las morales positivas o las religiones— no alcanzan a cumplir de forma acabada su rol de guía de las conductas, por falta de

---

<sup>2</sup> Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

institucionalización, por la vaguedad que a menudo la caracteriza, por no gozar de “consenso superpuesto” en situaciones de pluralismo étnico, cultural y político.

Las actitudes críticas con relación a la necesidad y la eficacia del rol del derecho en la regulación social son múltiples, pero me parecen todas variantes del (jus)naturalismo. Piénsese, entre otras, en las siguientes:

- a) La postura marxista (mejor dicho: una de las muchas que hacen referencia al marxismo), que considera al derecho como una superestructura que esconde las reales relaciones de fuerza y opera como un disfraz del poder. Este enfoque afirma la primacía de la economía sobre el derecho y la escasa relevancia práctica de este último.
- b) La postura de algunos neoconstitucionalistas,<sup>3</sup> quienes afirman, aun si en ocasiones sólo implícitamente, la superfluidad del derecho: siempre desde el punto de vista justificativo, porque la así llamada unidad del razonamiento práctico conlleva que cualquier justificación en el marco práctico sólo puede ser de naturaleza moral; a veces desde el punto de vista normativo, ya que los principios morales (constitucionalizados) y su ponderación desplazan totalmente el papel de las reglas jurídicas como guía de las conductas sociales.
- c) La postura —afirmada, con un alcance más acotado de las precedentes, por sociólogos críticos de la desviación, que tienen generalmente un *background* marxista— que aboga a favor de la abolición del derecho penal, postura según la cual el derecho penal tiene hoy en día una función casi exclusivamente simbólica, de estigmatización social, y es ineficaz en la prevención de los delitos. Este enfoque generalmente afirma la primacía de la sociedad, y de sus mecanismos de regulación, sobre el derecho.

De acuerdo con una reconstrucción muy difundida, el derecho moderno, que tiene origen en la Ilustración y hunde sus raíces en el pensamiento de Hobbes, es un producto artificial, voluntario-arbitrario, que a veces se opone a, y siempre quiere transformar, la naturaleza de la economía y de la sociedad, y que a menudo está conectado con la idea de “proyecto” y de fe en el progreso de la humanidad. Como insiste Ferrajoli,<sup>4</sup> el paradigma de la modernidad jurídica está expresado por la idea según la cual *autoritas non veritas facit legem*.

<sup>3</sup> Sobre la definición de “neoconstitucionalismo” véase Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, ed. a cargo de R. Escudero Alday, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, cap. 16.

<sup>4</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2000.

Confieso ser partidario de esta idea antinaturalista del derecho, lo que claramente influye sobre mi percepción del fenómeno jurídico. Estoy, en efecto, convencido de que las tres posturas anteriores, que prevén o anhelan la extinción del derecho o de parte de él, no son aceptables.

- a) Creo que hay que rechazar la primera porque es evidente —y también la mayoría de los estudiosos marxistas lo admiten desde hace tiempo— que la superestructura influye considerablemente la base económica. En particular, las instituciones de los Estados modernos, a través de un impresionante abanico de medidas legales, ponen múltiples límites y pautas a la actividad y a los poderes económicos. Por supuesto, las relaciones entre derecho y economía son extremadamente complejas y los *feed-backs* recíprocos son innumerables. Pero nadie hoy en día puede sensatamente afirmar que el derecho es un simple reflejo de las relaciones económicas en la sociedad.
- b) Quizá porque soy firmemente nocognitvista en metaética, constato que no hay acuerdo en el mundo contemporáneo —ni es previsible que habrá en el próximo futuro— entre las doctrinas éticas comprensivas: los divergentes intereses de individuos y grupos, en situaciones de escasez de recursos respecto a sus deseos y necesidades, hacen que surjan diferentes ideas de justicia, concepciones del bien, juicios morales, en competencia entre sí, sin que haya criterios compartidos para dirimir tales conflictos. En esta situación de inevitable pluralismo ético, el derecho desarrolla su papel de solución de los conflictos, brindando un estándar mínimo sobre el que hay —en contextos democráticos— convergencia entre la mayoría de los ciudadanos, que siguen teniendo insalvables divergencias éticas entre sí.<sup>5</sup>
- c) La tercera postura me parece criticable porque el derecho penal —y esto es evidente sobre todo en el Tercer Mundo— puede ser también un instrumento de garantía para los sectores más desaventajados de la sociedad, que se encuentran en una situación de total anomia. Por supuesto, no cualquier tipo de derecho penal —con independencia de su contenido, extensión y forma— puede cumplir este papel protector: no cabe duda que el derecho penal a menudo tiene la función de perpetuar los valores dominantes, es decir, de los grupos que tienen el poder político y económico en la sociedad. Sólo un derecho penal que cumpla con los requerimientos del garantismo *a la Ferrajoli* puede servir como escudo a los más débiles.

---

<sup>5</sup> Kelsen, H., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957.

### III. ¿CUÁNTO DERECHO?

¿Un derecho mínimo, que forma un marco en el cual se desarrollan las actividades socioeconómicas, o un derecho máximo, que intenta planear y reglamentar todo? En las últimas décadas del siglo pasado hubo poderosos líderes políticos, partidos y grupos de presión que se declararon partidarios de, e incluso intentaron, una desregulación muy amplia y radical, pero el derecho en todos los países sigue siendo siempre más extenso. Esta tendencia expansiva parece no poderse parar, pero quizá sería oportuno hacer algo al respecto.

El derecho, como es bien sabido, ha crecido cuantitativamente desde la antigüedad hasta el siglo XVIII. En la Edad Media había una pluralidad de fuentes de producción que lograban, en su conjunto, reglamentar todas las acciones: no sólo las externas y visibles, sino también las así llamadas acciones internas, es decir, las creencias, los deseos y las actitudes. Como es tristemente famoso, esto permitía, entre otras cosas, “descubrir” y condenar herejes y brujas. La falta de separación entre derecho y moral religiosa implicaba la equiparación entre pecado y delito.

La Ilustración y los soberanos absolutos intentaron, en el siglo XVIII, lograr una simplificación del derecho, que comportara también su reducción cuantitativa: se propuso la unificación de las fuentes y la reglamentación sólo de las acciones externas, que no dañen a terceros. La codificación decimonónica, que derogó la mayoría de las normas vigentes en la Edad Media, pretendía brindar una reglamentación completa, y sin integración desde el exterior del código, de los principales sectores de la actividad humana. El ideal liberal e ilustrado era contar con un sistema jurídico constituido por un pequeño conjunto de normas, simples y claras. Este ideal se juntó con el programa político del liberalismo del siglo XIX, cuyo diseño institucional estaba constituido por el Estado mínimo, cuyas funciones eran limitadas a garantizar la paz interna.

Con la ampliación de las funciones del Estado, desde la segunda mitad del siglo XIX en adelante, aumentó también el número de las normas y el alcance del sistema jurídico. Este fenómeno se desarrolló sobre todo en el siglo XX y tuvo una aceleración en la segunda posguerra. Crece enormemente el derecho administrativo, se extiende la reglamentación de las actividades económicas, se hace un uso masivo del derecho penal, los códigos resultan totalmente desplazados: es la edad de la decodificación, según

la afortunada definición de Natalino Irti.<sup>6</sup> El Estado del bienestar europeo continental se ha transformado en el mayor productor de normas jurídicas de la historia: pero en la misma senda se encuentran también los demás países, incluyendo los de *common law*. La idea liberal de un derecho como marco, en el cual deben desarrollarse las actividades socioeconómicas, ha sido sustituida por la idea de un derecho todo-regulador.

Por supuesto, las corrientes contrarias al Estado social de derecho, y en general a la idea de un Estado interventor en la economía, siguen siendo favorables a una desregulación, parecida a la que se realizó hace unas décadas en el Reino Unido, en los Estados Unidos y en otros países; por ejemplo, Chile. Pero, aún después de la caída del muro de Berlín, el proceso de desregulación, también en los países con mayoría liberal-conservadora, no ha podido contrastar el aumento cuantitativo del derecho, que parece una tendencia imparable.

No caben dudas que esta situación —aun si hay razones que la explican y en alguna medida la justifican— termina ocasionando diversos inconvenientes. La multiplicación de las normas aumenta los conflictos potenciales entre ellas, y, por ende, la discrecionalidad judicial. Crece, por consiguiente, la inseguridad jurídica, ya que resulta imposible, para la mayoría de los ciudadanos y de las empresas, estar al tanto de qué les pide el derecho vigente: asciende el grado de *ignorantia legis*, que a veces, como en Italia, se convierte incluso en una causa de justificación por el incumplimiento del derecho. Se multiplican también los costos económicos conectados a la necesidad de acudir a profesionales para llevar a cabo cualquier trámite de mediana relevancia que involucre el uso de normas jurídicas.

Exagerando un poco, podríamos afirmar que hemos vuelto a una situación parecida a la medieval. En efecto, estamos de nuevo en presencia, al menos, de una pluralidad de fuentes del derecho, ya que al derecho del Estado nacional se ha sumado una pluralidad de fuentes supranacionales e infranacionales, sin demasiada coordinación entre ellas; de una pluralidad de jurisdicciones relacionadas a la pluralidad de fuentes, con un recurso cada vez más frecuente a la resolución extrajudicial de los litigios; de la pretensión del derecho de regular todo tipo de conducta.

Respecto a este último punto, hay una tendencia —que personalmente no comparto— a utilizar el derecho como instrumento para implementar la moral de la mayoría, o de los que detienen el poder político, volviendo de este modo a poner en tela de juicio la secularización del derecho; es decir,

---

<sup>6</sup> Irti, N., *L'età della decodificazione. «L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, Milán, Giuffrè, 1999.

aquella distinción entre derecho y moral, que es uno de los elementos constitutivos de la modernidad jurídica. Me refiero en particular a la imposición de una determinada visión sobre las orientaciones sexuales y la familia, al privilegio otorgado a una específica religión y a sus ritos, a la represión penal de conductas no dañinas, pero consideradas como moralmente “malvadas”, etcétera. En mi opinión, el derecho debería quedarse neutral en estos asuntos, y limitarse, siguiendo el principio de Mill, a intervenir donde hay daños a terceros. A la luz de este principio liberal deberían ser tratados también los problemas bioéticos. El derecho de muchos países hoy en día pretende regular el comienzo y el final de la vida. Supuestos como el del aborto, de la fecundación artificial, de la experimentación genética, de la eutanasia, activa y pasiva, son cada vez más objeto de penetrantes regulaciones jurídicas. Una solución a estos difíciles problemas éticos que se base sobre una decisión de la mayoría de imponer su concepción moral sobre las minorías me parece que puede contradecir al principio de Mill y, más aún, puede socavar el valor de la autonomía individual, que es el fundamento mismo del Estado liberal y democrático de derecho.

#### IV. DERECHO ¿PARA QUÉ?

Si se toma en cuenta el derecho como instrumento para alcanzar objetivos, o para realizar valores, políticos en sentido amplio, responder a la pregunta “derecho ¿para qué?”, se resuelve en la búsqueda de cuáles son (o deberían ser) los valores que el derecho implementa (o debería implementar), en la actualidad y en el próximo futuro. Por supuesto, sólo presentaré a continuación mi personal —y para nada original— punto de vista sobre la cuestión.

1. El primer valor que, desde siempre, el derecho pretende implementar es el de la paz. Se distingue tradicionalmente entre la paz interna —que consiste en evitar los delitos en contra de personas y cosas, garantizar el libre desarrollo de las actividades individuales y los acuerdos intersubjetivos) y la paz externa— que consiste en evitar las guerras y otros tipos de violencia entre los Estados, o al menos reglamentarlos en aras de limitar los daños, sobre todo para los civiles.

1.1. Si consideramos el derecho como instrumento para realizar la paz interna, hace falta distinguir entre los problemas que, hoy y a tal efecto, tiene el derecho civil de los que tiene el derecho penal.

En la Europa continental, y sobre todo en Italia, me parece que los principales problemas del derecho civil, por un lado, derivan de la ampliación del concepto de responsabilidad civil extracontractual: extensión del

concepto de daño e individualización de intereses difusos a proteger (de los consumidores, las víctimas de la contaminación, etcétera), incluso con el instituto de la *class action*. Por otro lado, y en casi todos los países, derivan del mal funcionamiento del proceso civil, que no es ni rápido ni eficiente, y que tiene por eso altos costos en términos de justicia social.

Respecto del derecho penal sustancial, las cuestiones más relevantes me parece que son las siguientes.

- a) La inflación en el uso de la sanción penal. A muchos ciudadanos, sobre todo a la mayoría de los políticos, les parece a menudo suficiente, o bien aumentar las penas para solucionar los problemas generados por varias formas de actividad ilícita,<sup>7</sup> o bien producir nuevos tipos delictivos para desincentivar conductas que se consideran reprochables. Esta recurrente furia penalizadora está claramente asociada al valor simbólico, de estigmatización social, que la sanción conlleva.

A la amenaza siempre más frecuente de la sanción penal generalmente no se acompaña una aplicación efectiva y cierta de la pena a los infractores. En el cálculo “racional” del infractor potencial lograría un efecto de mayor disuasión un aumento de las probabilidades de ser sancionado que un aumento de la gravedad de las penas: ¡lo sabía ya Beccaria a mediados del siglo XVIII!

Sería además razonable utilizar otros medios para disminuir las actividades criminales: desde hace más que doscientos años todos están de acuerdo en que es mejor prevenir los delitos, eliminando sus causas, que reprimirlos, pero poco se ha hecho al respecto. Quizá harían falta actos de “coraje” político: por ejemplo —y es hoy en día el caso ciertamente más relevante y dramático— legalizar las drogas como medio de lucha contra la criminalidad organizada.

- b) Las dos sanciones más empleadas en la edad moderna generan ambas varios problemas en su aplicación concreta: la cárcel es criminógena y clasista, y las multas muy a menudo también tienen efectos de discriminación de trato sobre la base de la capacidad económica del infractor. Se impone la búsqueda y la implementación de sanciones alternativas a la cárcel, como los trabajos socialmente útiles, la semi-libertad, el uso del brazalete electrónico, etcétera.

---

<sup>7</sup> Sin tener generalmente en cuenta que en varias ocasiones aumentar las penas genera efectos “perversos”, es decir contrarios a la finalidad perseguida de contrarrestar la criminalidad. Por ejemplo, el aumento de la pena por el secuestro de personas, que en algunos países ha llegado a igualarse a la establecida por el homicidio voluntario, puede determinar el efecto perverso de aumentar los homicidios de las víctimas por parte de los secuestradores.



- c) En muchos países del mundo sigue vigente la barbarie de la pena capital, a pesar de los muchos y buenos argumentos (entre otros el de la posibilidad del error judicial) que militan en su contra. Y, a pesar de tantos discursos sobre la necesidad de la enmienda y reinserción social de los delincuentes, se prevé todavía la cadena perpetua como sanción contra los delitos más graves, sin mencionar la supervivencia, en varias partes del globo, de las puniciones corporales.

1.2. Consideremos ahora el derecho como instrumento para realizar la paz externa. La situación actual está caracterizada, como es bien conocido, por el fin de la guerra fría y la disminución de la probabilidad de un conflicto nuclear global, pero están, por otro lado, aumentando los países que tienen un arsenal atómico; por importantes avances en el *ius in bello*, pero con zonas del planeta, como África sobre todo, en las que esto todavía no está pasando; por tentativas de la ONU y otras organizaciones internacionales de implementar el *ius ad bellum*, pero con una superpotencia imperial que redefine a su arbitrio estas reglas. El objetivo de garantizar la paz a través del derecho, propugnado de forma admirable por Kelsen, me parece el desafío más grande del derecho en el tercer milenio. Para alcanzarlo sería necesario el establecimiento y efectivo funcionamiento de instituciones internacionales que paulatinamente sustituyan a los Estados nacionales en el monopolio del uso de la fuerza, para pasar desde el estado de naturaleza a la *civitas maxima* entre las naciones.

Personalmente no creo en la posibilidad —y deseabilidad— de construir un Estado mundial, pero sí en la oportunidad de democratizar a la ONU y transferir a sus organismos, poderes de policía y de jurisdicción internacionales. Un primer paso sería la creación de tribunales internacionales que juzguen la violación de los derechos humanos, y cuyos fallos sean obligatorios para todos los Estados, derrotando la oposición de la potencia imperial y superando las divisiones y la debilidad de la Unión Europea. La crisis de la soberanía del Estado nacional, el fraccionamiento de los Estados en su interior y las tendencias localistas, podrían quizá favorecer, en el largo plazo, el nacimiento de federaciones y la afirmación de un rol hegemónico de la ONU.

2. El segundo valor que el derecho debe implementar es el de la libertad, mejor dicho, de las libertades. Aquí se plantea el problema de los derechos humanos. Siguiendo a Bobbio,<sup>8</sup> podemos afirmar que hoy en día el problema no es tanto fundamentarlos —ya que están contenidos en las

<sup>8</sup> Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, p. 16.

Constituciones y en los documentos internacionales—, sino garantizarlos. Y a este propósito creo que la vía principal es la difusión de regímenes democráticos y constitucionales, y la intervención internacional, sin respeto de las fronteras, pero con la observancia de reglas jurídicas convencionales y evitando el recurso a medidas violentas.

Por supuesto, no hay que olvidar la existencia de problemas de compatibilidad entre algunos tipos de derechos humanos (liberales, sociales, culturales, ecológicos), que se están planteando sobre todo en las sociedades multiculturales y en las que viven momentos de crisis económica (propiedad privada e iniciativa económica versus derechos sociales). Mis simpatías van a favor de un modelo de jerarquización bajo el valor liberal de la autonomía, que puede justificar un Estado constitucional y democrático de derecho.<sup>9</sup>

3. Otro valor es el de la igualdad, cuyo análisis es complejo y controvertido.<sup>10</sup> A parte del concepto formal (“trata igualmente a los iguales”), hay varias concepciones de la igualdad sustantiva y prescriptiva, en competencia, pero no necesariamente contradictorias entre sí: igualdad de trato o de oportunidades, de puntos de partida o de llegada, de bienes o de bienestar, etcétera.

Las discusiones hoy más interesantes, en mi opinión, son las siguientes.

a) Si asumimos que la igualdad es el fin y la regla en el gobierno de las acciones, ¿cuáles son las discriminaciones justificadas, los alejamientos legítimos desde el punto de vista de la igualdad de trato? Ser iguales ante la ley no quiere decir, en efecto, que *todos* deben ser tratados igualmente *en todo*. En Europa, y en los otros países democráticos, no son consideradas legítimas las discriminaciones en el goce de los derechos fundamentales y aquellas basadas sobre sexo, raza, lengua, religión, etcétera. La idea liberal es que sólo se puede discriminar a los individuos sobre la base de un “hacer” y no de un “ser” o un “pertenecer”. Estas ideas están lejos de tener una aplicación universal, sobre todo en el Tercer Mundo.

b) Plantean problemas de contradicción con la igualdad “liberal” —y creo que más los van a plantear en el futuro— las *affirmative actions*, porque el trato diferencial que imponen estas medidas deriva de aquellas características (sexo, raza, lengua, religión, etcétera) que no deberían ser tenidas en cuenta sobre la base de la misma idea liberal de igualdad. La vía de salida podría ser constituida por la propuesta<sup>11</sup> de considerar justificadas sólo

<sup>9</sup> Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho*, cit., cap. 7.

<sup>10</sup> Ivi, cap. 4.

<sup>11</sup> Rosenfeld, M., *Affirmative Action and Justice—A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1991.

aquellas acciones positivas que pueden ser configuradas como indemnización de un daño o como necesarias para realizar el valor de la autonomía individual.

4. El último valor que voy a considerar es el de la democracia, que está conectado en mi opinión con el precedente, porque uno de los dos elementos constitutivos del concepto de democracia es la isonomía (elemento sustancial), o sea, la igualdad de trato, siendo el otro constituido por la regla de mayoría (elemento procedimental). La isonomía se realiza con la institución de Constituciones rígidas, que contienen una carta de derechos, y de mecanismos de control de la constitucionalidad de las decisiones tomadas con la regla de mayoría. Es decir, realizando el modelo del Estado constitucional de derecho.

A la par del enorme problema político de extender y consolidar los regímenes democráticos en el mundo, existe el problema político-jurídico de asegurar una representatividad real, y no ficticia, de los ciudadanos. Las democracias actuales son más bien regímenes elitistas, en los cuales hay raros momentos democráticos: el voto sólo funciona como sanción *ex post*, positiva o negativa, a los que acaban de gobernar, pero no tiene efectivas capacidades para determinar las decisiones colectivas del aparato estatal. El futuro podría aportarnos el voto electrónico (y frecuente), pero por el momento sigo convencido de la utilidad de los partidos como lugares privilegiados de discusión pública. No se puede, sin embargo, descartar que Internet, con sus *blogs*, las redes sociales, etcétera, puedan darnos algunas sorpresas al respecto.

Fuerte en Europa, pero no sólo, es la discusión sobre cuál sistema electoral es más capaz de garantizar la representatividad, junto con la estabilidad y la eficiencia, del gobierno. Contrariamente a lo que muchos piensan, creo que —sobre la base del teorema de Arrow y porque favorecen una clara alternancia de gobierno— el sistema electoral mayoritario y un sistema político bipolar resultan la opción preferible.

Otro grave problema de la democracia, sobre todo en las sociedades afectadas por el fenómeno de migraciones masivas, se refiere a la titularidad de los derechos políticos. La solución tradicional que se basa sobre el anclaje entre voto y ciudadanía resulta claramente insuficiente en la actualidad: o bien hay que revisar profundamente los mecanismos de atribución de la ciudadanía (y de otros tipos de derechos fundamentales) a los inmigrantes; o bien hay que reflexionar sobre la posibilidad de desenlazar ciudadanía y derechos de participación política. Yo preveo, y sobre todo espero, que, en la edad de la globalización de los mercados y de la crisis del Estado nacio-

nal, cada vez más se irá afirmando el principio de la participación de cada cual en las decisiones públicas que directamente lo afectan, y, por lo tanto, en la elección de las instituciones que toman aquellas decisiones. De qué manera este principio desplazará las actuales rígidas barreras instituidas por los Estados nacionales, y modificará el derecho público, es en cambio difícil prever.

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Julio César KALA\*  
José Ángel MÉNDEZ RIVERA\*\*

*Con aprecio fraterno para el doctor Serafín Ortiz  
Ortiz, gran amigo, destacado académico y brillante  
gestor académico*

SUMARIO: I. *Consideración preliminar.* II. *Posturas encontradas en la investigación jurídica.* III. *La investigación.* IV. *Consideración final.* V. *Bibliografía.*

### I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El derecho, en tanto objeto de estudio, requiere un abordaje bidimensional. En primer término, los modelos jurídicos, como entes formales, precisan del análisis axiomático-deductivo para examinar la consistencia interna de las relaciones que guardan entre sí sus ordenamientos. Como refiere Ferrajoli,

el método axiomático es una estrategia poderosa de clarificación conceptual, de elaboración sistemática y racional, de análisis crítico y creación teórica, de modo que resulta particularmente eficaz para explicar la creciente complejidad e ineffectividad, del derecho... que debería hacer accesible la teoría también a los no expertos en derecho.<sup>1</sup>

---

\* Universidad de Guanajuato.

\*\* Universidad Autónoma de Colima.

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi (2007), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. I: *Teoría del derecho*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino, prefacio, introducción, preliminares y capítulos 1-5; Gazcón Abellán, Marina, capítulos 6-9; Prieto Sanchís, Luis, capítulos 10-12 (2011), Madrid, Trotta, 2011, prefacio, p. IX. Véase González Placencia, Luis (2019), “¿Puede la investigación jurídica considerarse científicamente válida? La argumentación como criterio

En segundo término, el examen de las diferencias entre principios y prácticas jurídicas y los acercamientos hipotético-deductivos permiten aproximaciones más comprensivas a las realidades socioculturales en las que cobran vida los sistemas normativos.

Considerar esta doble dimensión analítica en el derecho permite estructurar puntualmente los ejercicios de investigación jurídica tendientes a examinar y ofrecer respuestas racionales a los problemas que representan las antinomias y lagunas teórico-filosóficas, particularmente de los sistemas normativos contemporáneos con aspiraciones constitucionales democráticas; a las tensiones y contradicciones entre principios jurídicos; la aplicación del derecho positivo, y la reconstrucción de la historia del derecho.

## II. POSTURAS ENCONTRADAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El derecho es otro aspecto de las relaciones sociales,<sup>2</sup> una faceta con aristas temporales, espaciales, políticas, económicas, que caracterizan la sociedad en la que se gesta y se opera. Las normas en particular y el derecho en general surgen, en principio, para regular —orientar— comportamientos personales en el entramado de la interacción social y, para generar expectativas de resultado, consecuencias jurídicas del desenlace de eventos sociales.

Del Estado de derecho kantiano a las configuraciones contemporáneas en que cobra vida en las sociedades actuales existen avances importantes; la concreción plena de igualdad jurídica ciudadana es un claro ejemplo.<sup>3</sup> Estas

---

de validez”, *Ciencia Jurídica*, México, año 8, núm. 15, pp. 37-58, texto en el que propone la argumentación como criterio de validez científica en la producción de conocimiento jurídico, siguiendo a Atienza sugiere el uso de la lógica proposicional del modelo de Toulmin y las reglas discursivas que Alexy toma de Habermas como elementos para la construcción de un modelo de evaluación de la investigación jurídica que garantice rigor metódico, y también Rizo Carmona, J. Merced (2019), “La hermenéutica filosófica y la correcta interpretación jurídica”, *Ciencia Jurídica*, México, año 8, núm. 15, pp. 59-76, que propone a la hermenéutica gadameriana como apoyo de la interpretación jurídica, debido a que la lógica de los enunciados jurídicos (validez), el aspecto material (verdad y contenidos) y las posibles retóricas axiológicas que puedan generar hipótesis semánticas son fundamentales para una *correcta* interpretación jurídica.

<sup>2</sup> García de Tiedra González, Javier (2011), “Legítima defensa”, disponible en: [www.legitimadefensa.es/2011/Sep/20/derecho-y-sociedad.html](http://www.legitimadefensa.es/2011/Sep/20/derecho-y-sociedad.html), consultada el 7 de octubre de 2018.

<sup>3</sup> Sin embargo, de considerar a todas las personas iguales ante la ley, con los mismos derechos y obligaciones, el ejercicio del gobierno civil estaba restringido a los hombres, no por ser hombres, sino por ser los únicos que podían ser propietarios. Véase Kant, Immanuel

conquistas revelan el paulatino avance de las sociedades contemporáneas en la creación y en la aplicación del derecho.

El análisis de la relación entre teoría y práctica —consistencia externa— jurídica es cada vez más frecuente, permite incursionar en el examen de los contextos sociales en los que se gestan y cobran vida los sistemas jurídicos, así como identificar relaciones y asociaciones entre las variables macro y microsociales involucradas en éstos, desde la creación a la aplicación de la norma y de sus consecuencias jurídicas. Esto ha estimulado el desarrollo de la investigación jurídica, más allá de los acercamientos dogmáticos,<sup>4</sup> filosóficos e históricos del derecho, escenario en el que la sociología del derecho y la investigación empírica ofrecen otra riqueza analítica que contribuye a la construcción de imágenes más comprehensivas de los objetos de estudio jurídico.

Además, en la literatura especializada es posible distinguir perspectivas analíticas no sólo diversas, sino antitéticas. En el derecho penal, por ejemplo, coexisten en la discusión académica<sup>5</sup> y en el diseño de la política penal la perspectiva garante y la orientación restrictiva de derechos, referidas como derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, respectivamente.

---

(1785), *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, selección, prólogo y nota de Arnoldo Córdoba, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1968.

Actualmente, el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe cualquier tipo de discriminación y, por su parte, el 4o. establece la igualdad de hombres y de mujeres ante la ley.

<sup>4</sup> Núñez Vaquero, Álvaro (2014), “Dogmática jurídica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 6, marzo-agosto, pp. 245-260, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNO/article/download/2213/1148>, consultada el 25 de agosto de 2018.

<sup>5</sup> Günther Jakobs describe, inicialmente, realidades jurídicas en las que se reducen garantías procesales, y posteriormente teoriza sobre lo que denomina “derecho penal del enemigo”. Véase, Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, Miguel (2006), *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política-criminal)*, México, Flores Editor y distribuidor.

En este planteamiento... el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Un panorama sin duda duro y desolador... Muñoz Conde, Francisco (2005), “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, España, núm. 16, pp. 123-137.

En contraparte, véase, Ferrajoli, Luigi (2010), *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, México, Ubius-Instituto de Formación Profesional-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

### *En torno al derecho penal del enemigo*<sup>6</sup>

A pesar del fracaso evidente<sup>7</sup> del endurecimiento del sistema de justicia penal y de seguridad pública para enfrentar la actividad delictiva, la propuesta sigue vigente en el diseño de políticas públicas; sin distinguir partidista, quienes han encabezado la administración pública, en su momento, se han pronunciado por esta perspectiva.

En el pasado reciente, el 29 de marzo de 2004, el presidente Vicente Fox Quesada (1.º de diciembre de 2000 al 30 de noviembre de 2006) presentó a la Cámara de Senadores un proyecto de reformas a la Constitución con el propósito de realizar una “reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano”. La iniciativa contenía el germen de lo que a la postre definiría al nuevo sistema penal mexicano.

Uno de los puntos controversiales de la iniciativa fue el enjuiciamiento dual, punto en el que se aprecian claramente las contradicciones teóricas del modelo “derecho penal del enemigo con las pretensiones democráticas del Estado mexicano”.<sup>8</sup> Al respecto, García Ramírez refirió: “...tenemos a la vista la constitucionalización de un doble sistema de enjuiciamiento, en un caso, con derechos y garantías plenos, en el otro, con derechos y garantías suprimidos, reducidos o recortados”. Continúa:

...de ser aprobado habría introducido en el orden jurídico procesal mexicano un caballo de Troya en contra del Derecho penal garantista, propio de una sociedad democrática. Afirmo de nueva cuenta lo que dije acerca de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: lo que al principio se plantea como solución excepcional a un problema excepcional, acaba por ser solu-

---

<sup>6</sup> En abril de 2008, la entonces Facultad de Derecho y Administración Pública de la Universidad de Guanajuato y la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato, a propósito de la Ley para la Reforma del Estado publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de abril de 2007, publicaron las *Consideraciones sobre la Reforma del Estado Mexicano la agenda urgente y algunos temas pendientes*, texto que integró reflexiones de académicos de tres universidades, de la Universidad de Guanajuato, de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. “En el apartado dedicado a la reforma al sistema de justicia penal y de seguridad pública expuse algunas consideraciones sobre... la iniciativa de reforma constitucional en el ámbito penal”, texto en el que se distinguen claramente posturas encontradas en torno al diseño de la política penal nacional. En este punto retomo parte de este texto.

<sup>7</sup> No sólo no resuelve los problemas que pretende enfrentar, sino que incrementa la violencia social e institucional. Véase, por ejemplo, Gonzalbo Escalante, Fernando (2011), “Homicidios 2008-2009. La muerte tiene permiso”, *Nexos*, disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=14089>, consultada el 4 de agosto de 2018.

<sup>8</sup> Al menos nominalmente.



ción rutinaria a todo género de problemas. por supuesto, no me persuade el hecho —frecuentemente invocado— de que en otros países haya instituciones semejantes a la que ahora se pretende constitucionalizar en México.<sup>9</sup>

En la siguiente administración del Ejecutivo federal, el 8 de marzo de 2007, el presidente Felipe Calderón Hinojosa (1o. de diciembre de 2006 al 30 de noviembre de 2012) presentó a la Cámara de Senadores un proyecto de decreto para reformar diversos artículos de la Constitución relativos al sistema de justicia penal. La iniciativa pretendía resolver dos problemas; por una parte, la impunidad y la inseguridad, y por otra, los efectos de la percepción ciudadana vinculada al temor generalizado de ser víctima de la delincuencia y a la desconfianza en las instituciones públicas.<sup>10</sup>

El proyecto de decreto propuso<sup>11</sup> la “reestructuración profunda del sistema de justicia”, con la que se sentaron las bases de la bifurcación del sistema de enjuiciamiento al diferenciar entre delitos *graves* y no *graves*, distinción que itera la clasificación de las conductas sociales relevantes para el derecho penal, que por definición los delitos son las conductas sociales más desaprobadas por la sociedad, por ello se encuentran en la legislación penal sustantiva, local o federal, dependiendo de la magnitud de la desaprobación. Con esta clasificación, el tratamiento jurídico penal de los delitos *no graves* —delincuencia convencional— se teñía garantista, mientras que el de los *graves* —delincuencia organizada—, excepcional.

---

<sup>9</sup> García Ramírez, Sergio (2005), “La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, en Peñaloza, Pedro (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, Porrúa. pp. 231 y 232. Del mismo autor véase también “Comentarios a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.

<sup>10</sup> Revertir la seguridad y recuperar la confianza ciudadana no se vincula únicamente con la incidencia y la prevalencia delictiva, sino con la construcción de un bien social que posibilitó el ejercicio pleno de los derechos de las personas, escenario en el que el derecho penal representa un papel secundario y en el mejor de los casos accesorio: investigar y, en caso de responsabilidad comprobada, imponer las consecuencias jurídicas a quienes sean responsables de la comisión de delitos, siempre en el marco del respeto irrestricto de los derechos humanos de quienes participan en el drama penal en cualquier papel.

<sup>11</sup> La iniciativa propuso incorporar al más alto nivel, el constitucional, el panpenalismo. Con la formalización constitucional de restricción de libertades y menoscabo de derechos se favorece el debilitamiento constitucional y se concreta un estado en el que se desprecia la posición que los derechos humanos han de ocupar en sistemas jurídicos democráticos. Las propuestas de la iniciativa patentizaron la pérdida de conquistas democráticas con el decreto de reforma del 18 de junio de 2008.

En las democracias constitucionales los ordenamientos se sujetan a la ley no por su forma, sino por su contenido. Véase Ferrajoli, Luigi (2005), “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.

### III. LA INVESTIGACIÓN

La investigación<sup>12</sup> científica es la práctica estructurada por las comunidades de expertos<sup>13</sup> para producir conocimientos e imágenes cada vez más congruentes y más coherentes con los eventos naturales y sociales a los que se abocan, con el propósito de reducir el *quantum* de ignorancia humana.

Los esfuerzos iniciales se orientan a la producción de descripciones que permitan construir una primera imagen de objetos de estudio desconocidos, nuevos; más adelante, a ejercicios comparativos que permiten generar aproximaciones que den cuenta de la dinámica de los sucesos en estudio; posteriormente, de predicciones precisas de los eventos, y finalmente de estrategias de intervención que logren modificar el acontecer social o natural.<sup>14</sup>

En el marco de estos presupuestos cabría esperar que las teorías vigentes, producto de la investigación científica, formal o empírica,<sup>15</sup> fueran las que ofrecen reconstrucciones más consistentes con la realidad, aquellas que produzcan descripciones más detalladas, comparaciones más comprensivas, predicciones más precisas y, particularmente en el caso del derecho, propuestas de intervención congruentes y coherentes con el marco político en el que se diseñan e implementan.

Sin embargo, la prevalencia de una teoría, paradigma en términos de Kuhn, está vinculada más al consenso —aceptación y difusión— de la co-

---

<sup>12</sup> Del latín *investigare*, derivado de *vestigium*: en pos de la huella de, ir en busca de una pista etimológico, disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?investigar>, consultada el 14 de agosto de 2018.

<sup>13</sup> Kuhn, Thomas S. (1962), *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. e introducción de Carlos Solís Santos, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2013; también, González Rivera, Guillermo (2000), *En torno a la definición de paradigma*, México, Kaoz.

<sup>14</sup> Popper, Karl R. (1972), “El objeto de la ciencia”, *Conocimiento objetivo*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 231 y ss., y (1963, 1965, 1969, 1972) *Conjeturas y refutaciones*, trad. de Néstor Míguez, Barcelona, Paidós Básica, 1991; también, Bunge, Mario (s/f), *La ciencia, su método y su filosofía*, Ediciones Quinto Sol.

<sup>15</sup> Por las características de los objetos estudiados y por los métodos empleados para someter a prueba los enunciados teóricos, Bunge distingue dos tipos de ciencia: a) formal —ideal— y b) fáctica —empírica—.

Los objetos de estudio de la primera de éstas existen únicamente en la mente humana, no son objetos ni procesos mentales, sociales o materiales, son continentes en los que lógicos y matemáticos, preponderantemente, pueden verter cualquier contenido fáctico. Estas ciencias demuestran, comprueban, con procedimientos únicos, completos y finales, no requieren de dato alguno de la experiencia; la inferencia deductiva es razón necesaria y suficiente.

Por el contrario, las ciencias fácticas utilizan símbolos interpretados, datos empíricos, proposiciones acerca de observaciones o de experimentos que requieren del test empírico, para identificar su consistencia, verificación en términos de Bunge, testabilidad/falsación en la propuesta popperiana. *Idem*.

munidad científica que a su consistencia —interna y externa—; por ejemplo, en el ámbito penal permanecen en algunas publicaciones especializadas y en el discurso político penal gubernamental muchos conceptos acuñados por la criminología clínica, como el de *peligrosidad del delincuente*, a pesar de ser incompatibles con el desarrollo de la dogmática penal contemporánea.

Esta imbricación conceptual, lo mismo que los enfrentamientos teóricos, evidencian que, en general, la producción científica que realizan los investigadores, adscritos formal o implícitamente a alguna orientación conceptual o grupo de investigación, continúa generando contenido independientemente del éxito o del fracaso —aceptación o rechazo— que en su momento tengan sus hallazgos, sus propuestas.

### *Programas de investigación científica*

El desarrollo científico está más allá de los resultados de la confrontación interteórica en términos de consistencia interna —coherencia conceptual— y externa —congruencia discursiva con el acontecer empírico pasado, presente y futuro—.

Lakatos, en su texto *La metodología de los programas de investigación*, refirió haber analizado “el problema de la evaluación del crecimiento científico en términos de cambios progresivos y regresivos de problemáticas para series de teorías científicas”,<sup>16</sup> donde lo más importante es *cierta* continuidad que relaciona a sus miembros “originada en un programa de investigación genuino concebido en el comienzo”.<sup>17</sup>

Con los *programas de investigación científica*,<sup>18</sup> Lakatos estructuró una de las respuestas más comprehensivas al problema de la evaluación de la producción científica, en una doble perspectiva: desde el punto de vista prescriptivo y desde la realidad de la dinámica del trabajo científico.

Una teoría tendría que prevalecer sobre otras en la medida en que ofreciera mayor consistencia interna<sup>19</sup> y capacidad de modificación del entorno,<sup>20</sup> o alguna de éstas;<sup>21</sup> sin embargo, la historia de la ciencia ha evidenciado que las teorías no se descartan por su inconsistencias o yerros y en

<sup>16</sup> Lakatos, Imre (1978), *Escritos filosóficos*, t. I: *La metodología de los programas de investigación científica*, trad. de Juan Carlos Zapatero, Madrid, Alianza, 2007, p. 65.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> PIC en adelante.

<sup>19</sup> Garantismo penal en un Estado con anhelos democráticos.

<sup>20</sup> Prevención social del delito, fuera del sistema de justicia penal.

<sup>21</sup> En general, Popper, Kuhn y Feyerabend.

ocasiones no se aceptan a pesar de los resultados favorables de las pruebas empíricas o comprobaciones lógicas de sus enunciados, sino que dependen del apoyo de las figuras de autoridad que las avalan o las descalifican.<sup>22</sup>

La evaluación de una teoría dada, aislada del contexto teórico en el que se gesta y se desarrolla, puede, en su caso, desembocar en su descarte; sin embargo, en el trabajo científico no se presentan tales casos, existen sucesiones teóricas en las que sus miembros se relacionan estrechamente constituyéndose en programas de investigación; por esto Lakatos no considera a la ciencia como un todo,<sup>23</sup> sino como “programas de investigación *particulares*”,<sup>24</sup> como el *garantismo penal* como teoría y práctica jurídica, en oposición a la legislación de emergencia, que ha reducido los principios constitucionales y ha debilitado el sistema de garantías contra el poder punitivo.<sup>25</sup>

### A. Estructura

Los PIC constituyen propuestas de largo aliento que integran un conjunto de teorías acopladas alrededor de un supuesto articulador, *núcleo firme*, que las integra holísticamente. El núcleo firme constituye el irrenunciable del programa, su razón de ser, compuesto por teorías, hipótesis o enunciados universales aceptados por los militantes del programa. En el *garantismo penal* la minimización del poder punitivo por medio del estricto sometimiento a la ley y a la tutela de los bienes fundamentales<sup>26</sup> constituye el núcleo firme de este programa de investigación.

Además, los PIC disponen de dos heurísticas para proteger al núcleo firme, una negativa que impide refutarlo;<sup>27</sup> por ejemplo, en el *garantismo*, ésta impide refutar “...un modelo de derecho, no sólo de derecho penal, sino de derecho en general, orientado a garantizar los derechos subjetivos. Garantías en el léxico propuesto significan las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas en las cuales consisten los derechos subjetivos”.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Kuhn, respecto del criterio de autoridad en la comunidad científica.

<sup>23</sup> No obstante que “Incluso la ciencia en su conjunto puede ser considerada como un enorme programa de investigación dotado de la suprema regla heurística de Popper: «diseña conjeturas que tengan más contenido empírico que sus predecesoras»”. Lakatos, *op. cit.*, nota 16, p. 65.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>25</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, nota 5, p. 22.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Aplicar el *modus tollens*. Lakatos, *op. cit.*, nota 165, p. 66.

<sup>28</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, nota 5, p. 16.

Y otra positiva<sup>29</sup> que diseña e incorpora hipótesis auxiliares, *ad hoc*, para formar un cinturón protector al que se dirigen las refutaciones, ajustándose cuanto sea necesario, incluso sustituyéndolo completamente con tal de preservar el núcleo firme. Siguiendo el mismo ejemplo, en el *garantismo*, la heurística positiva originaría un cinturón protector en el que

...podemos distinguir muchos sentidos del garantismo, por ejemplo, el garantismo patrimonial, el garantismo clásico, que puede designar el sistema de garantías que tutela el derecho de propiedad y el resto de los derechos patrimoniales. El garantismo liberal, específicamente el penal, que puede designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad contra otros ciudadanos, contra los delitos y también contra las penas, contra los arbitrios judiciales y policiales. El garantismo social que puede designar el conjunto de garantías todavía hoy escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo.<sup>30</sup>

## B. Propuesta

Tal vez una de las contribuciones más importantes del Círculo de Viena<sup>31</sup> a la epistemología contemporánea sea la idea<sup>32</sup> de los referentes fácticos<sup>33</sup> o formales que caracterizan al conocimiento científico, idea presente en los programas de investigación científica de Lakatos y en la ciencia contemporánea.

---

<sup>29</sup> “La heurística positiva del programa impide que el científico se pierda en el océano de anomalías. La heurística positiva establece un programa que enumera una secuencia de modelos crecientemente complicados simuladores de la realidad.: la atención del científico se concentra en la construcción de sus modelos según las instrucciones establecidas en la parte positiva de su programa. Ignora los contraejemplos *reales*, los «*datos*» disponibles”. *Ibidem*, p. 69.

<sup>30</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, nota 5, pp. 20 y 22.

<sup>31</sup> Organismo científico y filosófico centrado en la lógica de la ciencia. Su postura se conoce como empirio lógico, positivismo lógico o neopositivismo, sostiene la neutralidad del conocimiento, que existe una lógica en el lenguaje de la ciencia, que los conceptos de las distintas ramas de las ciencias no son fundamentalmente distintos, sino que pertenecen a un sistema coherente, supuesto este último, asentado en la racionalidad de la ciencia.

<sup>32</sup> Hahn, Hans *et al.* (1929), “Weltauffassung-der Wiener Kreis”, en Neurath, Otto, *Wissenschaftliche Weltauffassung Sozialismus und Logischer Empirismus*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 1995, pp. 81-101. *La concepción científica del mundo. El Círculo de Viena*, versión castellana de Alonso Zela, disponible en: <http://www.vienayyo.com/wp-content/uploads/2011/10/manifiesto.pdf>, consultada el 31 de julio de 2018.

<sup>33</sup> Las ciencias fácticas poseen ambos.

### a. Antecedente

Previo a la propuesta popperiana, el referente fáctico de la ciencia, la investigación empírica, se planteaba inductivamente; a partir del conocimiento de sucesos singulares se construían conclusiones generales, lo que en el mundo de los hechos es imposible, debido a que los acontecimientos del orbe se caracterizan por la diversidad, nada garantiza que la colección de  $x$  singulares observados correspondan al  $\{U\}$ ; siguiendo el ejemplo clásico, que únicamente hayamos visto cisnes blancos, no implica que no existan cisnes de otro color, negros, por ejemplo. La investigación empírica no es una recolección de hechos sin alguna guía teórica.<sup>34</sup>

Popper propone que la ciencia no parte de hechos aislados, sino de problemas, de conjeturas —teorías— y, además, no está encaminada a verificar,<sup>35</sup> por ser empíricamente imposible, sino a contrastar enunciados, hipótesis, con hechos, para identificar los falsos, lo que es factible empíricamente, pues sólo se requiere una observación en contra<sup>36</sup> para ello.

Al respecto, Schlick<sup>37</sup> afirmó que para toda proposición deben ser lógicamente posibles tanto una verificación como una falsificación empíricas finales. Por su parte, Popper propuso que

Si se rechaza esta afirmación entonces es posible resolver de una manera sencilla la contradicción que constituye el problema de la inducción. Podemos, de manera bastante consistente, interpretar las leyes naturales o las teorías como proposiciones genuinas que son parcialmente decidibles, es decir, que por razones lógicas no son verificables sino que, de una manera asimétrica, son sólo falsables.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Sólo en la primera observación del evento, cuando éste es nuevo —desconocido—, se recolecta la información sin guía teórica. Las observaciones posteriores implican presupuestos a contrastar.

<sup>35</sup> Implicaría la recolección de todos los datos, pasados, presentes y futuros, lo que es imposible.

<sup>36</sup> Por su investigación de la historia de la ciencia, Kuhn está en desacuerdo con Popper en que sólo una observación en contrario basta para derrumbar una teoría, la historia de la ciencia no lo corrobora. Kuhn, *op. cit.*, nota 13. Por su parte, Lakatos criticó la primera propuesta falsacionista popperiana, a la que llamó “falsacionismo ingenuo”.

<sup>37</sup> Friedrich Albert Moritz Schlick (1882-1936), fundador del Círculo de Viena y promotor del empirismo lógico.

<sup>38</sup> Popper, Karl, “Carta al editor de Erkenntnis” (título original “Ein Kriterium des empirischen Charakters theoretischer System”), *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, Routledge, 1997, pp. 312 y 313, de: “Capítulo II. El Círculo de Viena desde la óptica de Karl Popper”, Universidad de Navarra, p. 80, disponible en: [CapituloIIChapa-2.pdf](#), [www.unav.es/gep/CapituloIIChapa.pdf](#); consultada el 7 de agosto de 2018. Sobre el problema de inducción véase del mismo autor *La lógica...*, *cit.*, nota 20, pp. 27-30.

Popper sostiene que así se enfrenta racionalmente el problema de la demarcación de la ciencia, de la teoría del método empírico: distinguir las afirmaciones de la ciencia de las de la metafísica.

...De acuerdo con este criterio las proposiciones, o los sistemas de proposiciones, proporcionan información acerca del mundo empírico sólo si son capaces de chocar con la experiencia; o más precisamente sólo si pueden ser refutadas sistemáticamente, es decir, si pueden ser sujetas (según una decisión metodológica) a pruebas que pueden llevar a su refutación.<sup>39</sup>

Con el binomio testabilidad-falsabilidad<sup>40</sup> se sustentó el método hipotético-deductivo, estrategia analítica de la investigación empírica contemporánea.

#### b. Falsacionismo sofisticado

Lakatos comparte con Popper el falsacionismo, pero construye una propuesta más comprehensiva, a la que denominó *falsacionismo sofisticado*, en la que critica al *falsacionismo* que llamó *falsacionismo metodológico ingenuo*, por centrarse sólo en el binomio hipótesis-hechos.<sup>41</sup> La propuesta difiere en dos puntos: a) en las reglas de aceptación —criterio de demarcación—, y b) en las reglas de falsación —eliminación—.

En el falsacionismo ingenuo cualquier teoría que pueda interpretarse como experimental es considerada como científica; en cambio, para el falsacionismo sofisticado las teorías se aceptan sólo si ofrecen mayor contenido empírico que sus predecesoras, o sus rivales, lo que conduce al descubrimiento de nuevos hechos.<sup>42</sup>

Como ya se anotó, en el falsacionismo ingenuo una teoría es falsada como resultado del conflicto del enunciado con la experiencia, mientras que

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 313 y 314; pp. 81 y 82.

<sup>40</sup> La hipótesis nula es conceptual y estadísticamente la única susceptible de ser contrastada empíricamente.

<sup>41</sup> “El colapso del falsacionismo dogmático ante la potencia de los argumentos falibilistas nos devuelve al punto de partida, Si *todos* los enunciados científicos son teorías falibles solo podemos criticarlos en razón de su inconsistencia. Pero entonces en ¿qué sentido es empírica la ciencia, si lo es en algún sentido?”. Lakatos, *op. cit.*, nota 16, pp. 31 y ss.

<sup>42</sup> En dos perspectivas, el exceso de contenido empírico, que representa el criterio de aceptabilidad<sub>1</sub> y que una parte de éste resulte verificado, criterio de aceptabilidad<sub>2</sub>. El primero puede confirmarse inmediatamente por medio del análisis lógico *a priori*; el segundo, que requiere contraste empírico puede requerir tiempo indefinido. *Ibidem*, p. 46.

en el falsacionismo sofisticado una teoría científica  $T$  es falsada si y sólo si otra teoría  $T'$  ha sido propuesta y: i)  $T'$  tiene exceso de contenido<sup>43</sup> respecto de  $T$ ; ii)  $T'$  explica el éxito previo de  $T$ ,<sup>44</sup> y iii) un exceso del contenido de  $T'$  es corroborado.

Otra diferencia relevante entre la propuesta popperiana y los programas de investigación científica de Lakatos es que la primera involucra únicamente teorías aisladas; mientras que los PIC, por definición, son series sucesivas de teorías.

En su articulación metodológica, Lakatos distingue dos tipos de programas de investigación: progresivos y regresivos. Si un PIC, serie tal de teorías en las que cada nueva teoría tiene algún exceso de contenido empírico respecto de su antecesora, conduce progresivamente a un cambio de problemática empírica será progresivo; si, por el contrario, sólo ofrece una reinterpretación será regresivo.

En la *Metodología de los programas de investigación*, Lakatos ofrece a la comunidad científica una de las propuestas más acabadas de la filosofía de la ciencia contemporánea: logró conjugar una de las discusiones epistemológicas más importante del siglo pasado.<sup>45</sup> Sus aportaciones, vigentes a la fecha, permiten entender cada vez más claramente la dinámica y la producción científica en cualquiera de sus campos, de sus orientaciones y de sus perspectivas disciplinares.

Permite en el derecho entender cómo en el marco de un Estado con anhelos democráticos, como el mexicano, persisten discusiones antitéticas como *derecho penal del ciudadano vs. derecho penal del enemigo* o los argumentos a favor y contra el aborto, además de considerar la producción académica como resultado de un programa comprensivo de investigación.

#### IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Con las transformaciones de las condiciones económicas: globalización, creación de bloques económicos; políticas: consolidación de centros de poder paraestatales, integración de confederaciones nacionales, institucionalización de estructuras supranacionales, y la atribución de derechos a las personas, la

<sup>43</sup> Predice *nuevos* hechos, improbables o excluidos por  $T$ . *Idem*.

<sup>44</sup> “El contenido de  $T$  está incluido (dentro de los límites del error observacional) en el contenido de  $T'$ ”. *Ibidem*, pp. 46 y 47.

<sup>45</sup> Popper/Kuhn/Feyerabend/Lakatos. En el apartado inicial de *Contra el método*, Feyerabend refiere que era un texto inicialmente pensado como un espacio de discusión en el que presentaría sus ideas y Lakatos contrargumentara, lamentablemente no fue posible. Feyerabend, Paul (1975), *Tratado contra el método*, 5a. ed., trad. de Diego Ribes, Madrid, Tecnos, 2007.



jurisdicción internacional y la construcción de los derechos humanos, se amplió el horizonte de análisis jurídico, tanto por el incremento de la temática como por las orientaciones y las perspectivas analíticas.<sup>46</sup>

La consolidación de la sociología jurídica en la segunda mitad del siglo XX amplió el espectro analítico de los sucesos de interés jurídico. En 1974 se fundaron la Law and Society Association y el Research Committee on Sociology of Law de la International Sociological Association, y, en 1988, el Instituto Internacional de Sociología Jurídica.<sup>47</sup> La creación de estos espacios académicos estimuló la investigación empírica<sup>48</sup> y al mismo tiempo se ampliaron las perspectivas analíticas de los eventos de interés jurídico a otras perspectivas disciplinares, como la antropología jurídica.

En México, en la Universidad Nacional Autónoma de México destacan cuatro figuras como impulsores de la sociología jurídica: Volkmar Gessner realiza entre 1969 y 1970 el primer estudio de la justicia mexicana desde la sociología; Óscar Correas en los setenta funda *Crítica Jurídica*, una de las revistas más importantes del área; Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes entre 1990 y 2009 organiza las Jornadas Lascasianas, y Marcos Kaplan.

En el terreno de las ciencias penales, en el primer Inacipe —26 de junio de 1976—<sup>49</sup> también se cultivó la investigación empírica de eventos de interés jurídico, más allá de la sociología criminal, área en la que la producción de reportes de investigación empírica es abundante. Sin descuidar el desarrollo de ejercicios empíricos, se orientaron esfuerzos para formar investigadores en esta orientación analítica. Entre quienes se abocaron a estas actividades estaban Klaus Dieter Gorenc, Sergio Correa García, Luis González Placencia, Ernestina Herrera, Gustavo Cosakov y Luis Marcó del Pont.

Los ejercicios de sociología jurídica y de investigación empírica cada vez más adquieren mayor presencia, en el primer lustro del siglo XXI,

<sup>46</sup> Cfr. apartado II del texto.

<sup>47</sup> Suárez Ávila, Alberto Abad (2015), “La sociología del derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas”, en Méndez Silva, Ricardo *et al.* (coords.), *Testimonios y remembranzas acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas. 75 años*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 447, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/hjv/libros/8/3981/80.pdf>, consultada el 31 de julio de 2018.

<sup>48</sup> Este acercamiento analítico exige, además del análisis teórico requerido para operacionalizar teoría y derivar enunciados observaciones, formación especializada tanto para la recolección como para el análisis de datos, según la orientación disciplina: sociología, antropología... y la perspectiva analítica: cualitativa, cuantitativa o triangulación metodológica. En términos de Kuhn, este tipo de investigación es un paradigma. En el anexo I se presentan brevemente algunas consideraciones en torno a la definición de paradigma.

<sup>49</sup> Rojas Sosa, Odette María (2016), *40 años de historia Instituto Nacional de Ciencias Penales*, México, disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/40anosdehistoria.pdf>, consultada el 4 de diciembre de 2018.

Fernando Tenorio Tagle, desde la unidad Azcapotzalco de la Universidad Autónoma Metropolitana, dirigió la versión mexicana del proyecto de investigación italiana *Ciudades seguras*, de Massimo Pavarini, proyecto en el que se conjugaron diversas perspectivas analíticas en torno a la seguridad pública.<sup>50</sup>

Más recientemente, la Coordinación Nacional de Antropología del Instituto Nacional de Antropología e Historia publicó los primeros acercamientos a un proyecto de investigación interdisciplinario denominado *Sistemas normativos indígenas*, encabezado por Isaac González Ruiz y Víctor Hugo Villanueva.<sup>51</sup>

Sin embargo, de las precisiones del objeto de estudio y de la orientación analítica o metodológica es posible describir a la investigación jurídica actual como programas de investigación, desde su planteamiento hipotético-deductivo; estructura, núcleo, firma y cinturón protector; dinámica, heurísticas negativas y positivas; hasta su evaluación, como programas progresivos o retrógrados, según su contenido empírico.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BUNGE, Mario (s/f), *La ciencia, su método y su filosofía*, Ediciones Quinto Sol.

COMISIÓN PERMANENTE DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN (2008), *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Gobernación, 18 de junio de 2008, disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008).

FERRAJOLI, Luigi (2010), *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, México, Ubius-Instituto de Formación Profesional-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

FERRAJOLI, Luigi (2007), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, t. I: *Teoría del derecho*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino, Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi (2005), “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.

---

<sup>50</sup> Los dos últimos tomos en los que se publicaron los resultados del proyecto de investigación son producto de la investigación empírica. En *Ciudades seguras IV. Fenomenología de la delincuencia* presento un acercamiento estadístico de la distribución, ritmo y tendencia de la cifra oficial del delito en el Distrito Federal; en el primer apartado refiero gran parte de la producción empírica en la materia. En *Ciudades seguras V. Percepción ciudadana de la inseguridad*, Luis González hace lo propio.

<sup>51</sup> González Ruiz, Isaac y Villanueva, Víctor Hugo (coords.) (2014), *Diario de campo*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, tercera época, septiembre-diciembre.

- FEYERABEND, Paul (1975), *Tratado contra el método*, 5a. ed., trad. de Diego Ribes, Madrid, Tecnos, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2005), “La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, en PEÑALOZA, Pedro (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2004), “Comentarios a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.
- GARCÍA DE TIEDRA GONZÁLEZ, Javier (2011), “Legítima defensa”, disponible en: [www.legitimadefensa.es/2011/Sep/20/derecho-y-sociedad.html](http://www.legitimadefensa.es/2011/Sep/20/derecho-y-sociedad.html).
- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis (2019), “¿Puede la investigación jurídica considerarse científicamente válida? La argumentación como criterio de validez”, *Ciencia Jurídica*, México, año 8, núm. 15.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis (2002), *Ciudades seguras V. Percepción ciudadana de la inseguridad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología-Fondo de Cultura Económica.
- GONZÁLEZ RIVERA, Guillermo (2000), *En torno a la definición de paradigma*, México, Kaoz.
- GONZÁLEZ RUIZ, Isaac y VILLANUEVA, Víctor Hugo (coords.) (2014), *Diario de campo*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, tercera época, septiembre-diciembre.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe (2008), *Consideraciones sobre la reforma del Estado mexicano, la agenda urgente y algunos temas pendientes*, Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato-Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho y Administración Pública.
- JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel (2006), *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política-criminal)*, México, Flores Editor y distribuidor.
- KALA, Julio César (2008), “Antinomias en torno a la reforma del Estado. La iniciativa de reforma constitucional en el ámbito penal”, en GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe (coord.), *Consideraciones sobre la reforma del Estado mexicano. La agenda urgente y algunos temas pendientes*, Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato-Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho y Administración Pública.
- KALA, Julio César (2003), *Ciudades seguras IV. Fenomenología de la delincuencia*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología-Fondo de Cultura Económica.

- KANT, Immanuel (1785), *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, selección, prólogo y nota de Arnoldo Córdoba, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1968.
- KUHN, Thomas S. (1962), *La estructura de las revoluciones científicas*, 4a. ed., trad. e introducción de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- LAKATOS, Imre (1978), *Escritos filosóficos*, t. I: *La metodología de los programas de investigación científica*, trad. de Juan Carlos Zapatero, Madrid, Alianza, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005), “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, España, núm. 16.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2014), “Dogmática jurídica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 6, marzo-agosto, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNO/article/download/2213/1148>.
- POPPER, Karl R. (1980), “El problema de la demarcación” y “Alcances del problema de la demarcación”, *Los dos problemas fundamentales de la epistemología. Basado en manuscritos de los años 1930-1933*, 2a. ed., Madrid, Tecnos.
- POPPER, Karl R. (1972), “El objeto de la ciencia”, *Conocimiento objetivo*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- POPPER, Karl R. (1963, 1965, 1969, 1972), *Conjeturas y refutaciones*, trad. de Néstor Míguez, Barcelona, Paidós Básica, 1991.
- POPPER, Karl R. (1934 y 1959), *La lógica de la investigación científica*, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1962.
- POPPER, Karl, “Carta al editor de Erkenntnis” (título original “Ein Kriterium des empirischen Charakters theoretischer System”), *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, Routledge, 1997.
- RIZO CARMONA, J. Merced (2019), “La hermenéutica filosófica y la correcta interpretación jurídica”, *Ciencia Jurídica*, México, año 8, núm. 15.
- ROJAS SOSA, Odette María (2016), *40 años de historia Instituto Nacional de Ciencias Penales*, México, disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/40anosdehistoria.pdf>.
- SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad (2015), “La sociología del derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo *et al.* (coords.), *Testimonios y remembranzas Acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas. 75 años*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3981/80.pdf>.

## LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA NECESIDAD DE SU APLICACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

Carlos Alberto MACEDONIO HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de teoría de la argumentación jurídica*. III. *El surgimiento de la teoría de la argumentación jurídica*. IV. *La teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman*. V. *La teoría de la argumentación jurídica en Stephen Toulmin*. VI. *La teoría estándar de la argumentación jurídica de Neil MacCormick*. VII. *La teoría de la argumentación de Robert Alexy*. VIII. *Las reflexiones de Serafín Ortiz Ortiz sobre la argumentación jurídica en México*. IX. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho resulta bastante complejo, pues debe definirse en cuanto al factor social, político, económico o cultural, sin menoscabo del desarrollo de la ciencias sociales, tarea nada fácil si analizamos la evolución del derecho mismo, pero no desde una sola perspectiva o nivel epistemológico, sino de los tres niveles que han sido reconstruidos a partir de la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale; por eso, el derecho tiene una función y fin distinto en la actualidad, aunado a su vinculación con la teoría de la argumentación jurídica.

Jürgen Habermas considera que para la argumentación jurídica “el derecho es visto como un conjunto de procedimientos que fijan los momentos y los espacios dentro de los que se pueden hacer valer las argumentaciones

---

\* Licenciado en Derecho y especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, maestro en Derecho Penal y doctor en Derecho por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas (CIJUREP) de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.

jurídicas”,<sup>1</sup> de tal manera, Rojas Amandi señala que “considerando como base criterios de validez que se expresan en la antinomia jurídico-antijurídico, se permiten obtener argumentos que sirven de fundamento a la autoridad y abogados para justificar sus decisiones o pretensiones”.<sup>2</sup>

Por lo anterior, resulta importante determinar para nuestro análisis, primeramente ¿qué es la teoría de la argumentación jurídica? y, desde luego, hacer un recuento muy breve de las principales corrientes de pensamiento que han construido esta rama del conocimiento filosófico pero que tiene una aplicación práctica, porque ha evolucionado precisamente para la solución de problemas reales.<sup>3</sup>

## II. EL CONCEPTO DE TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El concepto de teoría de la argumentación jurídica ha sido entendido desde distintos enfoques, pero ¿qué se entiende por “argumentar”? Jaime Cárdenas Gracia considera que, para algunos, “argumentar es una actividad lingüística y, un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más le dan ese carácter a esas premisas de un razonamiento, y quien define el argumento como una relación entre premisas y la conclusión”.<sup>4</sup>

Rojas Amandi indica en su obra *Argumentación jurídica* que los términos *argūū*, *argumento* y *argumentación*, etimológicamente, comparten la misma raíz de las palabras latinas *argentum* o *argentino*, cuyo núcleo semántico es: *resplandor*, *brillo*, *blancura*, por lo cual considera que esa es precisamente la función de la actividad argumentativa: aclarar las cosas, ayudarlas a que reluzcan.<sup>5</sup> En opinión de Rojas Amandi, un argumento es “una razón empleada para fundamentar la verdad o falsedad de una afirmación que aparece dudosa, a la que conocemos como tesis”.<sup>6</sup>

Manuel Atienza considera que la teoría tiene como objeto de reflexión, obviamente, “las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos.

<sup>1</sup> Citado por Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2011, p. 52.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> La argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuentas cuando empezó a rechazarse la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. *Idem*.

<sup>4</sup> Cárdenas Gracias, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2010, pp. 20 y 21.

<sup>5</sup> Rojas Amandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 15.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 16.

El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, el segundo es el de la aplicación de las normas jurídicas para resolver casos concretos, el último ámbito se encuentra en la dogmática jurídica”.<sup>7</sup>

Atienza concibe a la argumentación como formal, material y pragmática, la primera es característica de la lógica, por ello, se entiende a la argumentación jurídica como una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones, de tal manera, “un argumento es un encadenamiento de proposiciones puestas de tal manera que una de ellas sigue a otras”.<sup>8</sup> La concepción material de la argumentación para Atienza, se preocupa “no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo, sino a través de buenas razones que permitan la corrección del razonamiento”.<sup>9</sup>

De tal manera, Atienza señala que “la concepción pragmática considera a la argumentación como una interacción lingüística, que se desarrolla entre dos o más sujetos, y tiene por objeto el convencimiento del uno sobre el otro”.<sup>10</sup>

Por su parte, Robert Alexy indica que hay “distintas formas de discusiones jurídicas, discusiones que a su vez pueden dividirse en subcategorías, pero el aspecto más importante es que se argumenta jurídicamente”,<sup>11</sup> debiendo establecerse como un punto de diferencia entre la argumentación jurídica y la argumentación en general que la primera tiene vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al derecho vigente.<sup>12</sup>

Para el doctor Serafín Ortiz Ortiz, la argumentación jurídica

Es la actividad oral o escrita que formula razonamientos, con la pretensión de construir argumentos para lograr la convicción y aceptación tanto de los implicados en la controversia judicial como en el foro jurídico, para lo cual es imprescindible producir justificaciones argumentativas en la búsqueda del consenso de la decisión jurídica en una sociedad democrática en el marco de un Estado constitucional de derecho.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2008, pp. 1 y 2.

<sup>8</sup> Citado por Ortiz Ortiz, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014, p. 113.

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>11</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 3a. ed., Lima, Palestra, 2017, p. 293.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>13</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *op. cit.*, p. 111.



### III. EL SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Durante la Edad Media y el Renacimiento, la dialéctica y la retórica de Aristóteles tuvieron su auge; paradójicamente, con la Edad Moderna, donde predominó el racionalismo y el empirismo en la filosofía, la retórica, fue considerada una especie de técnica de estilística, esto se debió más que nada a que la verdad fue considerada fruto de una evidencia racional o sensible.<sup>14</sup>

El auge de los medios de comunicación de masas y de la vida democrática de los países justifica los esfuerzos para rehabilitar la retórica clásica como arte de persuasión, pues la retórica que perduró durante los siglos XVII al XIX fue la equivalente a la retórica de Aristóteles, la cual se relacionaba con la formación de la opinión, pero reducida a manual de estilo o técnica expositiva. La retórica quedó reducida antes de su resurgimiento actual, a un arte de la expresión, sin interés filosófico.<sup>15</sup>

Theodor Viehweg en su obra *Tópica y filosofía del derecho* trata de establecer la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica, partiendo en un principio de la dogmática para aproximar a la teoría del derecho un nuevo concepto y las sugerencias que en su opinión conllevarían a establecer una ciencia completa del derecho.<sup>16</sup>

Para Viehweg la dogmática jurídica es “una opinión racionalizada, un pensamiento inmanente, cuya estructura está constituida por un dogma fundamental o varios dogmas fundamentales conciliables entre sí, pero cualquier dogmática desaparece cuando dejan de ser sostenidos o se vuelven confusos e inseguros, en ese caso, la dogmática se disuelve”.<sup>17</sup>

Por otro lado, la filosofía del derecho participa en el surgimiento de la teoría del derecho, pues, una teoría de ese tipo presupone necesariamente ideas jurídico-filosóficas y también experimentos mentales. De ahí deriva el hecho de que la filosofía del derecho resulta una teoría que, en tanto fundamental, posibilita la dogmática jurídica, pero, no obstante esa situación, la filosofía del derecho, después que de ella ha surgido una teoría del derecho, continúa en investigación y, al hacerlo, se convierte en objeto de investigación.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Perelman, Chaim y Olbrechtz-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 7 y 8.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 15.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.



Las ideas de Viehweg se refieren a un concepto de la teoría del derecho en un viejo sentido, en donde se buscaba la justicia, pero sostiene Viehweg que existe un nuevo sentido de tal teoría, a la cual no le interesa el problema de la justicia, sino que lo desplaza a un segundo término. Tiene una actitud escéptica con respecto a la justicia.<sup>19</sup> La nueva concepción de la teoría del derecho parte de fenómenos jurídicos por averiguar su estructura desde el punto de vista lógico o sociológico o en ambos aspectos.<sup>20</sup> La teoría jurídica estudia entonces no sólo relaciones lógicas sino, sobre todo, las relaciones entre las normas jurídicas y el comportamiento humano.

Pero es, sin duda, Chaim Perelman quien redescubre la retórica en su obra *Sobre la justicia*, en donde constata que no se puede explicar la regla de la justicia ni las normas jurídicas o morales en términos de la lógica jurídica, cuyas proposiciones son racionales y gozan de necesidad y universalidad.<sup>21</sup> En la referida obra, Perelman, analizando el problema de la justicia, determina la inadecuación de la lógica de la demostración, al mundo de los valores y la necesidad de abordar éstos con otra lógica, y es ahí donde surge el encuentro de Perelman con la retórica de Aristóteles.

La nueva retórica de Perelman pretende, entonces, rehabilitar la retórica clásica menospreciada durante la Edad Moderna como sugestión o artificio literario, para ello toma distinción de Aristóteles entre lógica como ciencia de la demostración y dialéctica y retórica como ciencias de lo probable, o sea, de la argumentación.<sup>22</sup> La retórica, de esta manera, forma parte de la filosofía, ya que no contiene demostraciones sino argumentaciones; la diferencia entre la filosofía y la retórica deviene en lo siguiente: “Mientras que la argumentación retórica va siempre dirigida a un auditorio concreto y particular, al que pretender persuadir, la argumentación filosófica se dirige a un auditorio ideal y universal, al que intenta «convencer»”.<sup>23</sup>

Para Perelman, a la nueva retórica o teoría de la argumentación le interesa, más que las proposiciones, la adhesión, con intensidad variable del auditorio a ellas. Esta nueva retórica es más que una forma de elocuencia o

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> No obstante que Teodor Viehweg señala que es una nueva concepción de la teoría del derecho, reconoce en su referido obra, que la “nueva teoría” en realidad tuvo su raíz en el pensamiento de Bentham e inclusive de Austin. *Ibidem*, p. 23.

<sup>21</sup> Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *op. cit.*, p. 14.

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *Idem.* La ciencia siempre se basa en lo evidente, en premisas verdaderas y necesarias, en pruebas irrefutables y racionales, la filosofía y la retórica se replantean siempre los problemas desde el comienzo aportando pruebas solamente probables, razonables, preferibles, que han de ser aceptadas responsablemente.

forma de comunicarse con el auditorio, estudia la estructura de la argumentación, el mecanismo del pensamiento persuasivo, analizando tales escritos. De esta manera, la teoría de la argumentación es más amplia que la antigua retórica.

#### IV. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CHAIM PERELMAN

El análisis de las obras de Perelman, específicamente *Tratado de la argumentación jurídica. La nueva retórica*, se enfoca en la importancia a la estructura de la argumentación y su vinculación con la retórica y la dialéctica griegas, pero también establece una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes y que ha marcado la filosofía occidental de los últimos siglos.<sup>24</sup>

Perelman no niega que la facultad de deliberar y argumentar sea un signo distinto del ser racional, pero se ha olvidado el estudio de los medios de prueba utilizados para obtener adhesión. La teoría de la argumentación para Perelman no puede desarrollarse “si se concibe la prueba como una reducción a la evidencia”.<sup>25</sup> El objeto de su teoría es “el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento”.<sup>26</sup>

La teoría de la argumentación propuesta por Perelman, caracteriza en primer lugar las diversas estructuras argumentativas, cuyo análisis debe proceder a cualquier prueba experimental a la que quisiera someter su eficacia. Esta teoría se enfoca no en los razonamientos filosóficos, sino en la lógica, para imitar los métodos que les han dado un impulso, cuando se propuso analizar los medios de prueba efectivamente utilizados por los matemáticos. La lógica formal moderna se ha constituido como el estudio de los medios de demostración empleados en las matemáticas.<sup>27</sup>

Perelman construye su teoría de la argumentación analizando los medios de prueba de los que se sirven las ciencias humanas, el derecho y la filosofía. Para Perelman “toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual”, de tal manera, para que exista argumentación es necesario que, en un mo-

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 34 y 35.

<sup>27</sup> *Idem*.

mento dado, se produzca una comunidad efectiva de personas, es también conveniente que se esté de acuerdo, desde el principio, en la formación de esta comunidad intelectual y, después, en el hecho de debatir juntos en una cuestión determinada.<sup>28</sup>

Para argumentar, señala Perelman, es preciso en efecto atribuir un valor a la adhesión del interlocutor, a su consentimiento, a su concurso mental. Por lo tanto, una distinción apreciada, a veces, es la de ser una persona con la que se llega a discutir.<sup>29</sup> El auditorio para Perelman es, desde el punto de vista retórico, “el conjunto de aquellos en quienes el orador debe influir con su argumentación”.<sup>30</sup>

El auditorio puede ser variable, de tal manera, puede ser infinito, pero también puede existir un auditorio particular; Perelman llama persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular y denomina convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón.<sup>31</sup>

La nueva retórica de Perelman consiste en una teoría de la argumentación jurídica, que complementa la teoría de la demostración objeto de la lógica formal. La ciencia se basa en la razón teórica, con sus categorías de verdad y evidencia y su método demostrativo; la retórica, la dialéctica y la filosofía se basan en la razón práctica, con sus categorías de lo verosímil y la decisión razonable y su método argumentativo justificativo. De esta manera, Perelman considera que es posible aplicar la razón al mundo de los valores, de las normas de la acción, esto constituye una oposición al irracionalismo como al dogmatismo racionalista.<sup>32</sup>

### 1. *El auditorio universal para Perelman*

Para Perelman y Olbrechts, toda argumentación orientada hacia un auditorio determinado tiene como inconveniente el hecho de que el orador, en la medida en que se adapta a las opiniones de los oyentes, se expone a basarse en tesis que son extrañas o incluso totalmente opuestas a las que admiten otras personas a las que se dirige el propio orador. De esta forma, la argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector de un carácter apremiante de las razones aducidas de su evidencia, de

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 50 y 51.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 14.

su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas.<sup>33</sup>

El objetivo de la argumentación es provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento; una argumentación eficaz es la que consigue aumentar esta intensidad de adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (acción positiva o abstención) o, al menos, que cree en ellos una predisposición que se manifiesta en el momento oportuno.<sup>34</sup>

### 2. *Las clases de argumentos desde la perspectiva de Perelman y Olbrechts*

Perelman y Olbrechts consideran que el discurso es un acto que, como todo acto, puede ser objeto de una reflexión por parte del oyente. Mientras el orador argumenta, el oyente se sentirá inclinado a argumentar espontáneamente, con el fin de adoptar una postura. El oyente que percibe los argumentos no sólo puede comprenderlos a su manera, sino que además es el autor de nuevos argumentos espontáneos. Teniendo en cuenta esta superposición de argumentación, se llegará a explicar lo mejor posible el efecto práctico, efectivo, de la argumentación.<sup>35</sup>

Perelman y Olbrechts analizaron los argumentos cuasi lógicos, los cuales se comprenden lo mejor posible aproximándose al pensamiento formal, y los argumentos basados en la estructura de lo real que se presentan conformes a la naturaleza misma de las cosas.

### 3. *Los argumentos cuasilógicos*

Son aquellos que pretenden cierta forma de convicción en la medida que se presentan como comparables a razonamientos formales, lógicos o matemáticos. Sólo un esfuerzo de reducción o de precisión, de naturaleza no formal, permite dar a estos argumentos una apariencia demostrativa, por eso se les denomina precisamente cuasi lógicos. Las características son

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72. El auditorio universal, para Perelman, lo constituye cada uno a partir de lo que se sabe de sus semejantes, de manera que trascienden las pocas oposiciones de las que tiene consciencia. Así, cada individuo posee su propia concepción del auditorio universal.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 298-300.

el esquema formal en cuya semejanza se construye el argumento y, luego, las operaciones de reducción que permiten insertar los datos en dicho esquema y que tienden a hacerlos comparables, semejante, homogéneos.

Lo que distingue a la argumentación cuasi lógica es su carácter no formal y el esfuerzo de pensamiento que necesita su reducción a lo formal. Esta argumentación se presentará de forma más o menos explícita; unas veces el orador designará los razonamientos formales a los que se refiere, prevaleciéndose del prestigio del pensamiento lógico, otras, dichos razonamientos sólo consistirán en una trama subyacente.<sup>36</sup>

La crítica de un argumento tenderá a pretender que la que tiene delante le compete a la lógica. La acusación de cometer una falta de lógica es, a menudo, una argumentación cuasi lógica<sup>37</sup>. Entre los argumentos cuasi lógicos, están aquellos que apelan estructuras lógicas (contradicción, identidad total o parcial, transitividad), también aquellos que recurren a relaciones matemáticas (relación de la parte, con el todo, de lo menor con lo mayor, relación de frecuencia).<sup>38</sup>

#### 4. *El ridículo y su papel en la argumentación*

Una afirmación es ridícula en cuanto entra en conflicto, sin justificación alguna, con una opinión admitida, es ridículo quien peca contra la lógica o se equivoca en el enunciado de los hechos, con la condición de que no se le considere un alienado o un ser al que ningún acto amenazaría con descalificarlo porque no disfruta del más mínimo crédito. El ridículo “desempeña en la argumentación, un papel análogo al del absurdo en la demostración, no obstante, se puede arrostrar el ridículo, oponiéndose resueltamente a una regla admitida de manera habitual”.<sup>39</sup>

#### 5. *La regla de la justicia*

La regla de la justicia exige la aplicación de un tratamiento idéntico a seres o a situaciones que se integran en una misma categoría. La racionalidad de esta regla para Perelman y la validez que se le reconoce se relacionan

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 303-305.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 326.

con el principio de inercia, del cual resulta, sobre todo, la importancia que se le concede al precedente.<sup>40</sup>

Perelman y Olbrechts-Tyteca señalan que

la regla de justicia reconoce el valor argumentativo de lo que uno de entre nosotros ha llamado la justicia formal, según la cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera. La justicia formal no precisa, ni cuándo dos objetos forman parte de una misma categoría esencial, ni cuál es el tratamiento que se les ha de dar.<sup>41</sup>

### 6. *Argumentos de reciprocidad*

Estos argumentos pretenden aplicar el mismo tratamiento a dos situaciones que forman pareja. La identificación de las situaciones, necesaria para que sea aplicable la regla de justicia, es aquí indirecta, en el sentido en que se requiere la intervención de la simetría.<sup>42</sup>

En la lógica formal, una relación es simétrica cuando su conversa es idéntica, es decir, cuando se puede afirmar la misma relación entre  $b$  y  $a$  que entre  $a$  y  $b$ , por tanto, puede invertirse el orden del antecedente. Los argumentos de reciprocidad realiza la asimilación de situaciones considerando que ciertas relaciones son simétricas. Esta intervención de la simetría introduce dificultades concretas en la aplicación de la justicia. Pero, por otro lado, la simetría facilita la identificación entre los actos, acontecimientos, de los seres. Porque hace hincapié en un aspecto que parece imponerse con motivo de la simetría resaltada.<sup>43</sup>

### 7. *Argumentos de transitividad*

La transitividad es entendida por Perelman y Olbrechts-Tyteca como “una propiedad de ciertas relaciones que permite pasar de la afirmación de que existe la misma relación entre los términos  $a$  y  $b$  entre los términos  $b$  y  $c$ , a la conclusión de que también existe entre  $a$  y  $c$ ; las relaciones de igualdad,

---

<sup>40</sup> Perelman también considera que la regla de justicia para constituir el fundamento de una demostración rigurosa, los objetos a los cuales se aplica habrían debido ser idénticos, es decir, completamente intercambiables. *Ibidem*, p. 340.

<sup>41</sup> *Ibidem* p. 314.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> *Ibidem* p. 343.

superioridad, inclusión, ascendencia son relaciones transitivas”.<sup>44</sup> La transitividad de una relación autoriza demostraciones en forma, pero cuando la transitividad es cuestionable o cuando su afirmación exige modificaciones, precisiones, el argumento de transitividad es de estructura cuasi lógica.

## V. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE STEPHEN TOULMIN

Para Toulmin, en opinión de Manuel Atienza, la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con cómo los hombres piensan, argumentan e infieren hechos, pero en ningún momento considera que la lógica formal deductiva no pueda trasladarse al campo de la razón práctica; además, indica que la lógica no permite dar cuenta de la mayor parte de los argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito, incluido el de la ciencia.<sup>45</sup> Toulmin considera que, en realidad, el único campo para el que sería adecuada la concepción de la argumentación que maneja la lógica es el de la matemática pura.<sup>46</sup>

El inicio del pensamiento de Toulmin es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros en favor de lo que hacemos, pensamos o decimos, y aun cuando exista una gran variedad de usos del lenguaje, se puede distinguir entre un uso instrumental y un uso argumentativo. El primero se refiere al hecho de que las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos sin necesidad de dar razones adicionales; en cambio, el uso argumentativo supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas.<sup>47</sup>

Toulmin considera que “las situaciones y problemas cambian con respecto a la argumentación de esta manera, el razonamiento cambia en relación con las situaciones y problemáticas, por ello, de esta forma, es posible plantear algunas cuestiones que son comunes”,<sup>48</sup> una de ellas es la de cuál es la estructura de los argumentos, esto es, de qué elementos se componen los elementos, qué funciones cumplen dichos elementos y cómo se relacionan entre sí; otra es la de la fuerza de esos argumentos.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem* p. 353.

<sup>45</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 81.

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Ibidem* p. 83.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Idem.*

En opinión de Toulmin, en un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos: *la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo*; el primero significa el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación, el segundo se da cuando, al comienzo de la argumentación, un proponente tiene un oponente que le cuestiona su pretensión, en todo caso el proponente tendrá que dar razones a favor de su pretensión; el tercero surge cuando el oponente discute de nuevo los hechos de la pretensión, inclusive en caso de aceptarlos, puede exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión.<sup>50</sup> Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía del argumento.

La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento del que se trate, que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza. Las garantías constituyen, en todo caso, reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; por último, el respaldo se refiere al hecho de que “una garantía para el argumento del proponente no siempre es suficiente, pues en ocasiones será necesario mostrar también que la garantía resulta válida, relevante y con suficiente peso, para ello, el proponente deberá demostrar que su garantía es superior a cualquier otra”.<sup>51</sup>

Toulmin distingue entre argumentos sustanciales y argumentos analíticos, este último, es “aquél argumento sí y sólo sí el respaldo para la garantía que autoriza el paso incluye explícita o implícitamente la información expresada en la conclusión”.<sup>52</sup> Aunque considera Toulmin que la mayor parte de los argumentos que se efectúan en la práctica son argumentos sustanciales, cuya validez no deriva, pues, del hecho de que la conclusión sea más que una explicitación de lo contenido en las premisas.<sup>53</sup>

## VI. LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

La teoría de MacCormick se dice que es integradora porque trata de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa,

---

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>53</sup> *Idem.*



que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales y que se ubique entre una teoría del derecho ultrarracionalista y una irracionalista.<sup>54</sup>

Todo tipo de argumentación llámese práctica en general como la argumentación jurídica en particular, cumple una función de justificación de acuerdo con MacCormick. Esta función justificatoria está presente inclusive cuando la argumentación tiene como fin la persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados y, tratándose de la argumentación jurídica, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes.<sup>55</sup>

MacCormick parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación y sitúa su teoría de la argumentación jurídica en la última.<sup>56</sup> Pero lo anterior no significa que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que, al mismo tiempo, es descriptiva. Manuel Atienza señala que la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick “no trata de mostrar bajo que condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino pretende, además que las decisiones jurídicas de hecho se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo”.<sup>57</sup>

### 1. *La justificación deductiva de Neil MacCormick*

MacCormick considera que, en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son deductivas; sin embargo, advierte que la lógica determina la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal.<sup>58</sup>

Para MacCormick, la justificación deductiva tiene presupuestos y límites; un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido, sin detenerse a pensar en la naturaleza de dicho deber. Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las re-

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>57</sup> MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas por los tribunales de justicia británicos, considerando en lo fundamental, que el modelo puede extenderse a cualquier sistema jurídico. *Idem*.

<sup>58</sup> Al respecto Manuel Atienza señala que “la expresión lógica suele usarse al menos en dos sentidos distintos; en primer lugar, en un sentido técnico (el de la lógica deductiva) el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, con las inferencias. En un segundo sentido, la lógica viene a equivaler a justa”. *Ibidem*, pp. 110 y 111.

glas válidas, lo que significa aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces. Por otro lado, la justificación deductiva tiene sus límites en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas pueden plantear problemas.<sup>59</sup>

MacCormick señala que a los jueces se les pueden presentar tanto casos fáciles como difíciles, para lo cual plantea una división de casos difíciles, según se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica.

Los *problemas de interpretación* para MacCormick existen cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma admite más de una lectura; en cuanto a los *problemas de relevancia* existen cuando se plantean en cierto modo una cuestión previa de interpretación, o sea, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma aplicable al caso. Por su parte, los *problemas de prueba* se refieren al establecimiento de la premisa menor, pues probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado, sino que es un test de coherencia.<sup>60</sup>

Por último, MacCormick señala que los *problemas de calificación o de hechos secundarios* se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios, pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.<sup>61</sup>

## 2. La justificación en los casos difíciles de Neil MacCormick

MacCormick se plantea qué significado tiene argumentar jurídicamente cuando no basta la justificación deductiva. Este planteamiento lo realiza en relación con cuestiones normativas. Para esto señala que “justificar una decisión en un caso difícil significa cumplir... con el requisito de universalidad y... que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema”, es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia y en relación con el mundo.<sup>62</sup> Así mismo, MacCormick llama a este requisito

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 112 y 113.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 114 y 115. El requisito de universalidad en opinión de Manuel Atienza “también está implícito en la justificación deductiva, pues exige que para justificar una decisión normativa, se cuenta al menos con una premisa que sea la extensión de una norma general o de un principio”. Atienza también considera que MacCormick “reproduce el es-

*exigencia de justicia formal* que de hecho coincide con *la regla de la justicia formal* de Perelman y en su opinión tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado como sobre todo al futuro.<sup>63</sup>

### 3. *La consistencia y coherencia de la justificación según Neil MacCormick*

Lo manifestado anteriormente en la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick se conoce como justificación de primer nivel, que se conoce en otros términos como justificación interna, y el problema que se presenta es cómo justificar la elección de una u otra norma general, lo cual da lugar a una justificación de segundo nivel (o justificación externa).

MacCormick distingue entre *coherencia normativa* y *coherencia narrativa*. Una serie de normas, o una norma, es “coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria”.<sup>64</sup> La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad al permitir considerar a las normas no aisladamente, como conjuntos dotados de sentido, y porque promueve la certeza del derecho.<sup>65</sup>

La coherencia narrativa suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas, considerando Atienza que ese test justifica que se asuman unas creencias y se rechacen otras, en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional.<sup>66</sup>

Para MacCormick, en la idea de coherencia (coherencia normativa) se basan dos tipos de argumentos que tienen una función importante en la

---

quema de argumentación de Toulmin a favor de una pretensión o conclusión, pues hay que aducir no sólo razones concretas, sino también la garantía que permite el paso de las razones a la conclusión”. Cfr. Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 115.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> Citado por Atienza, Manuel, *op. cit.*, p.118.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>66</sup> *Idem.* Atienza considera que la coherencia normativa se trata de una justificación formalista y relativa al igual, que la coherencia narrativa a través del test, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se deriva de la percepción es incompleta y algunas percepciones engañosas. Pero así como tienen cierto paralelismo, también tienen una diferencia: la coherencia narrativa justifica creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él; mientras que en la coherencia normativa no hay que pensar en la existencia de algún tipo de verdad última, objetiva independiente de los hombres.

resolución de casos difíciles: los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía. Estos principios se caracterizan, primero, porque son normas generales las que hacen que tengan una función explicativa; en segundo, porque tienen un valor positivo, lo que hace que tengan una función de justificación.<sup>67</sup> De tal manera, la diferencia entre las reglas y los principios radica en que las primeras tienden a asegurar un fin valioso, algún modelo general de conducta deseable; los principios, por su parte, expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta.<sup>68</sup> Considera MacCormick que en la justificación de una decisión en los casos difíciles lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios y argumentos consecuencialistas, lo que resulta decisivo son los argumentos consecuencialistas, es decir, la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista.<sup>69</sup>

## VII. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE ROBERT ALEXY

En opinión de Manuel Atienza e Isabel Espejo, traductores de la obra *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy, el desarrollo de esta teoría tiene como “fin común, el de construir modelos de racionalidad que sirvan como guía para la toma de decisiones jurídicas”.<sup>70</sup> Los mismos traductores se refieren a Neumann, en el sentido de que éste señala que las teorías de la argumentación jurídica

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>68</sup> En opinión de Manuel Atienza, los principios se consideran necesarios para justificar una decisión en un acto difícil, pero un argumento basado en algún principio no tiene carácter concluyente, también señala Atienza que “los argumentos por analogía poseen también ese mismo carácter inconcluyente, pues argumentar a partir de principios y por analogía no son cosas muy distintas”. La analogía no sería más “que un supuesto de uso no explícito de principios. La analogía presupone también la coherencia del derecho, e implica siempre un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen en razones de principio”. *Idem*.

<sup>69</sup> Para determinar que es una consecuencia y consecuencialismo, Atienza señala que es menester distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo unos y otros resultado. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él. Mientras que los argumentos *consecuencialistas* son, en general, hipotéticos, pero no *probabilistas*. A este tipo de consecuencias le denomina MacCormick consecuencias jurídicas. *Ibidem*, pp. 122-124.

<sup>70</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 3a. ed., Lima, Palestra, 2017, p. 19.

se sitúan en el punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo; su problema fundamental, el de cómo fundamentar las decisiones jurídicas, es un problema que no se ha planteado desde las otras concepciones: para unos, los deterministas, porque sería innecesario hacerlo; para otros, los decisionistas, porque sería imposible.<sup>71</sup>

La tesis central de Alexy es que “la argumentación jurídica debe considerarse, en todas sus instancias, como un caso especial del discurso práctico racional, del discurso moral”.<sup>72</sup> Alexy considera que hay tipos de discusiones jurídicas que son distintas; no es lo mismo una discusión de la ciencia jurídica, por ejemplo, de la deliberación de los jueces entre juristas, o sobre problemas jurídicos en que aparezcan argumentos jurídicos.<sup>73</sup> Las diferencias entre estas formas de discusiones, que a su vez pueden dividirse en muchas subcategorías, son varias; pero también existe una semejanza, un aspecto común consiste en que en todas las formas se argumentan jurídicamente. De esta manera, Alexy señala “que la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera determinarse al Derecho vigente”.<sup>74</sup>

El núcleo central de la tesis del caso especial consiste en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas sean más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente pueden ser racionalmente fundamentadas.<sup>75</sup>

### 1. *Los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica de Robert Alexy*

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones judiciales. Los dos aspectos que distinguen esta justificación son: la justificación interna y la justificación externa. En la primera, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; en la segunda justificación, el objeto es la corrección de estas premisas.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 21. En el prólogo de la obra de Robert Alexy, Manuel Atienza señala que esa es la tesis central de Alexy, después de analizar la obra y referir que la misma tiene ideas propias y ajenas, sobre todo, las ideas de Jürgen Habermas, que es la principal fuente de su teoría.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>76</sup> *Idem.*

En la justificación interna, los problemas ligados con ésta han sido discutidos bajo el rótulo de silogismo jurídico, pero ahora se aplican los métodos de la lógica moderna.<sup>77</sup> Las formas de la justificación interna no pretenden reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hechos por los órganos decisorios. Hay que distinguir entre el proceso de descubrimiento y el proceso de justificación.<sup>78</sup>

En la justificación externa, su objeto es la fundamentación las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Distinguiéndose: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados ni reglas de derecho positivo.<sup>79</sup>

De acuerdo con Robert Alexy, los diferentes tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico, en la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de la ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso; para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados ni reglas de derecho positivo, sirve lo que puede designarse como argumentación jurídica.<sup>80</sup> Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa las clasifica Alexy en seis grupos: “reglas y formas de interpretación, de la argumentación dogmática, del uso de precedentes, de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica y las formas especiales de argumentos jurídicos”. Señalando Alexy que si uno quisiera se podría designar estos grupos con una sola palabra: ley, dogmática, precedente; razón, empirie y formas especiales de argumentos jurídicos.<sup>81</sup>

## 2. La fórmula del peso de Robert Alexy

Afirma Alexy que existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: *la subsunción y la ponderación*; sin embargo, mientras la subsunción ha sido investigada, la ponderación tiene muchas preguntas que responder. Existen tres problemas básicos en cuanto a la ponderación: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos proble-

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 318.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 218 y 219.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 220.

mas existen vínculos estrechos, por ejemplo, la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Por su parte, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad, el problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, un problema central de la ponderación en el derecho.<sup>82</sup>

Robert Alexy delimita una diferenciación entre principio y regla, para el efecto de la ponderación, señala que “las reglas son normalmente relatos objetivos, descriptivos de determinadas conductas y aplicables a un conjunto delimitado de situaciones”.<sup>83</sup> De ofrecerse la hipótesis prevista en su relato, la regla se debe incluir, por el mecanismo tradicional de la subsunción; se encuadran entonces los hechos en la previsión abstracta y se deduce una conclusión.<sup>84</sup>

Los principios, por su parte, predeterminan la realidad con un mayor grado de abstracción, no especifican la conducta que tiene que ser seguida y se aplican a un conjunto amplio, a veces indeterminado de situaciones. Los principios frecuentemente entran en tensión dialéctica marcando varias direcciones. Por esta razón, su aplicación requiere de la ponderación: a la vista del caso concreto, el intérprete deberá valorar el peso que cada principio haya de desempeñar en el supuesto, mediante concesiones recíprocas y preservando el máximo de cada uno de ellos en la medida de lo posible.<sup>85</sup>

Para Robert Alexy, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, éstas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas a través de otras, tales como *lex posterior derogat legi priori*<sup>86</sup> o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas. El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> Cfr. Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, 2007, p. 5.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 6.

peso específico; en este sentido, Alexy señala que bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro, a esto llama ley de colisión.<sup>87</sup>

La ley de la colisión es importante en su teoría, ya que refleja que los principios, en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia y, en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.<sup>88</sup> Para que la ponderación entre distintos principios siga siendo racional, Alexy formula una ley de ponderación que define como: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>89</sup>

La ley de ponderación puede ser fragmentada en tres etapas: la primera establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio; la segunda etapa establece la importancia de satisfacer el principio opuesto y la tercera establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero.<sup>90</sup>

La fórmula del peso es el esquema deductivo del sistema de ponderación a partir del cual se podría inferir la solución correcta. En la fórmula entra en juego el método de ponderación entre dos principios y el peso que determina la aplicación de un principio se infiere de la intensidad de intervención del principio y la importancia del principio en colisión.<sup>91</sup> La fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimiento dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí. La ponderación también está conectada con el discurso; sin él, la ponderación no sería posible.<sup>92</sup>

## VIII. LAS REFLEXIONES DE SERAFÍN ORTIZ ORTIZ SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO

Uno de los pioneros en la argumentación jurídica, el doctor Serafín Ortiz Ortiz, al analizar la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, ha señalado que la teoría se construye desde un punto de partida que es el tema interpretativo y, si bien el decisionismo judicial emplea como métodos el ana-

---

<sup>87</sup> *Idem.*

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> *Ibidem* p. 7.

<sup>90</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 5.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>92</sup> *Ibidem* p. 10.



lítico y el hermenéutico, el método dogmático se mira como sinónimo de jurisprudencia técnica.<sup>93</sup> De entrada, para el doctor Seraffín esos métodos pueden coexistir y lo más recomendable es que se empleen en el tema de la interpretación, porque tiene diversos alcances el método analítico, ya que se basa su premisa en la descomposición del fenómeno en sus partes. En cambio, el método dogmático tiene ciertas reglas, pero sobresale “el significado de conceptos y la construcción teórica, pero también debe emplearse el método de la hermenéutica, que se refiere al enfoque valorativo del derecho”. De tal manera, lo necesario o más recomendable tendría que plantearse como la asunción de los tres métodos de interpretación de las normas.<sup>94</sup>

La argumentación dogmática es la segunda regla en lo que se refiere a la argumentación jurídica; la primera “es un esfuerzo de síntesis, es una idea didáctica que se refiere a la ciencia. La argumentación jurídica se nutre de la ciencia del derecho, en forma particular de la doctrina, para que el juez pueda soportar una decisión con elementos científicos”.<sup>95</sup>

La tercera regla es el uso del precedente y se refiere específicamente a la jurisprudencia, la cual en nuestro país es imprescindible porque es obligatoria. Por ello, “las decisiones judiciales deben tener un referente en la jurisprudencia. Y el uso del precedente sirve para darle consistencia a la primera. La jurisprudencia constituye una vía de interpretación que solventa los problemas de las lagunas legales”.<sup>96</sup>

Por último, el doctor Seraffín Ortiz señala que las reglas de la argumentación jurídica recorriendo estas tres expectativas, “cimientan piezas en el argumentista y desde luego en la argumentación”.<sup>97</sup> La argumentación jurídica se construye entonces para “casos difíciles, más allá de los ejercicios de subsunción”; se piensa entonces en un juez creativo antes que un juez cognoscitivo, en un juez que decide valorando, tomando el precedente, apoyándose en la ciencia y que ha encontrado los métodos para la interpretación adecuada,<sup>98</sup> lo cual debe ser observado en nuestro país, para la justificación necesaria en sus decisiones judiciales, sólo de esta manera tendremos un verdadero respeto a nuestros derechos y estaremos ante un Estado constitucional de derecho.<sup>99</sup>

---

<sup>93</sup> Ortiz Ortiz, Seraffín, *op. cit.*, p. 106.

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> *Idem.*

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>99</sup> *Idem.*

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 3a. ed., Lima, Palestra Editores, 2017.
- ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, 2007.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2008.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2010.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014.
- PERELMAN, Chaim y OLBRECHTZ-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2011.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

LOS “TRES NIVELES EPISTEMOLÓGICOS  
DEL DERECHO”: ¿UNA METODOLOGÍA  
O UNA TEORÍA DEL DERECHO?  
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE METODOLOGÍA  
Y TEORÍA JURÍDICAS EN LA OBRA  
DE SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

Omar VÁZQUEZ SÁNCHEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción: ¿una metodología o una teoría del derecho?* II. *Una aproximación a los “tres niveles epistemológicos del derecho”.* III. *Diferencias y deferencias: “la teoría tridimensional del derecho”.* III. *¿Los tres niveles epistemológicos como una teoría jurídica?* IV. *¿Los tres niveles epistemológicos como una metodología jurídica?* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN:  
¿UNA METODOLOGÍA O UNA TEORÍA DEL DERECHO?

A través de la expresión “niveles epistemológicos del derecho”,<sup>1</sup> Serafín Ortiz Ortiz (2017, 2a. ed.) nos ofreció una categoría no sólo para analizar el derecho, sino también para definirlo. En este documento, examinaré dicha categoría con el fin de determinar su utilidad tanto en el plano teórico como en el plano metodológico. Al final de este análisis se afirma que los niveles epistemológicos del derecho tienen una utilidad significativa en el campo de la metodología jurídica, puesto que la complejidad del derecho supone analizarlo e investigarlo desde muy diversas perspectivas; especialmente, desde los tres niveles epistemológicos del derecho: valor, norma y hecho.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Profesor del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJUREP) de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. o.vazquez@uatx.mx

<sup>1</sup> Los antecedentes de esta expresión pueden encontrarse en “Epistemología y argumentación jurídica en el constitucionalismo”, artículo publicado en la *Revista Summa*, núm. 5, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala en 2004; aunque, como señala el autor de referencia, dicha categoría fue presentada desde 1994.

Para este fin procederé del siguiente modo: en el tema II describiré la concepción que el profesor Ortiz Ortiz ha realizado de los niveles epistemológicos del derecho; en el tema III, dado que la categoría-objeto de este análisis tiene relación con otras expresiones (especialmente, con la “teoría tridimensional del derecho”), distinguiré estas categorías; en los temas IV y V, analizaré los niveles epistemológicos del derecho como teoría y como metodología jurídicas, respectivamente; en el tema VI, concluiré.

Este texto tiene como objetivo fundamental contribuir al homenaje que la Universidad Autónoma de Tlaxcala (UATx) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) rinden al doctor Serafín Ortiz Ortiz. Por distintos motivos pero fundamentalmente por la amistad y el apoyo que he recibido del homenajeado, para mí es muy significativo participar en esta obra colectiva. Si de algún modo el foro jurídico tlaxcalteca ha tenido un desarrollo en los últimos años, se debe en gran medida a la labor de nuestro homenajeado; por esta razón, honrar el trabajo académico del profesor Ortiz implica reconocer la gran labor que ha realizado por la ciencia jurídica tlaxcalteca.

## II. UNA APROXIMACIÓN A “LOS TRES NIVELES EPISTEMOLÓGICOS DEL DERECHO”

Para Serafín Ortiz Ortiz (en adelante, SOO) (2017: 1), el derecho está integrado por tres elementos: valores, normas y hechos. El derecho, dice nuestro autor, “se parece mucho a una pirámide, tiene tres caras; no es plano, no es como una hoja; el derecho es, en definitiva, tridimensional”.

La “tridimensionalidad” del derecho es una idea que, como veremos en el siguiente apartado, ha sido desarrollada por distintos autores con diversos fines.<sup>2</sup> Sin embargo, para Ortiz Ortiz, la tridimensionalidad del derecho es un punto de partida para desarrollar la idea de los tres niveles epistemológicos del derecho. En efecto, para este autor, en el fenómeno jurídico se pueden identificar tres grandes niveles: el de los valores, el de las normas y el de los hechos. Así, afirma nuestro autor (2017: 2), “el Derecho tiene tres niveles epistemológicos, y es en esos niveles donde el jurista necesariamente ha de desplazarse”.

Específicamente, para SOO (2017: 3-11), el primer nivel, el valorativo, está vinculado al iusnaturalismo como concepción jurídica; en este nivel,

---

<sup>2</sup> Al respecto, véase Murillo de la Cueva y Lerdo de Tejada, María del Carmen, *En torno al tridimensionalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1997.

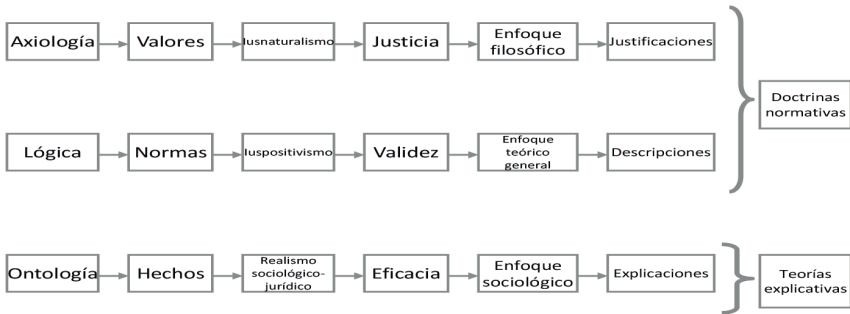
asumiendo un enfoque filosófico-axiológico, los juristas reflexionan sobre la justicia, con el fin de ofrecer justificaciones sobre el fenómeno jurídico.

El segundo nivel, el normativo, tiene como referente al iuspositivismo; en este nivel, desde un enfoque lógico y teórico-general, se aborda la validez del derecho con el fin de ofrecer descripciones, fundamentalmente, de las normas jurídicas.

En el tercer nivel, el fáctico, uno de los temas más importantes lo constituye la eficacia del derecho, de modo que, desde un enfoque sociológico y ontológico, los realistas jurídicos tienen como objetivo ofrecer explicaciones acerca del fenómeno jurídico.

Este es el esquema que, en su momento, SOO (2017: 3) nos ofreció de los niveles epistemológicos del derecho, a saber:

NIVELES EPISTEMOLÓGICOS DEL DERECHO  
 SERAFÍN ORTIZ ORTIZ (1993)



Ahora bien, es importante señalar que, de acuerdo con SOO, los niveles epistemológicos del derecho, en los últimos años, han presentado algunas variaciones a partir del proceso transformador que ha supuesto el cambio del Estado legislativo al Estado constitucional.<sup>3</sup>

Así, en el primer nivel, se ha transitado del iusnaturalismo a la hermenéutica jurídica; si bien, las discusiones sobre la justicia, de algún modo, siguen siendo referenciales en este nivel, sin embargo, de acuerdo con SOO, el trabajo de los hermeneutas está enfocado hacia la justificación de las decisiones legales, es decir, analizan las razones y argumentos que fundamentan a una decisión de autoridad.

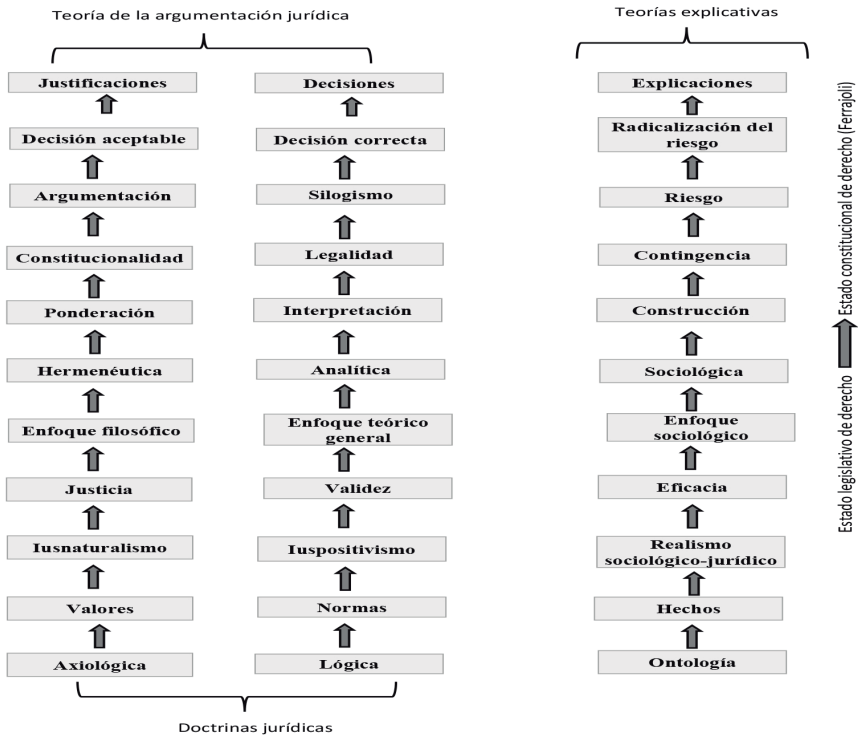
<sup>3</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.

En el segundo nivel, la teoría analítica del derecho, en algún sentido, ha superado al positivismo jurídico, de modo que en este nivel, contemporáneamente, es importante establecer distinciones en relación con el lenguaje jurídico, pues éste es el elemento más importante para el trabajo de la corriente analítica del derecho.

Finalmente, en el tercer nivel se ha transitado de la corriente filosófica del realismo jurídico a la sociología jurídica; desde esta disciplina se observa el fenómeno jurídico a partir de sus causas y efectos.

Para una mejor comprensión de los tres niveles epistemológicos de SOO (2017: 18), así como de la trayectoria y transformación que cada nivel ha experimentado en los últimos años, me permito incorporar el esquema que nuestro autor nos ha ofrecido sobre esta cuestión, a saber:

NIVELES EPISTEMOLÓGICOS DEL DERECHO  
 SERAFÍN ORTIZ ORTIZ (2014)



### III. DIFERENCIAS Y DEFERENCIAS: “LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO”

Los tres niveles epistemológicos del derecho de SOO, como pudimos observar, guardan una estrecha relación con otras categorías jurídicas. Especialmente, hay una clara relación con la teoría tridimensional del derecho.

El tridimensionalismo jurídico se ha estudiado en distintos contextos y por distintos autores.<sup>4</sup> En Alemania, por ejemplo, fue abordado como “perspectivismo jurídico”, con autores como Werner Goldschmidt,<sup>5</sup> Artur Kauffmann<sup>6</sup> o Gustav Radbruch;<sup>7</sup> en Italia esta idea fue desarrollada, por ejemplo, por Giorgio del Vecchio;<sup>8</sup> en Francia dicha concepción del derecho fue asumida por Paul Roubier;<sup>9</sup> y por supuesto en México se aprecia este enfoque en los trabajos de Eduardo García Máynez<sup>10</sup> y Luis Recasens Siches.<sup>11</sup>

La teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale es, sin embargo, la explicación más afortunada del tridimensionalismo jurídico. Por esta razón, nos detendremos, brevemente, a analizar algunas ideas de Reale, con el fin de señalar algunas semejanzas, pero también algunas diferencias en relación a los tres niveles epistemológicos del derecho de Ortiz Ortiz.

Para Reale (2017: 119), como se sabe, el derecho es tridimensional. Específicamente, afirma este autor:

El Derecho es una realidad, digámoslo así, trivalente, o, en otras palabras, tridimensional. Tiene tres sabores que no pueden ser separados unos de los otros. El Derecho es siempre hecho, valor y norma, para quien quiera que lo estudie, dándose tan sólo una variación en el ángulo o prisma de investigación. La diferencia es, pues, de orden metodológico, según el objetivo que se tenga en mente alcanzar.

---

<sup>4</sup> Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

<sup>5</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho: la teoría tridimensional del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 6 y ss.

<sup>6</sup> Kaufmann, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 8 y ss.

<sup>7</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 12 y ss.

<sup>8</sup> Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Madrid, Bosch, 1935.

<sup>9</sup> Citado en Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 52.

<sup>10</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53a ed., México, Porrúa, 2002.

<sup>11</sup> Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, 20a. ed., México, Porrúa, 2010.

Como puede verse, para el profesor brasileño, el tridimensionalismo jurídico es tanto una teoría jurídica, esto es, una explicación del fenómeno jurídico, como una metodología jurídica, es decir, una herramienta para la investigación de ese fenómeno. Dicho de otro modo, la teoría de Reale pretende dar respuesta a dos preguntas, por un lado, ¿qué es derecho?, y por otro, ¿cómo y por qué se afirma qué es derecho? Así, para Reale (1997: 13), como se ha dicho, “el Derecho es una integración normativa de hechos según valores”; ahora bien, la investigación de los tres elementos que “esencialmente” integran la estructura del derecho están a cargo de tres disciplinas, por un lado, la filosofía del derecho, cuya misión es la “compresión axiológica de hechos en función de normas”, por otro lado, la sociología del derecho, que tiene como misión la “compresión factual de normas en función de valores” y, finalmente, la ciencia del derecho, que busca la “compresión normativa de hechos en función de valores”.

Tras este brevísimo repaso a las ideas de Reale, estamos en condición de efectuar un análisis a su teoría tridimensional del derecho y a los tres niveles epistemológicos de SOO, con el fin de mostrar sus semejanzas pero también sus diferencias.

Hay, al menos, dos diferencias fundamentales entre la teoría tridimensional y los tres niveles epistemológicos, a saber: primero, el recorrido y explicación que ha realizado SOO de los niveles epistemológicos del derecho nos permite advertir que, en efecto, el fenómeno jurídico no es estático, sino que está en constante transformación, de modo que, para dar cuenta de esos cambios, el jurista necesita estar atento al desarrollo de cada nivel epistemológico, pues los elementos que los componen han, en algún sentido, evolucionado. Segundo, si bien tanto Reale como Ortiz afirman la tridimensionalidad del derecho como una forma de definir al derecho, me parece que, por un lado, Reale al insistir en la inseparabilidad de los elementos que integran la tridimensionalidad —hecho, valor y norma—, deja de observar que esos tres elementos coexisten, de modo que, como afirma SOO, el hecho, el valor y la norma no se excluyen, mas tampoco se implican necesariamente; en definitiva, hecho, valor y norma interactúan dinámica y dialécticamente.

Por otro lado, es importante advertir que ambas corrientes iusfilosóficas forman parte de un conjunto de teorías que explican y analizan el fenómeno jurídico a partir de tres dimensiones: valor, norma y hecho. Además, ambas corrientes jurídicas intentan explicar y analizar al derecho, esto es, son teorías y metodologías acerca del derecho.

A continuación, de manera más específica, me ocuparé de los niveles epistemológicos del derecho de SOO desde un punto de vista teórico y me-



todológico con el fin de determinar su utilidad, precisamente, en esos dos ámbitos.

#### IV. ¿LOS NIVELES EPISTEMOLÓGICOS COMO UNA TEORÍA JURÍDICA?

De acuerdo con Manuel Atienza (2001: 273), una teoría jurídica debe ser capaz de ofrecer una respuesta a todas —o, al menos, a la mayor parte— de estas cuestiones sobre el derecho: ¿por qué existe?, ¿en qué medida consiste en normas?, ¿qué relación guarda con el poder o con la moral?, ¿para qué sirve?, ¿qué funciones sociales cumple?, ¿cómo debería ser?, ¿qué objetivos y valores deben y pueden alcanzarse con él?, ¿cómo puede conocerse? y ¿de qué manera ha de construirse una ciencia jurídica?, etcétera.

En este sentido, es importante preguntarnos si los niveles epistemológicos del derecho pueden ser considerados como una teoría jurídica. Para su creador, esta cuestión deber ser contestada afirmativamente, pues a través de los niveles epistemológicos del derecho podemos explicar el concepto y la naturaleza de éste. Específicamente, estos niveles nos permiten dar respuesta a preguntas como ¿cuál es el fin del derecho?, ¿qué es el derecho? y ¿cuál es la función del derecho? Así, el estudio y comprensión del derecho tiene que ver con los valores, con las normas y con los hechos. De modo que, desde un punto de vista metateórico, los niveles epistemológicos del derecho pueden considerarse como una teoría jurídica.

Sin embargo, sobre el concepto y la naturaleza del derecho, por más de dos milenios, dos tendencias han competido por su dominio teórico: el positivismo y el no-positivismo. Específicamente, estas dos corrientes jurídicas suelen debatir sobre la relación entre derecho y moral. De acuerdo con Robert Alexy (2013: 15-23), la relación entre derecho y moral, en efecto, puede ser analizada desde esas dos perspectivas, ya que, por un lado, los positivistas afirman la tesis de la separación, mas, por otro lado, los no-positivistas afirman la tesis de la conexión; específicamente, la tesis de la separación implica que no hay conexión necesaria entre el derecho tal como es y el derecho como debe ser (esta tesis, según este autor, puede tener una formulación más precisa, quedando de este modo: no hay una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o la corrección moral por el otro); por su parte, la tesis de la conexión defiende que hay una vinculación necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o corrección moral por el otro. Para Alexy, esto supone que, con el fin de determinar el concepto y

la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas están limitadas a dos elementos, a saber: a la expedición autoritativa y a la eficacia social; por su parte, las teorías no positivistas incluyen un tercer elemento: la corrección del contenido.<sup>12</sup>

No obstante, para Robert Alexy, aunque no sólo para él,<sup>13</sup> tanto el positivismo como el no-positivismo pueden adoptar distintas formas. Así, el positivismo puede distinguirse entre incluyente y excluyente; este último sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho, mientras que el primero sostiene que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida; así, para el positivismo jurídico incluyente, la inclusión de la moral al derecho es una cuestión contingente o convencional dependiendo de lo que el derecho positivo, de hecho, establece. De ahí que la relación entre derecho y moral, tanto para el positivismo incluyente, como para el positivismo excluyente, esté determinada por lo que es expedido autoritativamente y es socialmente eficaz. Finalmente, el positivismo incluyente es una forma de positivismo, ya que dicha versión del positivismo afirma, que la decisión inicial en un sistema jurídico particular, de incluir la moral en el derecho, es contingente o convencional, esto es, está determinada por ciertos hechos sociales.

Por otro lado, para el profesor de la Universidad de Kiel, el no-positivismo es una tendencia jurídica contraria a las distintas formas de positivismo: frente al positivismo excluyente, porque la moral no está necesariamente excluida; frente al positivismo incluyente, porque la moral está necesariamente incluida. Ahora bien, el no-positivismo puede adquirir distintas formas, dependiendo de los diferentes efectos que en relación a la validez jurídica son atribuibles a los defectos morales.

---

<sup>12</sup> De acuerdo con Alexy (2013, el “argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales, así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección”. Así, para Alexy, esta pretensión de corrección está “necesariamente implícita en el Derecho” y es independiente de los operadores jurídicos. Finalmente, para este autor, el argumento de la corrección es evidente, por ejemplo, en las cuestiones acerca de la correcta distribución y compensación, ya que éstas son cuestiones de justicia y, a su vez, éstas son cuestiones morales. “De esta forma — afirma Alexy—, la textura abierta del derecho tomada junto con la naturaleza de las cuestiones jurídicas implica que la pretensión de corrección formulada en la toma de decisiones jurídicas necesariamente se refiere no sólo a razones autoritativas o basadas en fuentes de validez jurídica, sino también a razones morales. Esto implica que la pretensión de corrección necesariamente planteada en el derecho conduce a la necesaria inclusión de la moral en el concepto de Derecho”.

<sup>13</sup> También, véase el ya citado trabajo de José Juan Moreso (2015) sobre el “positivismo jurídico contemporáneo”.

Así, de acuerdo con Alexy, existirían tres formas de no-positivismo: la primera implica que todo defecto moral produce invalidez; por esta razón, ésta es la versión “más radical” del no positivismo. Para Alexy, a esta forma de no-positivismo se le puede denominar “no-positivismo excluyente” con el fin de expresar la idea de que todos y cada uno de los defectos morales excluyen la validez jurídica. El no positivismo excluyente fue defendido por autores clásicos como Agustín de Hipona,<sup>14</sup> aunque también contemporáneamente tendría algunos defensores;<sup>15</sup> finalmente esta forma de no positivismo puede excluir, en los casos en los que surgen defectos morales, la referencia a hechos sociales de las fuentes del derecho.

La segunda versión del no-positivismo, que es la versión radicalmente opuesta al no-positivismo excluyente, es el “no-positivismo súper-incluyente”. Éste, en el discurso de Alexy, implica que la validez jurídica no se ve afectada de ninguna manera por cualquier defecto moral; aunque esta definición, afirma Alexy, pudiera generar la idea “engañosa” de que dicha forma de no-positivismo es más bien una versión del positivismo, sin embargo, el no-positivismo súper-incluyente es una forma de no-positivismo por las razones siguientes: primero, la distinción entre el derecho y la moral tendría dos versiones: una clasificatoria y otra calificatoria; segundo, esta distinción se realiza en virtud de los efectos derivados de los defectos morales, esto es, el efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de la validez jurídica; por el contrario, el efecto de una conexión calificatoria es la deficiencia jurídica, es decir, si bien en este caso no se socava la validez jurídica, no obstante, la deficiencia jurídica sí genera la posibilidad de que los jueces de apelación anulen sentencias injustas expedidas por los tribunales inferiores; por tanto, tercero, el no positivismo súper incluyente es una forma de no positivismo por el efecto de una conexión calificatoria entre derecho y moral. Finalmente, para Alexy, ejemplos de este tipo de no-positivismo, serían las afirmaciones de Tomás de Aquino<sup>16</sup> y John Finnis (1980: 364), cuando éste, por ejemplo, afirma que una “ley tiránica” “no es ley en el sentido focal del término «ley»”.

---

<sup>14</sup> Agustín de Hipona, en efecto, escribió esto: “una ley que no es justa no me parecería que sea una ley”, de modo que, para Robert Alexy, Agustín fue un defensor de este tipo de no-positivismo.

<sup>15</sup> Por ejemplo, según Robert Alexy, cuando Deryck Beylevell y Roger Brownsword (2001: 76) afirman que “las normas inmorales no son jurídicamente válidas”, entonces, asumen la tesis del no positivismo excluyente.

<sup>16</sup> De este autor, Alexy recupera la siguiente frase: “una ley tiránica es la ley, pero «no ley simpliciter»”, que en otras expresiones también se lee así (Moreso, 2015a): “lo que contradice la ley natural no es ley sino corrupción de ley”.

El no-positivismo, finalmente, tendría una tercera versión: “el no-positivismo incluyente”. Éste, de acuerdo con el autor analizado, se encuentra en una posición intermedia entre las dos versiones referidas del no-positivismo, ya que frente al no-positivismo excluyente afirma que no siempre los defectos morales socavan la validez jurídica, pero frente al no-positivismo súper-incluyente no sostiene que dichos defectos nunca socaven la validez jurídica, de modo que, concluye Alexy, el no-positivismo incluyente afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones. Para Alexy, Gustav Radbruch (2006: 7) expresó una fórmula que resume al no-positivismo incluyente, a saber: “la injusticia extrema no es Derecho”; esta expresión, en opinión de Alexy,<sup>17</sup> implica que los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede; así, la injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, es decir, se acepta como derecho válido pero defectuoso. El no-positivismo incluyente abarca así un grado considerable de positividad, ya que, por un lado, entraña un compromiso con aquello que ha sido expedido autoritativamente, además, por otro lado, es socialmente eficaz. Sin embargo, el no-positivismo incluyente es un no-positivismo, primero, porque establece una frontera exterior del derecho (que implica básicamente rechazar la tesis según la cual “cualquier contenido puede ser derecho”) y, segundo, porque determina una calificación del derecho inmoral o injusto no sólo moralmente, sino también como jurídicamente defectuoso. Finalmente, estos elementos del no-positivismo incluyente tendrían algunas consecuencias prácticas: respecto al establecimiento de una frontera exterior del derecho, es evidente —afirma Alexy— el uso de la fórmula de Radbruch por parte de los tribunales alemanes después de la Segunda Guerra Mundial y tras el colapso de la República Democrática Alemana en 1989; en relación con la calificación del derecho inmoral o injusto como defectuoso no sólo desde el punto de vista moral, sino también desde el punto de vista jurídico, la consecuencia sería que los tribunales de apelación adquieren la facultad de anular las sentencias injustas de los jueces inferiores debido a su deficiencia jurídica.

Pues bien, cuando se discute sobre el concepto y la naturaleza del derecho, como hemos visto, se discute sobre la relación entre derecho y moral, y sobre este debate, históricamente, han existido dos posiciones teóricas: el positivismo y el no positivismo. Ahora bien, las teorías tridimensionalistas del derecho —entre ellas, los niveles epistemológicos del derecho— han

---

<sup>17</sup> De hecho, como nos recuerda José Juan Moreso (2015a: 68), Robert Alexy ha recuperado para su propia teoría la tesis de Radbruch referida, véase Alexy, 1999.

tratado de superar la contraposición entre positivismo y no positivismo. Sin embargo, para dar cuenta del fenómeno jurídico, en muchas de las ocasiones, los argumentos de las teorías tridimensionalistas toman en cuenta los argumentos tanto positivistas como no positivistas, lo que me parece, impide la pretensión de superación de las visiones trialistas del derecho.

En cualquier caso, como afirma Manuel Atienza, las teorías contemporáneas del derecho —entre ellas, por supuesto, las trialistas— no deben plantearse en términos de ruptura, con respecto a las anteriores concepciones —especialmente, con el positivismo y el no positivismo—, más bien dichas teorías deben desarrollarse en términos de una continuidad. Y, en este sentido, creo que los niveles epistemológicos del derecho, como teoría jurídica, pretenden dar cuenta, justamente, de la continuidad entre los saberes jurídicos.

#### IV. ¿LOS TRES NIVELES EPISTEMOLÓGICOS COMO UNA METODOLOGÍA JURÍDICA?

En la literatura jurídica, metodología y derecho son dos tópicos analizados y desarrollados conjuntamente desde distintas perspectivas y con diversos intereses.<sup>18</sup> Sin embargo, en este momento nos referimos a la metodología jurídica como una disciplina que nos permite analizar los métodos de aproximación e investigación del fenómeno jurídico; específicamente, pretendemos analizar si los niveles epistemológicos del derecho pueden considerarse una metodología jurídica, esto es, una forma de aproximación e investigación sobre el derecho.

De acuerdo con SOO (2017: 3), todos los fenómenos jurídicos pueden estudiarse desde tres niveles epistemológicos: valores, normas y hechos. Por esta razón, para nuestro autor, la categoría “niveles epistemológicos del derecho”, puede contar como una metodología jurídica.

De hecho, para el autor referido (2017: 18) existen métodos específicos para cada nivel epistemológico; así, el “método hermenéutico” es útil para comprender valores y principios; el “método analítico” y el “método dogmático” para el estudio tanto de normas como de valores; y, finalmente, es posible inferir que los métodos de investigación social, por ejemplo, el histórico, el sociológico, etcétera, nos permiten comprender la dimensión fáctica del derecho.

---

<sup>18</sup> Un ejercicio muy simple de búsqueda de las expresiones “metodología” y “derecho” en algún catálogo bibliotecario puede constatar la impresionante variedad y cantidad de literatura que se ha generado en el mundo jurídico con esas dos palabras.

Es importante observar que, como afirman algunos autores tridimensionalistas, la existencia de esos tres puntos de vista (hecho, valor y norma) originan tres tipos diferentes de estudios jurídicos. En efecto, el estudio del derecho como valor implica analizar el fenómeno jurídico desde un enfoque axiológico o valorativo; el estudio del derecho como norma supone analizar el derecho desde un enfoque de teoría general de las normas, y el estudio del derecho como hecho suscita el estudio de la realidad a partir de descripciones fenomenológicas particulares.

En este sentido, la utilidad de los tres niveles epistemológicos de SOO es, me parece, más evidente en el campo de la metodología jurídica, pues es verdad que la mayoría de los fenómenos jurídicos admiten un análisis tridimensional; pensemos, por ejemplo, en los impuestos: ¿cuál es la función de los impuestos?, ¿qué son los impuestos? y ¿cuál es el fin de los impuestos?, o en la pena de muerte: ¿cuál es el fin de la pena de muerte?, ¿qué es la pena de muerte?, y ¿cuál es su función?, o en los derechos humanos: ¿cuál es el fin de los derechos humanos?, ¿qué son los derechos humanos? y ¿cuál es su función?, etcétera.

La investigación del derecho, como cualquier otra disciplina científica, demanda métodos rigurosos que nos aseguren, de algún modo, la certeza de sus resultados. Los tres niveles epistemológicos del derecho desarrollados por SOO, sin duda, son útiles para esos fines. En efecto, un investigador del derecho puede, perfectamente, estudiar un fenómeno jurídico teniendo como referente metodológico los tres niveles epistemológicos del derecho.

Así, dicha investigación se podría estructurar de tres capítulos: en el capítulo primero, que corresponde al primer nivel epistemológico, se abordarán todos los aspectos valorativos o justificativos del tema a desarrollar (por decirlo, en términos metodológicos ortodoxos: en este capítulo se desarrollará el marco teórico o conceptual del tema analizado); en el capítulo segundo, que se relaciona con el segundo nivel epistemológico, fundamentalmente, el investigador deberá desarrollar todos los aspectos jurídico-positivos del tema objeto de investigación (si bien, tal como señala la metodología de los niveles epistemológicos del derecho, la descripción de las disposiciones normativas relacionadas con el tema se realiza desde un enfoque teórico-general, sin embargo, también el estudio de las normas se puede realizar siguiendo una jerarquía de fuentes: bloque de convencionalidad y constitucionalidad, legalidad, reglamentaria y jurisprudencial); finalmente, en el tercer capítulo, que, a su vez, corresponde con el tercer nivel epistemológico, la labor del investigador consistirá en analizar las situaciones factuales del tema objeto de estudio; incluso, en este capítulo, los hechos sociales pueden explicarse a través de casos específicos que den cuenta de la realidad.

Por todo, aunque es verdad que los problemas metodológicos en el mundo jurídico suelen ser complejos, pues no siempre existe un acuerdo sobre “el método correcto” o “el mejor método” para estudiar y comprender el fenómeno jurídico, los niveles epistemológicos del derecho, sin embargo, contribuyen significativamente en este ámbito, ya que una buena investigación jurídica debe, al menos, tener un orden epistemológico, algo que, precisamente, nos ofrece la categoría objeto de este ensayo.

## V. CONCLUSIONES

En este trabajo examiné la categoría “niveles epistemológicos del derecho” de la autoría de SOO. El objetivo de este análisis fue demostrar la utilidad de dicha categoría tanto en el plano teórico como metodológico. Desde un punto de vista teórico, la relevancia de los niveles epistemológicos del derecho se muestra en la explicación de los cambios que han experimentado, en los últimos años, los enfoques iuspositivista, iusnaturalista y iusrealista; sin embargo, desde un punto de vista metateórico, la teoría de los niveles epistemológicos del derecho, al abordar el concepto y la naturaleza del derecho, fundamenta sus conclusiones en los argumentos tanto del positivismo como del no positivismo, lo que impide la pretensión de superación que las visiones trialistas del derecho afirman en relación con la clásica distinción entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Por otro lado, la utilidad de los niveles epistemológicos del derecho, en el campo de la metodología jurídica, es evidente y significativa, pues mediante los tres niveles epistemológicos del derecho se puede investigar el fenómeno jurídico con rigurosidad metodológica.

## VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALEXY, Robert (2013), “El no positivismo incluyente”, *Doxa* (36).
- ALEXY, Robert (1999), “A Defence of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing.
- DEL VECCHIO, Giorgio (1935), *Filosofía del derecho*, Madrid, Bosch.
- FERRAJOLI, Luigi (2003), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (2002), *Introducción al estudio del derecho*, 53a. ed., México, Porrúa.

- GOLDSCHMIDT, Werner (1987), *Introducción filosófica al derecho: la teoría tridimensionalista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Depalma.
- KAUFMANN, Arthur (1992), *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis.
- MORESO, José Juan (2015a), “Positivismo jurídico contemporáneo”, en FABRA ZAMORA, J. L. y NÚÑEZ VAQUERO, A. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen uno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MORESO, José Juan (2015b), “Sobre seis posibles conexiones necesarias entre derecho y moral”, en J. A. SANTOS, J. A. y HERMIDA, C. (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados-U. Rey Juan Carlos.
- MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, María del Carmen (1997), *En torno al tridimensionalismo jurídico*, Madrid, Dykinson.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín (2004), “Epistemología y argumentación jurídica en el constitucionalismo”, *Revista Summa*, núm. 5.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín (2017), *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (1965), México, Fondo de Cultura Económica.
- REALE, Miguel (1997), *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Madrid, Tecnos.
- RECASÉNS SICHES, Luis (2010), *Filosofía del derecho*, 20a. ed., México, Porrúa.



## OTROS TÓPICOS

## IL FUTURO DEL LAVORO E IL SUO DIRITTO

Raffaele DE GIORGI

SUMARIO: I. *Il tempo del lavoro del magistrato del lavoro. Come i gentlemen diventano precari.* II. *La forma del lavoro.* III. *La fine della forma di lavoro salariato.* IV. *Le forme d'uso del tempo di lavoro.* V. *Lavoro che produce valore e lavoro che produce senso.* VI. *Bibliografia di riferimento.*

### I. IL TEMPO DEL LAVORO DEL MAGISTRATO DEL LAVORO. COME I *GENTLEMEN* DIVENTANO PRECARI

Con il suo lavoro, il magistrato del lavoro fa una esperienza particolare: egli fa, ogni giorno, una esperienza estenuante e tipicamente moderna, una esperienza che si misura con le instabilità indotte da una politica e da una economia altamente vulnerabili. Questa vulnerabilità rende incerto il lavoro e il diritto del lavoro. La magistratura, infatti, con il ricorso alle incertezze concettuali del diritto del lavoro, cerca di dare un senso alle incertezze del lavoro degli altri. L'attività del magistrato del lavoro usa fragilità semantiche per dare stabilità a fragilità esistenziali. E in questo modo tenta di dare rassicurazioni rispetto ad un futuro che appare privo di qualsiasi sicurezza. Diciamo che si espone al rischio del futuro. Il tempo del lavoro del magistrato del lavoro, che poi è il tempo del diritto del lavoro, è il tempo di questo continuo sperimentare. E' il tempo nel quale la molteplicità di volti nuovi che ha assunto il lavoro impone al diritto del lavoro di adeguarsi assumendo anch'esso volti nuovi.

Negli ultimi anni, infatti, l'attività della Magistratura del lavoro ha subito considerevoli trasformazioni: lo spazio del diritto del lavoro si è ristretto; l'attività decisionale si è orientata sempre di più al riconoscimento di tutele residuali, di protezioni di diritti del lavoratore che sono divenuti sempre più fragili; questa attività si è orientata alla garanzia di una sicurezza sociale sempre più incerta, alla assicurazione di un futuro che sembra essere sempre più negato. Da una parte il considerevole aumento della disoccupazione,

l'aumento del número de licenciamientos de lavoratori che non possono più considerare il loro lavoro come lavoro a tempo indeterminato, l'accresciuta conflittualità sindacale dovuta all'inasprimento delle pretese dei datori di lavoro e alla graduale riduzione del sostegno che essi avevano sempre ricevuto dallo Stato – tutto questo ha motivato una attività giurisprudenziale intesa come resistenza ultima di fronte alla frantumazione delle vecchie garanzie che erano riconosciute al lavoratore. Dall'altra si va profilando anche qui, in Brasile, un percorso corrispondente a quello che in Europa si è aperto e si è consolidato negli ultimi venti anni: si afferma e si estende un complesso di nuove forme di lavoro, le quali sono state introdotte e vengono continuamente moltiplicate in conseguenza di scelte politiche le quali sembrano imposte dalle contingenze del mercato internazionale dei capitali e non scaturiscono certo da coerenti programmi sociali. Tali scelte vengono imposte nella certezza, universalmente proclamata, che queste nuove forme di lavoro riducano la mancanza di lavoro e allontanino il terrore della disoccupazione. Anche se si tratta di una certezza che non ha nessun fondamento e che viene negata e frantumata dalla realtà del mondo del lavoro, si sono affermate nuove forme di lavoro che hanno sconvolto le vecchie stabilità, che hanno trasformato consuetudini di esistenza e di relazioni sociali e che hanno reso normale ciò che continua ad essere considerato "atipico": si tratta di forme del lavoro "atipiche", le quali prevedono una contrattazione anch'essa "atipica" e un trattamento, anch'esso "atipico", che sfugge al diritto del lavoro. Lo sforzo giurisprudenziale, allora, si concentra nel tentativo, veramente titanico, di omologare concettualmente queste forme atipiche alla storica tipicità del lavoro salariato.

Si tratta di una forma di resistenza giurisprudenziale che persegue il fine di estendere a queste nuove forme del lavoro le scarse tutele residuali che storicamente erano state attribuite alla vecchia forma di lavoro salariato. A queste condizioni, paradossi e rischi dell'attività giurisprudenziale si confrontano con l'oscura incertezza del futuro del lavoro. Di questo *futuro*, appunto, vorrei discutere nel mio contributo.

Descrivere il futuro è impossibile: noi non possiamo osservare il futuro, non sappiamo come esso si precipiterà sul presente — come diceva Nietzsche —,<sup>1</sup> che cosa lascerà impresso sul carattere del presente e che cosa invece lascerà svanire. A dire il vero, anche questo incerto presente, a sua volta,

---

<sup>1</sup> Nietzsche, Friedrich, *Unzeitgemässe Betrachtungen. Zweites Stück: Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben*, 1874. Trad. it. *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, dalle "Opere di Friedrich Nietzsche", vol. III, t. I, ed. it. diretta da G. Colli e M. Montinari, Milano, Adelphi, 1973.

è stato un futuro: esso è un *futuro passato*,<sup>2</sup> il quale scaricandosi sul suo *presente passato* ha lasciato tracce, ha determinato significati, ha impresso caratteri. Noi possiamo leggere questo percorso, possiamo osservarlo come un percorso evolutivo, possiamo tentare di interpretarlo osservando il lavoro nella molteplicità delle sue forme attuali e il diritto del lavoro nelle sue attuali confuse concettualità. Noi possiamo accostarci a questo materiale allo stesso modo in cui i geologi si accostano alle rocce alla ricerca dei *fossili-guida*, quei fossili che permettono di interpretare uno *strato del tempo*<sup>3</sup> attraverso la osservazione di uno *strato di roccia*.

D'altra parte anche i magistrati, nel loro quotidiano lavoro decisionale, agiscono in questo modo: di fronte ad un caso, essi costruiscono una rilevanza, usano questa rilevanza per interpretare il caso e con la decisione vincolano il futuro. E così rendono possibile un futuro che essi stessi non possono osservare. Noi vorremmo leggere i sedimenti che il tempo ha impresso sul lavoro, interpretare le rilevanze che emergono dalle tracce del tempo, osservare come il diritto del lavoro tratta quei fossili-guida e vedere come in questo modo si costruiscono vincoli del futuro.

Cominciamo con un rapido sguardo su un *futuro passato*.

In una conferenza tenuta al *Cambridge Reform Club* nel 1873, dal titolo *The Future of the Working Classes*,<sup>4</sup> Alfred Marshall si chiedeva se ci sono motivi validi sui quali si possa fondare l'opinione secondo la quale il miglioramento delle classi lavoratrici ha dei limiti oltre i quali non può andare. La questione, egli diceva, non è se alla fine tutti saranno uguali, cosa che quelle classi certamente non vogliono, ma se il progresso non possa procedere in modo continuo, anche se lento, fino a quando, almeno per quanto riguarda l'occupazione, ogni uomo non sia un *gentleman*. Penso che questo sia possibile e che sarà così, egli diceva. *Gentleman* era per Marshall colui che era in grado di sentire i doveri che incombevano su di lui, di sapere che cosa egli doveva fare di sé per diventare membro a pieno titolo della comunità. Erano i doveri di educarsi, di apprendere, di educare i suoi figli, di avere tempo libero da utilizzare per la cura di sé. Quando si parla di lavoro, si pensa agli *effetti che il lavoro produce sul lavoratore*, diceva Marshall, mentre invece si dovrebbe *pensare agli effetti che il lavoratore produce sul suo lavoro*. La sua idea, infatti, era la seguente: come un artigiano sa che deve migliorare le sue ca-

<sup>2</sup> Kosellek, Reinhart, *Vergangene Zukunft – Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1988, Frankfurt a. M., Suhrkamp, in particolare il contributo: *Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe*.

<sup>3</sup> Confronta ancora Kosellek, Reinhart, *Zeitschichten. Studien zur Historik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2010.

<sup>4</sup> Marshall, Alfred, "The Future of the Working Classes" (1873), in *Memorial of Alfred Marshall*, Ed. A. C. Pigou, London, MacMillan and Co., 1925.

pacità, le sue abilità e la sua educazione per affermarsi e per competere sul mercato del lavoro, così il lavoratore deve sentire il dovere di accrescere le sue competenze, di migliorare se stesso per superare la sua esclusione e per inserirsi attraverso il lavoro nella libera competizione dell'economia: l'esercizio di questa libertà costituisce l'unica possibilità per superare l'ingiustizia del lavoro estenuante e per ridurre la intollerabilità delle disuguaglianze eccessive. Naturalmente Marshall si preoccupava subito di spiegare che egli non pensava ad una società socialista, ma intendeva determinare i requisiti che dovevano essere realizzati perché fosse possibile disporre di una classe lavoratrice le cui condizioni produttive non solo fossero compatibili con la libertà del mercato, ma ne sostenessero e ne agevolassero lo sviluppo.

Nel 1949 Thomas Humphrey Marshall, in una conferenza dal titolo *Citizenship and Social Class*,<sup>5</sup> riprendeva quel vecchio testo. Egli proponeva di sostituire il vecchio *gentleman* con *civilizzato* e indicava la *cittadinanza*, come il requisito che attribuiva a tutti i lavoratori il riconoscimento di membri a pieno titolo della comunità alla quale appartenevano. Si trattava di quella "uguaglianza di base" di tutti i lavoratori, che poteva essere realizzata con il loro accesso ai diritti civili, ai diritti politici e, da ultimo, ai diritti sociali. Il percorso che portava a questo accesso era iniziato più di due secoli prima e aveva continuato ad essere sviluppato fino al pieno riconoscimento di quei diritti. In questo processo l'attività della magistratura aveva avuto un ruolo di grandissima rilevanza, essa aveva gradualmente aperto il cammino del riconoscimento della cittadinanza e della attribuzione dei relativi diritti e lo aveva reso sempre più inclusivo.

Come mai, si chiedeva Marshall, questo percorso di graduale affermazione dell'uguaglianza di base, cioè dell'uguaglianza dell'accesso ai diritti, aveva potuto essere realizzato in modo parallelo allo sviluppo del capitalismo? Non è vero che il capitalismo, che si sviluppa attraverso la libertà, è nemico dell'uguaglianza? La risposta — come egli diceva — è data dal fatto che la cittadinanza è diventata l'architetto della disuguaglianza sociale legittima.<sup>6</sup> Sia chiaro: questa disuguaglianza, così come la povertà, era legittima perché costituiva uno stimolo per il lavoro, perché dava a ciascuno la possibilità di impegnarsi nella lotta economica come una *unità indipendente*.

Le idee del *primo Marshall* richiamano l'attenzione su un *fossile-guida* della trasformazione delle forme del lavoro: nella evoluzione di quelle forme si può leggere il continuo adeguamento della forza lavoro alle forme dell'accumulazione capitalista. Il diritto del lavoro elabora e fornisce la tecnologia giuridica che facilita quella evoluzione.

<sup>5</sup> Marshall, Thomas H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, University Press, 1950.

<sup>6</sup> *Citizenship has itself become, in certain respects, the architect of legitimate social inequality* (p. 9).

Le idee del *secondo Marshall* richiamano l'attenzione su un altro *fossile-guida*: le richieste del capitale e la tecnologia giuridica civilizzano la forma del lavoro: si profila nel tempo e si fissa nell'orizzonte del presente una forza lavoro flessibile, mobile, disponibile, che può essere utilizzata senza vincoli, che può essere comprata, scambiata, usata, abbandonata: una forza lavoro che identifica il tempo di lavoro con il tempo della vita e che per tutta la durata della vita è disponibile a formarsi e a ri-formarsi. Ma quella forza lavoro si civilizza anche perché, così trasformata, può essere tenuta a distanza dal diritto del lavoro e da quei vincoli giuridici con i quali nel secolo scorso si era profilata l'unica minaccia alla libertà del capitale.

Noi vorremmo provare che i *gentlemen* ai quali pensava il *primo Marshall* oggi si chiamano *precari*, che la *cittadinanza* alla quale pensava il *secondo Marshall* oggi si chiama *flessibilità*, e che la *tecnologia* del diritto del lavoro, che è stata immunizzata dalle attuali conquiste evolutive della forma del lavoro, continua a dare il suo contributo alla produzione degli scarti del processo di produzione e si ferma davanti all'accesso ai luoghi dove sono depositate le grandi masse degli esclusi.

## II. LA FORMA DEL LAVORO

Le relazioni che sussistono tra diritto ed economia trovano nel lavoro l'unità della loro differenza e allo stesso tempo la forma della loro connessione. Diritto ed economia sono sistemi sociali differenziati<sup>7</sup> i quali sono accoppiati attraverso la *forma del lavoro*: questa forma costituisce il requisito della reciproca affidabilità che connette le strutture dei due sistemi. Ciascuno dei due sistemi orienta le proprie operazioni in base alla affidabilità che giustifica le aspettative delle operazioni dell'altro sistema. Questa affidabilità si condensa nella *forma del lavoro*. Forma è un concetto che contiene in sé l'unità di una distinzione. *Lavoro* è una forma, esso è la forma dell'accoppiamento *di diritto ed economia*. Nelle parti che costituiscono la differenza non si vede l'unità di cui esse sono parti, appunto. Non si vede *lavoro*: si vedono operazioni economiche o concetti giuridici. Ora, ci sono modalità differenti di costruzione di una forma: le sue parti restano le sue parti, ma ogni trasformazione delle sue parti implica, allo stesso tempo, una trasformazione della forma. Solo il concetto di forma, infatti ci permette di capire qual è la relazione tra le parti e cosa si trasforma quando in una di esse o nell'altra si trasforma qualcosa.

<sup>7</sup> Luhmann, Niklas, *Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982; Luhmann, Niklas & De Giorgi, Raffaele, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 2013 (1992)cap. 4: *Differenziazione*, pp. 247-339; Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, cap. 10: *Strukturelle Kopplungen*, pp. 440-495.

Una forma si fissa nel tempo, si stabilizza. Ma quando essa si trasforma, restano le sue tracce. Evoluzione di una forma significa che nel tempo si afferma una forma che diviene prevalente rispetto alle precedenti, le quali si stratificano, restano come strati dell'evoluzione. La forma prevalente non è esclusiva. Le tracce persistono, esse possono resistere al tempo solo nella forma di residui, di tracce, appunto.<sup>8</sup> Esse possono resistere come forme economicamente utili, ma giuridicamente illecite, per esempio.

Il diritto civile, quel primo requisito della civilizzazione delle classi lavoratrici, come diceva il più giovane Marshall, è diritto delle libertà e quindi è diritto della proprietà che, nella sua forma originaria è proprietà della terra e delle persone. In Grecia si diceva *oikos*, economia domestica, proprietà e gestione della casa, della famiglia, degli animali e degli uomini che vi appartenevano. Nel latifondo che ha pietrificato il tempo del Brasile nei secoli dal sedicesimo al diciannovesimo, si chiama *Casa-grande e Senzala*.<sup>9</sup> La forma predominante del lavoro può essere quella del *lavoro schiavo*. Questa forma, però, non può resistere al tempo. Non per i motivi ai quali pensava Marshall, ma perché, con le trasformazioni dell'economia, cioè con la sua meccanizzazione, con la possibilità di un continuo incremento della produttività e con le trasformazioni nella forma della accumulazione, il lavoro schiavo diventava lavoro economicamente improduttivo. Come l'esercito che, proprio qui, in Brasile, non poteva continuare ad essere da una parte privilegio della rendita fondiaria, diciamo pure della nobiltà terriera, e dall'altra coscrizione coatta di deportati, di esclusi, di condannati, ma richiedeva organizzazione, tattica e disciplina - così la fabbrica richiedeva anch'essa disciplina, formazione, efficienza, organizzazione. E in particolare richiedeva forza lavoro libera da scambiare sul mercato. Solo il lavoratore libero poteva mettersi sul mercato e vendere la sua forza lavoro. La trasformazione del diritto delle libertà, di cui parlava Marshall, la sua estensione alle classi lavoratrici, come lui diceva, era una necessità dell'economia. Il lavoro schiavo poteva essere utilizzato come lavoro libero degli ex-schiavi privi di alternative e quindi diventava lavoro ad alta intensità di impiego, lavoro di scarsa produttività e di bassissima remunerazione o lavoro che prevedeva solo una remunerazione in natura. Lavoro schiavo, ma di uomini liberi, appunto: lavoro di masse di uomini, donne e bambini da tenere vicini, sul *morro*, là, di fronte: masse che potevano essere utilizzate non più in base ad un vincolo giuridico di proprietà, ma come forza lavoro eccedente e quindi disponibile.

<sup>8</sup> Luhmann & De Giorgi, *Teoria della società*, cit., p. 247-260.

<sup>9</sup> Il classico G. Freyre, *Casa-grande & Senzala*, Rio de Janeiro, Editora Record, 1998 (1933).

Erano corpi, così come continuano ad essere corpi ancora oggi. Questo significa che essi restano ancora come eccedenza, come qualcosa che eccede il mercato del lavoro e il mercato del diritto.

La fabbrica, così come l'impresa, impone una regolamentazione giuridica. Nasce il diritto del lavoro. Ma il diritto del lavoro, come ogni diritto, porta con sé la differenza tra *inclusione* ed *esclusione*.<sup>10</sup> Esso può operare solo attivando questa differenza. Inclusione ed esclusione sono risultato razionale che scaturisce dalla regolazione della utilizzabilità di forza-lavoro. E questo risultato si produce in base a quella tecnologia che Foucault ha chiamato "regolazione della popolazione".<sup>11</sup>

L'esclusione scaturisce dalla semplice esistenza di luoghi nei quali il diritto del lavoro non penetra, luoghi rispetto ai quali il diritto si astiene, potremmo dire. Il diritto si ferma prima dell'accesso a quei luoghi. Inizialmente quei luoghi sono gli spazi occupati dalla massa dei corpi che si sono resi liberi dalla schiavitù. Poi, nel corso del tempo, al loro interno trova collocazione ogni altro residuo di forza lavoro esclusa. Tutta questa popolazione può essere ammassata, deportata, utilizzata. E tutto questo si realizzerà costantemente. Ancora oggi. Il lavoro forzoso per la costruzione di strutture destinate alle Olimpiadi in Brasile ne è una prova.

Se nei territori sterminati del Nord e del Nord-est di questo paese si doveva ricorrere ancora a deportazioni e a sfruttamento forzoso della forza lavoro relegata nell'esclusione, nelle zone urbanizzate, invece, si depositavano grandi masse di esclusi i quali non sarebbero stati utilizzati come forza lavoro viva, adatta all'uso di fabbrica o di impresa, ma sarebbero stati utilizzati anch'essi solo come corpi, appunto. Questi corpi non potevano essere individualizzati, non potevano essere neppure individuati, raggiunti, essi non abitavano strade, abitavano agglomerati, essi non erano altro che semplici esistenze fisiche, eccedenze di forza lavoro, semplice forza meccanica, non giuridica. Essi erano eccedenze del mercato ed eccedenze del diritto. Il diritto non poteva darsi cura di loro perché, giuridicamente, essi non esistevano. Non erano individui, non erano persone. Il loro sfruttamento incideva sul valore della forza lavoro liberamente disponibile sul mercato legale dal quale si rifornivano la fabbrica e l'impresa moderna e riservava ad essa le tutele del diritto del lavoro.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Luhmann, Niklas, "Inklusion und Exklusion", *Soziologische Aufklärung*, vol. 6: *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, pp. 237-264.

<sup>11</sup> Foucault, Michel, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Corso al Collège de France, 1977-1978, Milano, Feltrinelli, 2005.

<sup>12</sup> Freitas Barbosa, Alexandre de, *A formação do mercado de trabalho no Brasil*, São Paulo, Alameda, 2008.



Basta osservare città come Rio, o come tante altre qui in Brasile, per osservare questa *urbanística del diritto* e per lasciarsi sconvolgere dalla sua terribile *estetica*. La composizione organica di questa eccedenza è un prodotto di scarto e, come tale, ancora oggi continua ad essere escluso dai processi di produzione e ancora oggi esso viene scaricato nei grandi depositi urbani, nei grandi contenitori di corpi. Non pensiamo solo alle *favelas*, a quelle vecchie e a quelle nuove, a quei luoghi rispetto ai quali il diritto storicamente si è sempre fermato ai piedi del *morro*; ma pensiamo alle grandi metropoli in Asia o in Africa che hanno al loro interno i luoghi di segregazione storica di queste eccedenze dell'economia e del diritto. L'India, la Nigeria e altre regioni della terra traboccano di queste discariche. Quegli spazi sono l'altra parte dell'inclusione. Ed è qui, nell'inclusione, che opera il diritto del lavoro.

Il diritto del lavoro è il diritto che regola, in forma collettiva, la subordinazione di individui singoli, i quali scambiano la loro forza lavoro con un salario. Essi non cedono il loro lavoro, ma cedono la loro *forza-lavoro*, cioè la loro capacità di erogare lavoro senza consumarsi nel suo potenziale di trasformarsi in lavoro vivo. Questa forza può riprodursi continuamente e può essere utilizzata e sfruttata nei modi nei quali il datore di lavoro richiede che sia prestata. Il diritto del lavoro regola le condizioni della riproduzione di questa forza e i modi della sua subordinazione. Ma la forza lavoro è libera, appartiene all'individuo che la cede perché la possiede e il diritto del lavoro è diritto di individui che accettano la loro subordinazione, il disciplinamento dei loro corpi e delle loro capacità cognitive, la loro utilizzazione, la loro segregazione temporanea, in cambio di ciò che il diritto del lavoro garantisce: un contratto che prevede un salario che assicura prima di tutto la riproducibilità della forza lavoro; e poi altre prestazioni, finalizzate alla sicurezza della disponibilità di quella forza lavoro nel tempo e alla sua capacità di riprodursi in modo da incrementare la produttività del lavoro che essa può erogare. La forma del lavoro che deve essere erogato si trasformerà con la progressiva utilizzazione della scienza per fini economici: ciò permetterà di ridurre continuamente l'uso intensivo di energia fisica, ma richiederà una alienante ripetitività della erogazione di energia. Il diritto del lavoro si preoccuperà di garantire condizioni favorevoli alla riproduzione ottimale della forza lavoro: esso si occuperà della regolazione del tempo di lavoro, della regolazione del tempo di riposo, della separazione del tempo della fabbrica o dell'impresa dal tempo sociale della riproduzione della forza lavoro; ma si occuperà della formazione tecnica di questa forza, della sua riqualificazione continua e di tutto ciò che, nell'ambiente nel quale si svolge l'esistenza del lavoratore, può assicurare l'integrità della sua riproduzione.

Il diritto del lavoro era particolarmente sensibile alle condizioni ambientali della riproduzione della forza lavoro: esso si occupava dei tempi d'uso di quella forza, delle condizioni dell'ambiente di lavoro, della durata del rapporto di lavoro, della sua interruzione, del tempo della sua privazione, dell'abbandono, della vita di relazione, del tempo futuro dopo la cessazione della capacità di riproduzione della forza lavoro. Naturalmente il diritto del lavoro era diritto dello Stato: lo Stato interveniva a sostegno della stabilità della relazione di fabbrica: esso interveniva a sostegno della occupazione con politiche dell'impiego, con agevolazioni fiscali e con prestazioni sociali a sostegno della forza lavoro e della sua disciplinata riproduzione nel suo ambiente sociale. In alcuni paesi si poteva arrivare persino alla regolazione di forme di partecipazione della forza lavoro alla gestione organizzativa della produzione e a forme di partecipazione agli utili. Si pensi alle esperienze della Volvo in Svezia o della Renault in Francia.

Il lavoro salariato è il lavoro di individui trattati collettivamente; esso dispone di un diritto delle tutele individuali assicurate collettivamente; di una partecipazione di individui rappresentati collettivamente. Quel lavoro si eroga nella garanzia di tutele sempre più larghe, che trovano la loro assicurazione nella disponibilità dello Stato, cioè nella sua illimitata capacità di indebitamento e nel suo interesse alla pace sociale, assicurata dalla stabilità delle aspettative dell'economia. Questa economia era oggetto della politica economica degli Stati.

In questo modo la "accumulazione degli uomini" si adeguava alla accumulazione del capitale.

### III. LA FINE DELLA FORMA DI LAVORO SALARIATO

La forma del lavoro salariato presentava caratteristiche che negli ultimi venti anni l'avrebbero fatta diventare sempre meno utilizzabile fino a renderla residuale, quasi desueta, particolarmente in America e in Europa: essa prevedeva lo scambio tra salario e forza lavoro; una subordinazione gerarchica e un vincolo di durata a tempo indeterminato; disponeva di una rappresentanza sindacale che utilizzava la funzione dello stato come potere di intermediazione, di compensazione e di regolazione giuridica delle condizioni dello scambio. Ma, oltre a questo, la forma del lavoro salariato utilizzava la contrapposizione di lavoro e capitale come tecnica di controllo della violenza del capitale sul lavoro e del suo potere di sfruttamento; essa prevedeva una intermediazione bancaria tra lavoro e capitale e la utilizzava come garanzia temporale di protezione di fronte alla scarsa disponibilità di risorse e, di conseguenza,

depositava il risparmio prevalentemente presso le banche. E ancora: quella forma del lavoro implicava una dimensione statale della distribuzione della forza lavoro e una partecipazione statale nel trattamento dei conflitti e nella garanzia delle tutele attraverso tecniche di assorbimento dell'incertezza. Tutte queste caratteristiche si sarebbero rivelate incompatibili con la progressiva internazionalizzazione della forza lavoro, la quale era connessa al fatto che, in molte regioni della terra, si incontrava la disponibilità di mano d'opera a bassissimo costo, la quale era capace di operare con un bassissimo livello di tutele e ed era capace di raggiungere una alta produttività. Si rendeva possibile così una massiccia dislocazione della produzione in quelle regioni della terra: dapprima si sarebbe dislocata la produzione manifatturiera, poi si sarebbero dislocate anche le produzioni meccaniche, fino a quelle elettroniche.

Di conseguenza si realizza una divisione internazionale del lavoro, la quale non conosce più i limiti statuali. Masse sterminate di lavoratori a bassa qualificazione possono essere concentrate e sfruttate in alcune regioni della terra, mentre altrove vengono chiuse fabbriche e manifatture. Ma, allo stesso tempo, si localizza e si delocalizza la richiesta di lavoro, il quale viene distribuito nelle differenti regioni in relazione alla qualità richiesta e alla disponibilità della mano d'opera richiesta, la quale può essere esclusivamente maschile o femminile o infantile: si pensi alla produzione di tappeti in Medio Oriente e in India o alla estrazioni, in Africa, di minerali da utilizzare nell'elettronica. Si riafferma una differenziazione tra centro del mercato dei capitali e periferia del mercato del lavoro: questa differenziazione, però, alloca e disloca continuamente la funzione di centro e la funzione di periferia. I paesi che si chiamavano sviluppati concentrano al loro interno la produzione di servizi, il lavoro cognitivo e le produzioni ad alto valore aggiunto; i paesi che si chiamavano *in via di sviluppo* attraggono altre forme di produzione ad alta concentrazione di mano d'opera, si scambiano le materie prime di cui sono ricchi e si trasformano reciprocamente in centro e periferia, a seconda che si importino o si esportino merci, capitali o masse di migranti. E infatti grandi flussi migratori spostano ingenti masse di mano d'opera lungo direttrici imposte dalle richieste del capitale finanziario e dalla necessità di sostituire mano d'opera locale, emigrata, a sua volta, o anche solo motivata ad orientarsi verso altre possibilità. Si afferma e si pratica a livello globale una sostituibilità continua tra *capitale, migrazioni e commercio*. Questo significa che non c'è più un centro e non c'è più una periferia.

Oltre alla divisione regionale del lavoro, si organizza anche una divisione etnica del lavoro la quale si estende agli spazi più diversi della attività produttiva, fino ad interessare anche le organizzazioni criminali, le quali faranno ricorso anch'esse ad una differenziazione etnica del lavoro crimina-

le. E siccome nel capitale finanziario globale il peso della finanza criminale non è irrilevante, è impossibile sapere quali sono le fonti di espansione della finanza globale. E così, con il concorso universale di capitale di origine lecita e di capitale di origine illecita, di capitale di origine terroristica e di spazzatura finanziaria, la finanza globale è sempre trasparente e la sua capacità di costruire realtà è senza limiti. L'economia reale dipende ormai da quella finanziaria: accade così che per un dollaro di merci scambiate sul mercato, ci sono 55 dollari di attività finanziaria che circolano (dati ricavati da Ch. Marazzi).<sup>13</sup>

Allo stesso tempo è cresciuta la dipendenza del finanziamento della spesa pubblica degli Stati dalle dinamiche del mercato finanziario globale e dalla logica del rendimento dei titoli ed è cresciuto anche l'arretramento dello Stato rispetto a politiche di welfare, le quali non sembrano più finanziabili: si pensi alla tragedia che vive il popolo greco da anni, ormai. Le incertezze del futuro non sono più assorbite dalle forme consuete di garanzia statuale: al capitale privato viene aperto l'accesso alla integrazione della gestione dell'incertezza del futuro dei lavoratori salariati e alla gestione complessiva dell'incertezza del futuro di tutti i lavoratori non salariati. I lavoratori e le famiglie orientano il risparmio verso fondi pensione e fondi di investimento, cioè verso il settore borsistico al quale si orienta anche l'economia reale per assicurarsi il suo finanziamento. Questo significa che la garanzia della pensione di un lavoratore occidentale mette in crisi un proletario vietnamita o dipende dallo sgonfiamento della bolla asiatica (Marazzi).<sup>14</sup> Tra lavoro e capitale, l'intermediazione bancaria, ma anche quella statale, diventano sempre più marginali rispetto alla reale intermediazione finanziaria. Questo significa che tutti dipendono dalla economia finanziaria.

Ma proprio da questa dipendenza derivano conseguenze di grande rilevanza per la forma del lavoro: prima di tutto capitale e lavoro non possono più essere presupposti come entità contrapposte: il lavoro segue le pericolose avventure della finanza ma, adesso, in modo diverso da come in passato seguiva le sorti del capitale. Lavoro e capitale sono uniti da una perversa connessione paradossale che produce la riduzione drastica del lavoro salariato, immunizza la conflittualità, disarmo le rappresentanze sindacali e, più di tutto, inquina la rappresentanza politica. C'è infinitamente più lavoro, ma non c'è lavoro a tempo indeterminato. C'è la fine del lavoro, ma c'è lavoro schiavo e lavoro estenuante in quantità mai esistite prima. C'è un tempo di

---

<sup>13</sup> Marazzi, Christian, 2002. *Capitale & linguaggio. Dalla New Economy all'economia di guerra*, Roma, DeriveApprodi, p. 18.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 33-46.

lavoro che dipende non solo dal tempo della utilizzazione della forza lavoro, la quale può essere abbandonata a se stessa dopo ogni sua utilizzazione, ma dal tempo della sua disponibilità, la quale include anche il tempo dell'attesa di un lavoro: questo dipende dal fatto che il tempo di utilizzazione del lavoro è legato alla finanza, la quale è legata alla variabilità continua dei suoi flussi e delle loro direzioni, le quali dipendono dal rischio con il quale vincolano il loro futuro. Di conseguenza, l'assorbimento dell'incertezza del futuro da parte del lavoratore non si realizza più nella aspettativa della stabilità della durata, ma nella aspettativa di continue, improvvise, interruzioni e nella aspettativa condizionata dell'accesso a un nuovo lavoro. Allo stesso modo, il risparmio accantonato nei fondi pensione non giustifica l'aspettativa di una pensione, ma piuttosto l'aspettativa della utilizzabilità istantanea di liquidità nelle intermittenze del lavoro. D'altra parte anche i fondi legano il loro futuro alla imprevedibilità del mercato finanziario globale. In entrambi i casi, questo futuro ha una imprevedibile variabilità della sua durata. Un economista, che ho utilizzato più volte, scrive: "il salario diventa una variabile di aggiustamento del mercato borsistico" (Marazzi).<sup>15</sup> Mi diceva il mio maestro Niklas Luhmann che un grande manager della Siemens gli diceva che quella grande impresa non era altro che un piccolo *armazém* di lampadine elettriche che veniva utilizzato dalla finanza internazionale.

Le imprevedibilità del mercato dei capitali possono portare alla fusione di grandi complessi produttivi, al loro scorporo, alla vendita, alla frantumazione di attività produttive: imprese di intermediazione comprano forza lavoro che affittano ad altre imprese, allo stato, all'amministrazione pubblica, ai privati. La guerra in Irak ha fatto vedere che si può comprare e vendere forza lavoro per usi di guerra, di spionaggio, per atti di sabotaggio, per pratiche di tortura e per il reclutamento di combattenti. Ormai non solo la qualità del lavoro, ma anche la durata del tempo di lavoro complessivo della vita di un lavoratore diventa una variabile di aggiustamento del mercato finanziario.

La *world economy* introduce una divisione globale del lavoro rispetto alla quale non funzionano più i vecchi meccanismi di sicurezza sociale, lo Stato-nazione può svolgere solo una funzione sussidiaria a sostegno della economia privata, a sostegno dei disagi della intermittenza del lavoro e può tentare di gestire le aspettative di stabilità: può tentare di contribuire alla riqualificazione della mano d'opera, ridurre il prelievo fiscale e tentare di contenere la riduzione del costo del lavoro, che il capitale pretende di imporre. La tecnica della privatizzazione dei beni e della prestazione di servi-

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 35.

zi, attraverso la quale lo Stato si finanzia, non solo non riduce i costi della produzione di quei beni e di quei servizi, ma estende il potere della finanza e contribuisce all'incremento della povertà e della disuguaglianza.

Si dice che il lavoro condivide il rischio del capitale. Ma questo è solo un eufemismo per dire che i rischi della finanza sono scaricati sul lavoro: cioè che il lavoro assorbe quei rischi attraverso la sua *frantumazione, intermittenza, interruzione, ricollocamento, temporaneità, inclusione, espulsione*. Si diffondono nuove povertà e nuove disuguaglianze, le quali sono prive di rappresentanza.

#### IV. LE FORME D'USO DEL TEMPO DI LAVORO

E infatti, come nella finanza, anche nell'economia che da essa dipende, il tempo è una risorsa fondamentale. Le nuove forme del lavoro sono organizzate intorno ad una *economia del tempo*, intorno ad un uso del tempo che una perversa ideologia chiama *flessibilità*. Flessibilità è una tecnologia del tempo che ha reso possibile la moltiplicazione delle forme d'uso del tempo del lavoro e ha sconvolto le forme della vecchia subordinazione.<sup>16</sup> Il lavoro flessibile giuridicamente è un non-senso: c'è una libertà dell'impresa, che si esercita nell'interesse dell'impresa e c'è la libertà del lavoratore, che è un paradosso, perché si concreta nella possibilità di non vendere la propria forza lavoro. La flessibilità è una costruzione ideologica che moralizza e civilizza una tecnica coercitiva della temporalizzazione. Questa tecnica permette al capitale di sottrarsi ai vincoli che erano stati imposti dalla forma del lavoro salariato e gli attribuisce la facoltà di disporre liberamente di forza lavoro per durate variabili. Ora questa tecnica può essere utilizzata in tutti i settori della produzione, sia che essi richiedano alta qualificazione, sia che essi richiedano prestazioni di un sapere tecnico molto ridotto: si ricorre a questa tecnica per usare lavoro che sostituisce altro lavoro, per disporre di lavoro temporaneo, per frammentare prestazioni che hanno carattere continuativo. Si può qualificare questa forma del lavoro come lavoro dipendente, ma anche come lavoro indipendente, semi-dipendente, neo-dipendente, auto-organizzato. Questo lavoro può essere utilizzato da imprese, da reti di imprese che dipendono da imprese, può essere comprato da agenzie che lo affittano, lo cedono, lo tengono in condizioni di reclusione o lo trasferiscono in luoghi differenti.

---

<sup>16</sup> Sennet, Richard, *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*, New York-London, W. W. Norton & Company, 1999; Supiot, Alain (org.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999; Standing, Guy, *The Precariat: The new Dangerous Class*, London-New York, Bloomsbury Academic, 2011 (trad. it.: *Precari. La nuova classe esplosiva*. Bologna: Il Mulino. 2012); Berardi, Franco "Bifo", *L'anima al lavoro. Alienazione, estraneità, autonomia*, Roma, DeriveApprodi, 2016.

Si tratta di lavoro che segue la flessibilizzazione del capitale finanziario e la sua autonomizzazione rispetto al capitale industriale e che si rende disponibile con l'affermarsi del *world worker*, del *poor worker*, con la massiccia circolazione di lavoratori immigrati, con l'espansione della presenza sul mercato di forza lavoro femminile in conseguenza della riduzione del lavoro salariato e dell'arretramento dello Stato rispetto alla prestazione di molti servizi che prima erano di sua competenza.

Si diffonde, così, una ideologia della flessibilità, secondo la quale sul mercato del lavoro la soppressione di ostacoli e vincoli alle forme della contrattazione, la *de-regolazione*, dovrebbe liberare possibilità di lavoro. Ad essa fa seguito una politica della flessibilità che incoraggia il capitale nelle fluttuazioni dei suoi movimenti e che deve produrre una gran quantità di regole per offrire sostegno a quelle fluttuazioni. *De-regolazione*, in realtà, significa *ri-regolazione*. Si consuma la vecchia rappresentazione della differenza tra pubblico e privato: *lo Stato arretra; la finanza avanza*.

Restano, però, le funzioni reali della flessibilità che consistono nella possibilità di disporre di forza lavoro da utilizzare secondo una complessa tecnologia dello sfruttamento che la vincola al tempo: si tratta di una tecnologia che può essere applicata indistintamente a singoli o a sterminate quantità di singoli i quali restano, comunque, esclusi da qualsiasi possibilità di resistenza, di rappresentanza, di tutela. Il legame che unisce forza lavoro e lavoratore è solo un vincolo del tempo: tempo dell'attesa, tempo dell'uso, tempo del progetto, tempo dell'abbandono, tempo di un nuovo inizio. Ma la flessibilità ha ancora un'altra funzione, che è strettamente connessa alla prima: essa rende possibile la compra-vendita di forza lavoro in modo che il *profitto scaturisca sia dalla transazione che dall'uso della forza lavoro*. Si compra il tempo dei singoli, la loro dipendenza, la si trasforma in costrizione e si vende la loro forza lavoro. Si realizza così un *duplice profitto* e una *duplice svalutazione del lavoro*.

Nel vocabolario delle forme del lavoro sono intervenuti termini opachi, come *esternalizzazione*, che caratterizza il fatto che Stato e imprese comprano prestazioni dall'esterno, *triangolazione*, che significa che tra lavoratore e impresa non c'è un rapporto diretto; oppure *terziarizzazione*, che caratterizza una economia "in cui diverse forme di flessibilità vengono a combinarsi tra loro, la divisione del lavoro e delle competenze diventa fluida, il luogo di lavoro può essere sia pubblico che domestico, il numero delle ore lavorative può cambiare e una stessa persona può detenere diversi ruoli professionali con relativi contratti di lavoro"(G. Standing).<sup>17</sup> Si può comprare il lavoro

<sup>17</sup> Standing, Guy, trad. it. *cit.*, p. 67.



“errante”, cioè lavoro che è disponibile come nuda forza mobile; si può collocare forza lavoro entro spazi virtuali; si può rendere virtuale lo stesso lavoro sottraendolo a qualsiasi collocazione spaziale.

La *Adecco*, una agenzia di lavoro temporaneo, con sede in Svizzera e *settecentomila* persone a libro paga, è diventato uno dei datori di lavoro privati più grandi al mondo. La *Foxconn*, il più grande appaltatore di lavoro in conto terzi al mondo, ha *novacentomila* persone a libro paga: la metà vive a Foxconn City, a Shenzhen, in Cina, dove lavora in fabbriche alte quindici piani, ciascuno dei quali è dedicato a un cliente, dalla *Apple*, alla *Dell*, dalla *Hewlett-Packard* alla *Nintendo*: salari bassissimi e alta intensità di lavoro. Nel 2009 e 2010 si registra un alto numero di suicidi e di tentati suicidi tra i lavoratori: per evitare pubblicità negativa, si reagì con un aumento dei salari, ma in compenso furono ridotti gli alloggi gratuiti, i buoni-pasto e gli spazi ricreativi. E poiché continuavano ad esserci suicidi e tentativi di suicidio, furono “installate reti di sicurezza per chi tentasse di gettarsi dalla finestra, furono assunti degli psicoterapeuti per i lavoratori stressati e furono invitati monaci buddisti per predicare la calma”(G. Standing).<sup>18</sup>

La flessibilità ha introdotto sul mercato del lavoro una figura sociale che è il *precario*: uomo, donna, giovane, adulto, il precario è colui che identifica la sua vita con l'incertezza, con l'instabilità, con la ricerca di un lavoro. Egli non ha uno *status professionale* perché deve essere disponibile a nuovi inizi, deve essere disponibile ad apprendere e a dimenticare e deve saper usare questa continua intermittenza come la linea temporale che tiene insieme la sua esistenza. Precario è colui che non può avere idee sul suo futuro, che vive la estraneità del tempo che gli viene sequestrato, che non può definire la sua identità in relazione alle sue capacità lavorative.

Il sistema politico, che non controlla più i tassi occupazionali, si appropria dell'imperativo della flessibilità e si attiva a sostegno della ideologia che la richiede: esso si attiva nella rinegoziazione di spazi sempre più limitati di intervento dello Stato, produce complessi di norme che frantumano l'unità concettuale del diritto del lavoro, riaffida sempre di più ai singoli la gestione delle instabilità dell'economia e della sua finanza: ne scaturisce un numero sterminato di previsioni normative che possono essere facilmente eluse dai datori di lavoro e che hanno la funzione di tenere il lavoro atipico lontano dal diritto del lavoro, di rendere inaccessibili le vecchie tutele, di consumare anche gli ultimi residui di protezione del lavoro e di garanzia del futuro. E infatti, salario di primo impegno, contratti sovvenzionati nei settori “di mercato”, contratti sovvenzionati nei settori “non di mercato”, protezione

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 53.



contro il licenziamento, sono tutti sostegni dati al lavoro a beneficio dell'impresa. Si elabora, così una molteplicità di forme contrattuali,<sup>19</sup> di fronte alle quali la magistratura tenta di attivare percorsi interpretativi che recuperino spazi di garanzia, mentre i datori di lavoro tentano di imporre l'esclusione dal diritto estorcendo forme sempre più ardite di "atipicità", cioè, imponendo contenuti semantici sempre più paradossali alla "libertà d'impresa".

Si tenta, almeno in Europa, di presentare la flessibilità, da una parte, come esercizio della libertà di impresa e, dall'altra, come possibilità di organizzare liberamente la propria vita lavorativa, come disponibilità di spazi di alternative differenti. Ancora un paradosso, perché, per il lavoro, senza alternative, la libertà si esercita in regime di pura costrizione e, senza tutele, la flessibilità del mercato diventa estorsione.

Di fronte a questa indeterminabilità, anche il diritto del lavoro arretra, si rifugia nei diritti fondamentali e si ferma alla questione della loro giustiziabilità:<sup>20</sup> ma quando il sistema della politica determina i confini della differenza tra pubblico e privato, esso determina, allo stesso tempo, lo spazio giuridico positivo dei diritti fondamentali.

## V. LAVORO CHE PRODUCE VALORE E LAVORO CHE PRODUCE SENSO

Il sistema dell'economia della società contemporanea ha universalizzato finanza e povertà; lavoro di migranti e lavoro di reclusi;<sup>21</sup> schiavitù e sfruttamento minorile; frantumazione del tempo di lavoro e precarietà dell'esistenza. A queste condizioni strutturali del lavoro, il *diritto sociale*, cioè il complesso di previsioni normative che è costituito dal *diritto del lavoro* e dal *diritto della previdenza sociale*, non è più un sistema che distribuisca attribuzioni di tutela, perché gli spazi della tutela sono sempre più ristretti; esso non distribuisce neppure stabilità, né nella forma delle vecchie stabilità delle aspettative di futuro, e neppure nella forma delle stabilità di ciò che il lavoro considerava come già acquisito in passato. Verso il futuro il diritto sociale si specifica in base alla funzione di distribuire *rischio*.

---

<sup>19</sup> Supiot, Alain, *op. cit.*

<sup>20</sup> De Giorgi, Raffaele, "El futuro de la justiciabilidad de los derechos humanos", *Argumentación Jurídica. Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica: Justiciabilidad de los Derechos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 407-429

<sup>21</sup> Harris, Nigel, *The New Untouchables. Immigration and the New World Worker*, London-New York, I. B. Tauris Publishers, 1995.

Il diritto sociale è diritto del trattamento delle aspettative di futuro; esso attutisce la esposizione del lavoro al rischio del futuro; offre al lavoro forme di contingenza tollerabile, forme di assorbimento dell'incertezza. Attraverso la rete concettuale della sua dogmatica, il diritto sociale dispone di risorse semantiche che sono ancora in grado di contenere la violenza del mercato sul lavoro e l'ideologia politica che la sostiene.

E' vero, però, che mai c'è stato tanto lavoro schiavo, tanto lavoro forzato, tanto lavoro minorile, tanto lavoro povero, quanto in questa società.<sup>22</sup> Ma è anche vero che questa società dispone di risorse alle quali nessuna altra società ha mai potuto attingere. E per questo si profilano altri orizzonti.

Ci riferiamo a ciò che, un secolo e mezzo fa, Marx chiamava "il sapere sociale generale, *knowledge*", che "è diventato forza produttiva immediata".<sup>23</sup> Oggi questa forza produttiva è costituita dalla universale disponibilità di accesso ad un sapere comune attraverso *lavoro cognitivo*. Questo lavoro è linguaggio che attiva la comunicazione universale. L'accesso a questa disponibilità rende possibile la produzione di conoscenza attraverso il suo uso e rinnova ed estende la sua inesauribile risorsa: *cognizione*. Si eroga lavoro che produce comunicazione. In questo lavoro, la conoscenza prodotta diventa essa stessa fattore produttivo: essa non agisce come lavoro oggettivato, fissato nelle macchine, come pensava Marx, ma è lavoro vivo, opera come linguaggio, come mezzo universale della comunicazione. Essa è forza lavoro linguistica, comunicativa, attività che può essere messa in opera da tutti, allo stesso modo, ma che produce *sensu* in modo differente. Questa forza lavoro esiste già come comunicazione sociale; è società, è socialità nella quale l'individualizzazione della produzione è presente nella forma della *comprensione*.<sup>24</sup>

E poiché tutti coloro che usano questo linguaggio sono connessi in una rete di universali accessibilità, in una ininterrotta *rete di lavoro*, che produce senso e consuma tempo, il tempo del lavoro non è misurabile come quantità oggettiva, come misura di valore: esso è tempo sempre aperto della comunicazione sociale. Esso opera in base a comprensione, e quindi include sempre

---

<sup>22</sup> Skinner, E. Benjamin, *Schiavi contemporanei. Un viaggio nella barbarie*, Torino, Einaudi, 2009; Bales, Kevin, *Understanding Global Slavery*, Berkley and Los Angeles, University of California Press, 2005; *id.* *Disposable People: New Slavery in the Global economy*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2012; *id.*, *Blood and Earth. Modern Slavery, Ecocide and the Secret to Saving the World*, New York, Spiegel & Grau, 2016.

<sup>23</sup> Marx, Karl, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf 1857-1858)*, Frankfurt-Wien, Europäische Verlagsanstalt (s.a.), p. 594.

<sup>24</sup> Luhmann, Niklas & De Giorgi, Raffaele, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 2013 (1992).

anche una alterità: esso, cioè, è il tempo della inclusione dell'altro. In altre parole, il tempo del lavoro cognitivo, in quanto è tempo delle reti, è il *tempo delle dipendenze* ma, in quanto è tempo di lavoro dei singoli, è anche il *tempo delle libertà*.

Il lavoro cognitivo apre un orizzonte totalmente nuovo, che sconvolge la precarietà e rende possibile una rivoluzione della temporalità: non si tratta più del tempo *omogeneo* del lavoro salariato; ma non si tratta più neppure del tempo *eterogeneo* della flessibilità: si tratta del tempo *unitario* della *cognizione*: adesso, cioè, si apre l'orizzonte di una ininterrotta unitarietà del tempo che può unificare il tempo del lavoro e il tempo della vita.

Ora, mentre “il lavoro manuale viene tendenzialmente svolto da macchinari comandati automaticamente”, il lavoro “che produce valore, è il lavoro mentale. La materia da trasformare è simulata da sequenze digitali. Il lavoro produttivo consiste nel compiere simulazioni che gli automatismi informatici trasferiscono poi sulla materia”.<sup>25</sup> Questo significa che anche la erogazione di forza lavoro materiale può essere sempre meno pesante, meno estenuante perché è sempre più intellettualizzata

E allora, se da una parte, si riduce al minimo il tempo di lavoro necessario alla produzione materiale, dall'altra si estende fino all'inverosimile il tempo di lavoro comunicativo, un tempo di lavoro esclusivamente cognitivo, nel quale è all'opera il *general intellect*, il tessuto universale della comunicazione digitale. Il lavoro cognitivo è il nuovo lavoro che mette sul mercato una forza lavoro che continua ad essere il cervello del lavoratore, che non si separa da lui, che è sempre attiva e che produce valore; esso è lavoro individualizzato che riattiva continuamente il potenziale esplosivo di ciò che è comune, cioè il *linguaggio* e l'*intelletto*. L'attività intellettuale personalizzata è presente come terminale selettivo del lavoro cognitivo: essa è sempre presente come *comprensione*.

Da qui scaturiscono conseguenze di grande rilevanza.

La prima è questa: il mercato ha inventato il *world worker* come *poor worker*: noi sappiamo che c'è un orizzonte del mondo che è legato dalla rete della comunicazione, non dalla rete della miseria e della povertà e dalla violenza dello sfruttamento del lavoro. Questo significa che è possibile universalizzare il potenziale del lavoro cognitivo come lavoro universale che produce comunicazione alla quale tutti possono accedere. Questa comunicazione che comincia con la comprensione è allo stesso tempo, *valore e senso*. E allora, entro spazi di libero accesso, cioè entro spazi potenzialmente liberi, diventa possibile per tutti, in condizioni di libertà, ciò che è stato possibile

<sup>25</sup> Berardi, Franco “Bifo”, *op. cit.*, p. 96.

solo per il *privilegio*. Avviene, cioè, che il tempo della vita continua il tempo del lavoro: in questo tempo del lavoro è incluso non solo il lavoro immediatamente produttivo, ma tutto il lavoro che predispone all'accesso al lavoro cognitivo che produce valore; ma è incluso anche tutto il tempo di lavoro che connette momenti differenti di lavoro cognitivo destinato alla produzione di valore. Si tratta sempre di lavoro sociale e di lavoro individuale allo stesso tempo. E allora è possibile pensare a forme di connessione che leghino il lavoro produttivo di valore al lavoro produttivo di senso e pensare alle tutele giuridiche che rendono effettivamente praticabile questa connessione.

Nel rapporto sul futuro del lavoro, redatto per la Commissione Europea alcuni anni fa, si faceva riferimento a “diritti di prelievo sociale”: si trattava di un accumulo di crediti di lavoro che potevano essere utilizzati lungo tutto l'arco della condizione professionale dell'individuo. Noi pensiamo, invece, che la *universalizzazione* dell'accesso al lavoro cognitivo, la generale *appropriazione* della forza lavoro attivata come cognizione, che è resa possibile da quell'accesso, la conseguente riunificazione di valore e senso, possano costituire la premessa perché si realizzino grandi trasformazioni future: perché il valore sociale che si produce possa essere utilizzato come risparmio sociale che permette di riaprire gli spazi della sicurezza sociale che sono stati chiusi per l'arretramento dello Stato; perché si realizzi la riduzione del lavoro estenuante con la possibilità di estensione del tempo di lavoro cognitivo individuale; perché si realizzi una trasformazione strutturale delle condizioni del lavoro in cui si rende possibile finalmente “l'appropriazione della sua produttività generale”; da ultimo perché si realizzi la definitiva trasformazione del diritto sociale. Fino alla costruzione di un diritto sociale che, attraverso la tutela del tempo unitario del lavoro che produce *valore*, possa tutelare il tempo unitario del lavoro che produce *sensò*.

## VI. BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

- BALES, Kevin, *Understanding Global Slavery*, Berkley and Los Angeles, University of California Press, 2005.
- BALES, Kevin, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, Berkley and Los Angeles, University of California Press, 2012.
- BALES, Kevin, *Blood and Earth. Modern Slavery, Ecocide and the Secret to Saving the World*, New York, Spiegel & Grau, 2016.
- BERARDI, Franco Bifo, *L'anima al lavoro. Alienazione, estraneità, autonomia*, Roma, Derive-Approdi, 2016.

- DE GIORGI, Raffaele. “El futuro de la justiciabilidad de los derechos humanos”, *Argumentación Jurisprudencial. Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica: Justiciabilidad de los Derechos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- FOUCAULT, Michel, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France, 1977-1978*, Milano, Feltrinelli, 2005.
- FREYRE, Gilberto, *Casa-grande & Senzala*, Rio de Janeiro, Editora Record, (1933) 1998.
- FREITAS BARBOSA, Alexandre de, *A formação do mercado do trabalho no Brasil*, São Paulo, Alameda Casa Editorial, 2008.
- HARRIS, Nigel, *The New Untouchables. Immigration and the New World Worker*, London-New York, I. B. Tauris Publishers, 1995.
- HOLLOWAY, John, *Crack Capitalism*, Roma, DeriveApprodi, 2012.
- KOSELLECK, Reinhart, *Vergangene Zukunft-Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988.
- LUHMANN, Niklas, *Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982.
- LUHMANN, Niklas & DE GIORGI, Raffaele, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, (1992) 2013.
- LUHMANN, Niklas, “Inklusion und Exklusion”, *Soziologische Aufklärung, vol. 6: Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995.
- LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995.
- MACHEREY, Pierre, *Le sujet productif: de Foucault à Marx* (tr. it., *Il soggetto produttivo. Da Foucault a Marx*. Postfazione di Antonio Negri e Judith Revel, Ombre Corte, Verona 2013), 2012.
- MARAZZI, Christian, *Capitale & Linguaggio. Dalla New Economy all'economia di guerra*, Roma: DeriveApprodi. 2002.
- MARSHALL, Thomas H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, University Press, 1950.
- MARX, Karl. *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie. (Rohentwurf 1857-1858)*, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt-Wien: Europa Verlag. s.a. (fotomechanischer Nachdruck der Moskauer Ausgabe von 1939 und 1941) (tr. it., *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica 1857 – 1858*, presentazione, traduzione e note di Enzo Grillo, La Nuova Italia, Firenze, 1970).
- NIETZSCHE, Friedrich. *Unzeitgemässe Betrachtungen. Zweites Stück: Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben* (tr. it. *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*,

“Opere di Friedrich Nietzsche”, vol. III, t. I, ed. it. diretta da G. Colli e M. Montinari. 1973. Milano: Adelphi (1874).

SENNET, Richard, *The Corrosion of Character. The Personal Consequencies of Work in the New Capitalism*, New York-London, W.W. Norton & Company, 1999.

SKINNER, E. Benjamin, *Schiavi contemporanei. Un viaggio nella barbarie*, Torino, Einaudi, 2009.

SUPIOT, Alain (org.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999 (tr. it., *Il futuro del lavoro*, edizione italiana a cura di Paolo Barbieri ed Enzo Mingione, Roma, Carocci, 2003).

SUPIOT, Alain, *Homo juridicus*, Paris, Éditions du Seuil, 2005 (tr. it., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, Bruno Mondadori, 2006).

STANDING, Guy, *The Precariat: The New Dangerous Class*, London-New York, Bloomsbury Academic, 2011 (tr. it., *Precari. La nuova classe esplosiva*, Bologna, Il Mulino, 2012).

## ALGUNOS LINEAMIENTOS ESENCIALES EN TORNO A LOS CONCURSOS MERCANTILES

Miguel Ángel ORTIZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho concursal*. III. *Concursos mercantiles*. IV. *Par conditio creditorum*. V. *Incumplimiento generalizado de obligaciones*. VI. *Calificación de los acreedores*. VII. *Concursos ordinarios*. VIII. *Requisitos que debe satisfacer la solicitud de concurso mercantil*. IX. *Procedimiento del concurso mercantil*. X. *Elementos del concurso mercantil*. XI. *Incidentes más frecuentes*. XII. *Delitos*. XIII. *Retroacción*. XIV. *Quiebra*. XV. *Epílogo*. XVI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Atiendo la gentil y amable invitación para participar en este libro realizado con motivo de la celebración del doctor Serafin Ortiz Ortiz de sus treinta años como docente.

Considero prudente antes de entrar al desarrollo del tema, que me siento muy honrado en la participación de esta obra, pero previamente quisiera comentar que he tenido oportunidad de conocer al doctor Serafin en sus diversas facetas, primero como docente, cuando cursaba el posgrado en derecho penal allá por los años de 1992-1993, en donde nos impartió con singular habilidad las materias de sistema penal y criminología, sobre todo porque ésta era su especialidad; después como compañero en los comités de tesis a los que asistíamos en la Universidad Nacional Autónoma de México, e inclusive cuando cursábamos la materia de italiano en la casa de la maestra Laura Berzini, en Ciudad Satélite; posteriormente como jefe, pues era el coordinador del Posgrado, y el suscrito impartía penología en la especialidad de derecho penal, y punitivo fiscal en la fiscal; en esas tres facetas pude constatar siempre su caballerosidad, cortesía, decencia; en una palabra, su bonhomía y, sobre todo, su carácter emprendedor, en donde siempre ha visto por el bien de la Universidad.

Tomando en cuenta que el tema es libre, he escogido este, pues en épocas de crisis, en donde las empresas por diversas razones caen, o bien en incumplimiento generalizado de obligaciones o en insolvencia, esta es la solución.

Durante el desarrollo de este trabajo trataré de responder a las preguntas sagradas de la metodología: ¿qué?, ¿cómo?, ¿por qué? y ¿para qué sirven los concursos mercantiles?, materia que ha sido marginada en las instituciones educativas, cuando desde la antigüedad ha servido para salvar el desarrollo de las empresas y los acreedores se les vienen en cascada, pues todos pretenden, perdón por el término coloquial, “llevarse el gato al agua”. Solo déjeme comentar que lo que destroza a las empresas son los intereses, eventualmente usurarios que les cobran, ya sea los acreedores, y entre ellos los bancos, cuando de acudir a este mecanismo que la propia ley da, desde que se pronuncia la sentencia de concurso mercantil se suspenden los intereses.

## II. DERECHO CONCURSAL

Desde tiempo inmemorial, la materia concursal ha ido ganando importancia y su separación de la materia mercantil con la única finalidad de tratar que las empresas regulares o irregulares que soportan la economía del país desaparezcan y éstas se preserven.

## III. CONCURSOS MERCANTILES

Es importante destacar que la materia concursal es un procedimiento universal, atractivo, preferente, colectivo, de interés público, general y judicial, que ha sido diseñado o construido con la finalidad de poner orden en el desorden de parte de los acreedores, esto es, cuando éstos lo que pretenden es hacer efectivo su crédito sin importarles los demás acreedores, y con ello logran eventualmente que la empresa o el comerciante desaparezca. La doctrina comenta, según el decir de don Raúl Cervantes Ahumada, en su obra de *Quiebras*, que en un asunto era tal el número de acreedores, que los tuvieron que reunir en un estadio de fútbol, por lo que presumo que fue en algún país centro o sudamericano, pero no dice en dónde; esa es la razón fundamental para que a la luz de los concursos mercantiles se jerarquicen a los acreedores; después diremos en qué orden.



#### IV. *PAR CONDITIO CREDITORUM*

Este postulado en latín significa “igualdad de trato a los acreedores”, lo cual es de capital importancia, pues en el momento procesal oportuno se entrará a la del reconocimiento, graduación y prelación de los créditos, mas de inicio a todos se les debe dar el mismo trato, ya que de no hacerlo, incurre en responsabilidad el comerciante, por privilegiar a un acreedor.

#### V. INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE OBLIGACIONES

Las empresas o el comerciante para el efecto de cumplir con su objeto social hace del comercio su ocupación habitual y en ese juego económico contrae obligaciones, y si nos vamos a la primaria jurídica que nos enseñaron en el derecho romano, obligación es el vínculo de derecho entre una y otra parte de los obligados, que los constriñe a cumplir con los derechos de nuestra ciudad, en este caso con los acreedores, por tanto, le está prohibido a la empresa o comerciante caído en desgracia económica privilegiar a un acreedor, debiendo darle un trato igual a todos, ya que después habrá un periodo procesal en donde se tendrá que evaluar su reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Por lo anterior, encontramos que para que se cumpla el incumplimiento generalizado de obligaciones tendrán que existir los requisitos siguientes: que sean dos o más acreedores, que las obligaciones vencidas tengan más de treinta días; que las obligaciones vencidas representen el 35% o más de las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso y que el comerciante no tenga activos suficientes para hacer frente a por lo menos el 85% de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda.

#### VI. CALIFICACIÓN DE LOS ACREEDORES

Dentro de la legislación concursal vigente hay acreedores singularmente privilegiados, con garantía real, privilegio especial y comunes.

Ahora bien, ¿quiénes son los acreedores singularmente privilegiados, que tendrán dentro del concurso una prelación? Es muy sencillo, son aquellos que representen los gastos de entierro del comerciante, siempre y cuando la sentencia de concurso sea posterior al fallecimiento. De sobra está decir, que es en el caso de que el comerciante sujeto a concurso sea persona física.

Pero existe otro caso, y es aquel en que surjan acreedores, que representen los gastos de enfermedad que haya causado la muerte del comerciante y, al igual que en la hipótesis anterior, haya sido el comerciante persona física.

Por lo que hace a los acreedores con garantía real, son aquellos que representen una garantía hipotecaria o prendaria; esto es, los bancos, aunque debemos recordar que existen instituciones auxiliares del crédito, como las uniones de crédito, que garantizan sus créditos a través de hipotecas, o bien personas físicas que también prestan dinero y garantizan con hipotecas en primer o segundo lugar; en el ejemplo de las prendarias podemos encontrar a los montes de piedad o sus similares.

En lo que toca a los acreedores con privilegio especial, serán aquellos que contempla el Código de Comercio y que también considere un derecho de retención. Un ejemplo de este último es la garantía que tienen los hoteles de retener el equipaje en garantía del pago del hospedaje. En cuanto a los primeros, esto es, los que tienen un privilegio especial, de igual forma, se encuentran los créditos laborales o fiscales. En el supuesto de los laborales, también tienen un privilegio especial, que son juicios de ejecución separada, como en el caso de Mexicana de Aviación, en el que a los trabajadores les deben pagar en primer lugar y término. En el supuesto del fisco, deben ser acordes con lo previsto por el artículo 146 del Código Fiscal, por lo tanto, mantiene su lugar preferente, aunque si se forma ante el juez que conoce del concurso. Cabe hacer notar que en el supuesto de Mexicana, el juez podía, dije “podía”, ordenar que se le suministrara combustible para que generara recursos, razón por la que si a los aviones los mantuvieron en tierra ¿cómo pretendían que generaran ingresos o recursos, para posteriormente hacer frente a todos los acreedores?, y eso fue un craso error del juzgador, en donde por desconocer la materia cometió un delito de comisión por omisión y casi la indujo involuntariamente a la quiebra, por la falta de recursos para pagar a los acreedores, pues si bien al principio era hipótesis de concurso, se convirtió en quiebra, cuando los pasivos rebasaron a los activos.

Quisiera destacar lo comentado por don Emilio Aarum Tame, de quien todos los que nos vinculamos a la materia concursal debimos haber oído hablar, en algunas de las charlas que con él sostuve con relación a la tesis del suscrito en materia concursal, me explicó las características que asume el juez de concurso, y hacía alusión a que éste se convierte doctrinal y jurídicamente en un superjuez, pues tiene el imperio suficiente para hacer cumplir sus determinaciones, como no aconteció en el caso de Mexicana de Aviación, pues era una contradicción, como ya antes lo he apuntado, ¿cómo querían que generara recursos para hacer frente a sus acreedores, si su objeto social era el transporte aéreo de pasajeros y se le impide volar?, ¿de dónde

se iban a generar los recursos con esa medida contraria a derecho y desde cualquier punto de vista antijurídica?

Ya para finalizar este apartado, se comenta que enseguida están los acreedores comunes, que son aquellos a quienes se les adeuda alguna cantidad y a quien se les debe aplicar el *par conditio creditorum*, y que se encuentran contemplados en los artículos 218 al 221 y 224 de la Ley de Concursos Mercantiles. Los primeros están debidamente explicados, y el 224 se refiere a los créditos contra la masa y son en síntesis los contraídos en el desarrollo del conflicto concursal, por ejemplo, los contratos celebrados para garantizar la seguridad de los bienes de la masa, o los provenientes de las diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la masa o los honorarios del visitador, conciliador o síndico que hayan sido estrictamente indispensables para el desarrollo de su actividad en el conflicto concursal.

## VII. CONCURSOS ORDINARIOS

Son aquellos que se llevan a cabo ante un juzgado de distrito, pero que no se encuentran considerados dentro de los procedimientos especiales, y éstos son aquellos en los cuales están consideradas algunas actividades que por su naturaleza no pueden desarrollar otras entidades; por ejemplo, empresas dedicadas a un servicio público condicionado, o algunas instituciones auxiliares del crédito, como una unión de crédito o una casa de bolsa o una afianzadora o aseguradora.

Tuvimos conocimiento de un concurso que se ventiló hace algunos años en el Juzgado 5o. de Distrito en Puebla, en donde la empresa sujeta a concurso era una unión de crédito, en donde se le dio el trato de un concurso ordinario, y llegaron al absurdo de vender un hotel, que era el único bien constitutivo del patrimonio concursal, cuando el mismo estaba protegido por una sentencia de suspensión de pagos, en donde por el artículo 5o. transitorio de la Ley de Concursos Mercantiles tenía que haberse acumulado a este por principios de derecho; sin embargo, le dieron el trato de un concurso ordinario, y el juez por desconocimiento de la materia, facultó al síndico a vender el inmueble, cuando en pureza jurídica sus actos son nulos, porque conforme al artículo 259 de la Ley de Concursos Mercantiles, tratándose de un concurso especial, la designación del visitador, conciliador y síndico, en la quiebra, son facultades privativas de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; entonces, los actos tanto del juez como del conciliador, del visitador y del síndico en la etapa de quiebra son nulos, y tratándose de éstos son imprescriptibles, trascendentes. La acción es perpe-

tua, y las nulidades las puede proponer cualquier interesado, lo que es más grave, le nace responsabilidad penal a las autoridades que intervinieron en el desarrollo del conflicto concursal, por vender un bien para el cual no estaban legitimados.

### VIII. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER LA SOLICITUD DE CONCURSO MERCANTIL

El primer lugar, el nombre completo del comerciante, la denominación o razón social, el domicilio para oír notificaciones, el del domicilio social, de sus oficinas, establecimientos, sucursales, almacenes o bodegas, y el lugar donde se encuentre la administración principal de la empresa, y para el caso de ser persona física, el del comerciante, domicilio donde vive.

Los documentos que se deben acompañar a la solicitud son los estados financieros auditados de los últimos tres años, la memoria de las causas que han llevado al comerciante, sea persona física o moral, al incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y la naturaleza de ellas; la relación de sus acreedores y deudores, y la naturaleza de los créditos otorgados al comerciante, así como el inventario de sus bienes.

### IX. PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO MERCANTIL

Cabe hacer notar que el concurso mercantil cuando lo hace el propio comerciante se hace una solicitud, pero cuando lo hace un acreedor o el Ministerio Público, como en el caso de Oceanografía o un juez, cuando advierte que se dan los supuestos del concurso por el propio interés público se presenta la demanda ante un juez de distrito, pues esa materia, que antes era de jurisdicción concurrente en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, ahora se encuentra reservada sólo a la federal. Es importante puntualizar que hace un momento hablamos del interés público, y éste se presenta cuando está por encima de los intereses privados o particulares, en tanto que el orden público es aquel que nos es dado para que exista una mejor armonía y convivencia sociales; por ejemplo, los presupuestos procesales, que son de orden público, pero los procedimientos concursales, como son los juicios de alimentos y las huelgas, son de interés público.

Admitida la solicitud o la demanda, el juez ordena que se le notifique al Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles, para que designe visitador y éste se constituya en la empresa y verifique realmente el estado

financiero que guarde la empresa o comerciante, persona física, y le informe su estado. Si lo admite, está perfecto, mas si la desecha cabe el recurso de revocación, en términos de los artículos 1334 y 1335 del Código de Comercio; es importante no confundir con la sentencia que niegue el procedimiento concursal, caso en el cual se debe promover una apelación; sin embargo, de eso hablaremos en su oportunidad.

En el caso de la demanda, cuando la presenta un acreedor o el Ministerio Público en términos del artículo 21 de la Ley de Concursos Mercantiles, se emplaza a la parte demandada, la comerciante, para que conteste dentro del término de nueve días. Con la contestación se da vista a la parte actora, ya sea que haya sido un acreedor o el Ministerio Público, para que éste adicione sus pruebas.

Enseguida, y en ambos casos, el juez citará a las partes para oír la sentencia y se declare o niegue el concurso; si se declara procedente, está perfecto; pero en el caso de que se niegue, cabe el recurso de apelación, conforme a los artículos 49 y 50 de la Ley de Concursos Mercantiles; en este caso hay un término de nueve días para interponerlo a partir de aquel en que surta efectos la notificación; esto es, ahora se notifica; al siguiente día no surte efectos, sino al siguiente, como en materia de amparo; ahora bien, una vez admitido el recurso se corre traslado a la contraparte, para que en igual término de nueve días conteste la parte contraria los agravios que le produjo la sentencia que no declaró la procedencia del juicio concursal.

Es importante poner de relieve que si no se presenta el convenio que se propone a los acreedores, ello es suficiente para que se declare la quiebra, y que si no hay objeciones, se inicia el periodo de conciliación.

## X. ELEMENTOS DEL CONCURSO MERCANTIL

Se dividen en dos, fundamentalmente: los personales y los formales. Dentro de los personales encontramos: 1) al juez de distrito. Antes, como lo habíamos comentado, era jurisdicción concurrente, pero a partir de la derogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943 esta jurisdicción se limitó a la materia federal, y el juez, de acuerdo con el artículo 7o. de la Ley de Concursos Mercantiles, es el rector del procedimiento concursal y asume la calidad de un “superjuez”; 2) Ifecom, esta institución es el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles, dependiente del Consejo de la Judicatura Federal; es la encargada de aglutinar a expertos en la materia concursal que presentan un examen, y según un orden que llevan en ese Instituto se les asigna para desempeñar el cargo de visitadores, conciliadores en los concursos

mercantiles o síndicos en las quiebras, procedimientos a través de los cuales se realizan los activos que tenga el comerciante para liquidarlos en su oportunidad; 3) visitador, persona designada por el Instituto para llevar a cabo la visita a la empresa y constatar el estado financiero real e informarlo a la brevedad al juzgador; 4) conciliador, persona que trata de avenir a los acreedores de la empresa, tratando de conscientizarlos para que disminuyan sus pretensiones, y ante él se gestiona por parte de los acreedores el reconocimiento de sus créditos; esto es muy importante, porque en la ley anterior esta parte procesal se gestionaba ante el juzgador y eso entorpecía el trámite del procedimiento y lo dilataba, por lo que el legislador, en su interés de hacer el procedimiento concursal más dinámico y buscar la celeridad del mismo, le dio esa encomienda al conciliador; 5) síndico, persona que entra en funciones cuando el trámite de la fase de conciliación concluye, y tiene por finalidad la realización de los activos para pagarles a los acreedores, que hayan justificado su derecho con antelación. Cabe hacer notar que tanto el visitador como el conciliador y el síndico pueden ser la misma persona, pero es una designación que corresponde al Instituto aludido; 6) interventor, persona que vigila los intereses de los acreedores dentro del procedimiento concursal; 7) comerciante, persona física o moral que ha caído en desgracia económica y que pretende reactivar su economía para pagarles a todos los acreedores, al amparo y protección de la Ley de Concursos Mercantiles, que se divide en dos: el que ha caído en incumplimiento generalizado de obligaciones y por tanto en la hipótesis del concurso mercantil cuando el pasivo es igual o menor al activo, y el comerciante que ha caído en insolvencia; esto es, que su pasivo es superior al activo, y por tanto la hipótesis es de quiebra, como acaba de acontecer con Casas Geo, en donde el acreedor Banco Mercantil del Norte gestionó la quiebra de la empresa; 8) acreedores reconocidos, aquellos que han gestionado esa calidad ante el conciliador o ante el síndico, si es la hipótesis de quiebra; 9) albacea del comerciante, persona que representa al comerciante, persona física, si éste fallece dejando un sinnúmero de acreedores; 10) herederos y legatarios del comerciante, personas que concurren a la sucesión del comerciante, persona física que ha fallecido y cuya deuda no se ha extinguido con su fallecimiento, y por tanto con sus activos debe liquidar a los acreedores y el remanente aplicarse a los herederos y legatarios en cumplimiento de la última voluntad del comerciante, pequeños comerciantes, personas que no reúnen el mínimo en UDIS que exige la Ley de Concursos Mercantiles, y que están dispuestos a beneficiarse de la ley de la materia; 11) sucesión del comerciante, procedimiento que se debe llevar cuando el comerciante es persona física y éste fallece. Es una fusión entre el derecho civil y el concursal, y se deben cumplir con los postulados de la ley concursal, por ser de interés público,

pero con el beneficio de inventario, en donde se debe pagar a los acreedores hasta donde la ley lo permite.

Dentro de los elementos formales encontramos sólo dos: 1) la masa pasiva de acreedores, que son aquellos que tienen un crédito a cargo de la empresa sujeta a concurso y que han gestionado el reconocimiento de sus derechos ante el conciliador, y 2) los UDIS, que es la fianza que debe gestionar ya sea por la empresa sujeta a concurso, en unidades de inversión, o bien el acreedor que promueve el procedimiento concursal.

## XI. INCIDENTES MÁS FRECUENTES

Existen un sinnúmero de incidentes que se pueden promover en la materia concursal; sin embargo, los más frecuentes son el de integración de bienes de la masa y el de separación de bienes de la masa.

Vamos a explicar el contenido de los mismos; en primer lugar, viene del latín *incido*, *incidere*, que significa acontecer, interrumpir o suspender. Es algo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal.

Se aplica a todas las excepciones, a las contestaciones de todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio e interrumpen el curso ordinario. Surgieron en el Código Procesal de 1884, que las definía como “las cuestiones que se promueven en el juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal. Se resuelven sumariamente con un escrito de cada una de las partes, la audiencia incidental en la que se desahogan las probanzas ofrecidas y se oyen los alegatos de cada una de las partes y se resuelve interlocutoriamente”.

Cuando se pronuncia la sentencia que declara la procedencia del concurso mercantil, es como si se tomara una fotografía instantánea, ya que habrá casos en que se encuentren bienes dentro de la empresa que no sean de su propiedad o que estén a vistas o en arrendamiento de muebles; por esa razón, habrá que sustraerlo de los activos, por lo que procede el incidente de separación de bienes de la masa.

Caso contrario se da cuando habrá bienes que están fuera de la empresa, mas que pertenecen a ella, caso en el cual se tienen que integrar a los activos de la empresa; en ese supuesto deberá promoverse el incidente de integración de bienes a la masa. Recuerdo el caso de una empresa en Estados Unidos, cuando se promovió la quiebra estaban todos los aviones estacionados en un aeropuerto, pero hubo algunos que estaban en vuelo y, por tanto, aterrizaron en sus aeropuertos de destino, y se tuvieron que ejercitar

las acciones correspondientes para incorporarlos a los activos de la línea aérea. Una situación similar aconteció con los aviones de Aviaca y Mexicana. Cuando se les declaró en estado de concurso hubo acciones integradoras y separatorias de los bienes de la masa.

Existe otro caso que se hizo valer en un juicio, pues se dan los postulados del concurso mercantil, el cual fue derivado de un juicio ejecutivo mercantil, en donde al momento de emplazar y embargar al demandado, que era una empresa, el apoderado de la parte demandada reconoció el adeudo y dijo que su representada había caído en el incumplimiento generalizado de obligaciones por hechos que fueron derivados, ya que tanto él como dos de sus hermanos, dos sobrinos y un gerente habían sido víctimas por parte de una organización delictiva de privación ilegal de la libertad, y para el pago del rescate presentaron sendas denuncias en la entonces Procuraduría General de la República, quien les recomendó que se fueran de la población, porque si no los iban a matar; por ello le pregunté en el desarrollo de la diligencia lo siguiente: ¿cuántos acreedores tenía su empresa? A lo que respondió que tenía 32 acreedores. En ese orden de ideas, gestioné el incidente de conversión de ejecutivo mercantil a concurso mercantil, pues estaban satisfechos los requisitos de la ley concursal. Sobre el particular, debo poner de relieve, que ese criterio lo tomé de un asunto similar, en donde se gestionó la conversión de suspensión a quiebra al amparo de la ley derogada; no obstante, basado en el principio de derecho “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición” y sobre todo por ser este procedimiento de interés público, por lo que estamos litigando el asunto.

## XII. DELITOS

Existen sólo cuatro delitos en la ley de la materia, de querrela, y los enunciaré: el incumplimiento generalizado de obligaciones, de los administradores, contabilidad defectuosa y créditos inexistentes o simulados. No desarrollo el análisis de éstos, pues sería materia de otro ensayo, y excedería la extensión de este trabajo de investigación.

## XIII. RETROACCIÓN

Cuando una empresa cae en desgracia económica, por las razones endógenas o exógenas que la afecten, el presidente del Consejo o administrador único, o, en su caso, la persona física que empieza a tener un incumplimiento generalizado de obligaciones o insolvencia en su desesperación empieza a poner los



activos a nombre de personas de su confianza (*Nominis*) o de la cónyuge. Es importante señalar que no hay que confundir Órgano de Gobierno con los apoderados, tan es así que sólo el Órgano de Gobierno puede gestionar, en su caso, la solicitud del concurso, nunca el apoderado aunque tenga facultades para actos de dominio, de administración y para pleitos y cobranzas, en este supuesto habrá falta de legitimación.

En ese supuesto primario de la ley concursal, conserva una figura que no existe en ninguna otra parcela del conocimiento y es la retroacción.

Esta institución consiste en que todos los actos llevados a cabo con esa finalidad dentro de los 270 días naturales a la sentencia que declare el concurso mercantil, por parte del juzgador, serán nulos e ineficaces frente a la masa pasiva de acreedores, sobre todo los que son de naturaleza gratuita.

En el mismo sentido, serán ineficaces los actos y enajenaciones en los que el comerciante pague una contraprestación de un valor notoriamente superior o reciba una contraprestación de valor notoriamente inferior a la prestación de su contraparte.

También lo son aquellas operaciones celebradas por el comerciante en que se hubieren pactado condiciones o términos que se aparten de manera significativa de las condiciones prevalecientes en el mercado en el que se hayan realizado a la fecha de su celebración, o de los usos o prácticas mercantiles.

De igual forma, las remisiones de deuda hechas por el comerciante. En el mismo sentido el pago hecho por el comerciante de obligaciones no vencidas, o cuando se hagan descuentos que realice el comerciante, después de la fecha de retroacción, los cuales serán considerados como pago anticipado.

Existe un caso de excepción, que es cuando la masa pasiva de acreedores se aprovecha de los pagos hechos al comerciante.

Es importante poner de relieve, cuando los terceros devolvieren lo que hubiere recibido del comerciante, quienes podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos, evidentemente ante el conciliador.

También existe otro punto que se debe puntualizar y es cuando el que hubiere adquirido de mala fe cosas en fraude acreedores, responderá ante la masa de los daños y perjuicios que con su comportamiento hubiere ocasionado, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe o se hubiere perdido.

#### XIV. QUIEBRA

Esta fase del procedimiento concursal surge cuando transcurre el término concedido para la conciliación y no haya habido convenio con los acreedores,

entonces surge el desapoderamiento de los bienes a favor del síndico, quien contará con facultades de pleitos y cobranzas, de administración y de actos de dominio.

La finalidad es la conversión de los activos que quedaren y liquidar a los acreedores hasta donde alcance a precio de quiebra y sin ser una regla general, los pesos se pagan a centavos; por eso conviene a los acreedores, reducir sus pretensiones, con tal de recuperar su crédito, aunque sea el puro capital.

## XV. EPÍLOGO

Con lo anterior he dado un breve bosquejo del inmenso mundo de lo concursal; espero que le sea útil al público lector; deseo que le saquen el provecho debido.

## XVI. CONCLUSIONES

*Primera.* Este procedimiento es de interés público y es la solución para aquellos comerciantes que han caído en desgracia económica y necesitan revitalizarse.

*Segunda.* Por ser de interés público, no conviene la existencia de estos procedimientos, pues se cierran las fuentes de trabajo; vean el caso de Mexicana.

*Tercera.* Es importante que se imparta en las escuelas de derecho, pues en la inmensa mayoría se desconoce o se confunde con el derecho mercantil, cuando por su importancia sobrepasa a esa otra disciplina jurídica.

## LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO Y EL MUNDO

Rodolfo ORTIZ ORTIZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Administración pública y seguridad social. Políticas de protección social.* III. *Antecedentes de la seguridad social.* IV. *Situación actual en México y Latinoamérica.* V. *Cobertura.* VI. *Seguridad social: un tema pendiente.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

El tópico de la protección social es de suma relevancia en nuestros días, ya que el tener acceso a ella deriva en la garantía del derecho humano a la seguridad social, que, dicho sea de paso, es y seguirá siendo un elemento clave para el establecimiento de una política económica sólida.

La correcta implementación de un sistema de protección social contribuirá de forma fáctica a la reducción de la pobreza, la exclusión y la desigualdad, al mismo tiempo que repercutirá en una mayor estabilidad política y una mejor cohesión social.

En pleno albor del siglo XXI, la seguridad social en México sigue siendo un tema de notable importancia dentro de la agenda nacional, por el carácter de proteccionismo imperante en nuestra realidad sociojurídica, en donde el Estado debe otorgar al individuo miembro de una sociedad, satisfacciones en el plano social, económico y cultural a través de una gestión integral que permita cumplir con todos esos aspectos.

Se trata, pues, de un tema transdisciplinario y de importancia universal, ya que la satisfacción de las necesidades de seguridad social trastocan algunos otros elementos esenciales para una calidad de vida que armonice con los estándares mínimos de la dignidad humana, lo que abordaremos desde una óptica jurídica y administrativa.

## II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SEGURIDAD SOCIAL. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN SOCIAL

La administración pública, como disciplina científica fundamental en las ciencias sociales, es considerada como el conjunto de conocimientos debidamente organizados y sistematizados que nos permiten explicar el funcionamiento del Estado, así como la elaboración de políticas que puedan atender a la siguiente interrogante: ¿cómo administrar los recursos públicos, dar atención a las necesidades de la población y con ello conseguir una sociedad satisfecha?

Las respuestas a estos planteamientos deben abordarse desde diversos puntos de vista que transiten hacia miradas multidisciplinarias enfocadas a la eficiencia, la eficacia y la equidad, que nos permitan explicar y comprender el desarrollo de nuestro país a la luz de las actuales reformas administrativas y de gobierno que se han implementado en los últimos años. Ésta es una condición *sine qua non* para alcanzar la legitimidad del Estado.

Tal satisfacción, que debe ser el eje sobre el que funcione la administración, y por ende, uno de los objetivos del derecho administrativo, se refleja en la seguridad social, entendida esta última como el conjunto de prácticas legales que fundan el Estado de bienestar, lo que ha provocado un proceso de socialización del derecho.

Sin importar la época o el lugar del orbe de que hablemos, una constante que podemos observar en todos los pueblos es la aspiración a constituir una sociedad en la que cada uno de sus miembros alcance la satisfacción de sus necesidades.

Debido a la mutabilidad y dinámica de la sociedad y a la naturaleza propia del ser humano, todos los que formamos el tejido social nos hallamos en un proceso de mejora permanente para intentar que sean cada vez menos los individuos que se encuentren en desventaja. Esta situación da surgimiento al Estado benefactor de derecho (derecho social), y ello a su vez origina la seguridad social.

### *Políticas de protección social*

La seguridad social es uno de los derechos fundamentales de las personas, ya sea que se observe desde la perspectiva de los derechos sociales (a través de un aspecto prestacional del ente estatal), o bien desde la línea de la administración pública.

Al ser un derecho humano, y en virtud de lo enunciado por la Constitución federal en sus numerales I y 133, al existir una noción de parámetro de constitucionalidad que deberá armonizar el marco normativo interno con el internacional, el Estado debe cumplir con un cúmulo de obligaciones para responder de esta garantía (respetar, proteger, garantizar y promover). Esta necesidad surge en función de uno de los fines que busca el derecho (que converge con la función esencial de la administración pública): la satisfacción del bien común o el bienestar social.

A pesar de lo anterior, en la realidad jurídica mexicana la tutela de la seguridad social ha sido desplazada por otros derechos que se han considerado de mayor relevancia, tanto en el orden legislativo como por el brazo articulador de la administración, que son las políticas públicas específicas.

Las denominadas políticas de protección social poseen un papel de suma importancia con respecto a la garantía del derecho humano a la seguridad social incluyente. Estas políticas están encaminadas a la reducción de la pobreza y desigualdad, además de apoyar el crecimiento inclusivo y el impulso del capital humano.

### III. ANTECEDENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A nivel global, el primer Estado-nación en velar formalmente por la seguridad social de sus habitantes fue Alemania. Tal como menciona Mesa Lago,<sup>1</sup> “entre 1883 y 1889 Otto von Bismarck establece un seguro social, que contemplaba la protección de los trabajadores contra riesgos sociales de la vejez, la invalidez y la enfermedad”.

A través de ese modelo, otros países industrializados establecieron sus propios sistemas de seguridad social, pero guiándose en todo momento en los principios de obligatoriedad, cotización de empleadores y trabajadores y el papel regulador del Estado.

Con la conclusión de la Primera Guerra Mundial se funda la Organización Internacional del Trabajo, organismo que hasta la fecha vela por la seguridad del sector laboral y sus prestaciones, a través del establecimiento del seguro social como un instrumento indispensable para proteger a los trabajadores y sus familias. Si bien, formalmente debemos el desarrollo del término de “seguridad social”, a sir William Beveridge, quien propuso en

---

<sup>1</sup> Mesa Lago, Carmelo, *Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la seguridad social*, Santiago de Chile, Comisión Americana para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2005, p. 13.

1942 un plan de “seguridad social” que integrara los seguros sociales, la asistencia social y los seguros voluntarios complementarios. Por otro lado, Ruiz Medina<sup>2</sup> señala que el informe Beveridge (IB) es el primer documento de esta naturaleza que se conoce en el campo de la seguridad social.

### 1. *Antecedentes en México*

La seguridad social<sup>3</sup> nace como una exigencia social del sector menos favorecido<sup>4</sup> a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX: los obreros. Las exigencias de este sector giraban en torno a generar condiciones que les permitieran resarcir los bajos salarios, la necesidad de viviendas, así como atender necesidades primordiales, como las enfermedades o los accidentes de trabajo. Bajo tal orden de ideas, y tal como hemos expresado en líneas anteriores, la seguridad social tiene el firme interés de atender el bienestar y el adecuado desarrollo de las personas, configurándose como una institución pública fundamental de cualquier Estado, ya que busca la integralidad de los servicios en aras de lograr la justicia social; es decir, si bien sus beneficios se perciben en la esfera individual, la organización existente tras ella es interdependiente y colectiva.

El movimiento revolucionario gestado a partir de 1910 en nuestro país generó una situación convulsa en lo que respecta a la administración interna, si bien su culminación nos brinda el documento más importante del último siglo (jurídica y administrativamente hablando): la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, de tipo social y vigente hasta nuestros días. En este texto se plasmó el derecho a la seguridad social<sup>5</sup> y se reivindicaron los derechos que protegen a la clase trabajadora, de los cuales el Estado se convierte en garante.

---

<sup>2</sup> Ruiz Medina, Manuel Ildelfonso, *Políticas públicas en salud y su impacto en el seguro popular*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2011.

<sup>3</sup> Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA).

<sup>4</sup> Tal como ocurriera un siglo antes en Francia con los denominados derechos de “primera generación” o derechos civiles y políticos, en donde el sector más vulnerable era la ciudadanía y a través de una lucha social y choque de clases lograron la consolidación del primer documento de corte garantista: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>5</sup> Si bien es cierto que en ese momento y hasta hace pocos años el término “derecho” era poco usado y en su lugar se utilizaba la denominación de “garantía”, habiendo pues garantías relativas a la seguridad social.

En materia de seguridad social, la fracción XXIX del artículo 123 del texto original de la Constitución de 1917 establece las bases de la seguridad social.

Más adelante se gestan diversas reformas a ese numeral de la CPEUM; que se convierte en bastión de la seguridad social, conjuntamente con el artículo 4o.

## 2. Legislación

De dichas disposiciones constitucionales se han derivado otros ordenamientos, con los que se constituye el sistema jurídico de la seguridad social en México.

- El 12 de agosto de 1925 se expidió la Ley de Pensiones Civiles, que tendría por objeto beneficiar a los trabajadores al servicio del Estado, quienes comenzaron a recibir servicios y prestaciones por parte del gobierno federal.
- En 1926 se publicó la Ley de Retiros y Pensiones del Ejército y Armada Nacionales, que protege al personal militar.
- El 19 de enero de 1943 se publicó la Ley del Seguro Social, que establece que la finalidad de la seguridad social era garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia, los seguros y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.
- En lo que respecta al sector burocrático, en 1959 se promulgó la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, mediante la cual se creó el ISSSTE (1960).
- Durante la década de los sesenta, la seguridad social comienza a tornarse con un carácter integral, y surgieron instituciones como el Infonavit y el Fovissste, además de la creación de sitios recreativos, farmacias y tiendas.
- El 12 de marzo de 1973 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una nueva Ley del Seguro Social, que fue abrogada el 21 de diciembre de 1995 por otra de igual denominación.
- Para 1984 entró en vigor la Ley del ISSSTE, que abrogó a la de 1959, y el 31 de marzo de 2007 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una nueva Ley de este Instituto, que establece, entre otras cosas, nuevos esquemas para la administración de los fondos de retiro.

## IV. SITUACIÓN ACTUAL EN MÉXICO Y LATINOAMÉRICA

A varias décadas de su formal nacimiento en nuestro país, sigue siendo un rubro que ha ido variando con cada administración presidencial. Es de conocimiento general que la cobertura universal en servicios de salud no se ha logrado como se han planteado las instancias respectivas de gobiernos federales y estatales en diferentes sexenios. Ni Vicente Fox ni Felipe Calderón ni Peña Nieto en los últimos tres periodos de gobierno han sido capaces de poner sus ojos en este problema nacional.

La seguridad social ha sido objeto de numerosas discusiones en foros mundiales; en Latinoamérica ha sido el resultado de un proceso histórico con implicaciones de orden económico, político y social, ya que se adoptó el modelo basado en los seguros sociales (prestaciones sociales contributivas y asistenciales).

Si bien en un momento este sistema contribuyó a mejorar las condiciones de vida en la región, nunca alcanzaron una amplia cobertura, y a medida que fueron madurando presentaron problemas de financiamiento, de equilibrio económico y de equilibrio actuarial.

## V. COBERTURA

Es enormemente aceptada la necesidad de protección social; sin embargo, en una gran mayoría de la población a nivel global se continúa sin dar cumplimiento al derecho humano a la seguridad social. Para muestra de la aseveración anterior, de acuerdo con datos de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), únicamente el 29% de toda la población mundial posee acceso a un sistema de seguridad social integral, mientras que el 71% restante tiene una cobertura parcial, o bien carece por completo de ella.<sup>6</sup>

### 1. Cobertura en México

El sistema de la seguridad social en México se encuentra en manos de entidades públicas, ya sean federales o locales, y de organismos descentralizados, por medio de los cuales se pretende brindar una garantía real del

---

<sup>6</sup> OIT, *Informe Mundial sobre la protección social 2017-2019*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017, disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_602867/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_602867/lang-es/index.htm).



derecho a la salud; es decir, el acceso a la asistencia médica, a medios de subsistencia y servicios sociales para el bienestar social, además de, en su momento, la asignación de una pensión. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad de Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y la Secretaría de Salud (SS) cubren al mayor número de la población beneficiada en la atención de la salud. La cobertura de la Secretaría de Salud se orienta prioritariamente a la atención médica (“Seguro Popular”).

### CUADRO HISTÓRICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

PERIODO PRESIDENCIAL	DERECHOHABIENTES INICIO	DERECHOHABIENTES FINAL
Luis Echeverría Álvarez (70-76)	12,195,991	22,239,065
José López Portillo (76-82)	22,239,065	33,326,630
Miguel de la Madrid (82-88)	33,326,630	44,235,420
Carlos Salinas de Gortari (88-94)	44,235,420	47,862,670
Ernesto Zedillo (94-2000)	47,862,670	55,119,571
Vicente Fox (2000-2006)	55,119,571	73,107,223*
Felipe Calderón (2006-2012)	73,107,223	125,563,505
Enrique Peña Nieto (2012-2018)	125,563,505	132,657,136**

Fuente: Elaboración propia.

\* Hay que hacer el señalamiento de que la cifra a partir de este sexenio sube exponencialmente debido a la creación del sistema de protección social en salud (Seguro Popular).

\*\* Podría pensarse erróneamente que esto significa una cobertura total de la población nacional; sin embargo, hay que tener en cuenta la enorme cantidad de duplicidad de registros que existe.

No es ajeno a nadie el hecho de que dichas instituciones no sólo brindan servicios médicos, sino que ofrecen toda una gama de servicios y prestaciones integrales de la seguridad social, tales como las otorgadas por enfermedad, vejez, accidentes de trabajo, invalidez y maternidad, por citar algunas, a las que tienen acceso los cotizantes, así como sus familiares y sobrevivientes.

Existen algunos instrumentos que nos permiten clarificar las dimensiones del papel que juega la seguridad social en el país. Por ejemplo, atendien-

do a datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, se tiene un registro que a finales de 2012 seis de cada diez personas ocupadas no cotizan en ninguna institución de salud, situación que únicamente ha mejorado dos puntos porcentuales en el término de siete años.<sup>7</sup>

Es sumamente preocupante que en lo tocante a los trabajadores independientes o por cuenta propia estos se encuentran de forma notable excluidos de los servicios de salud, ya que, por ejemplo, de los once millones 682 mil 527 trabajadores independientes en el país únicamente tienen acceso a las instituciones de salud la irrisoria cantidad de 2 mil 751; hablamos de un ínfimo 0.02 %.

Ahora, si bien es cierto que se creó el seguro popular para cubrir el déficit de cobertura en la seguridad social, la última información disponible en la Encuesta Nacional de Empleo arroja que el avance ha sido insuficiente, ya que sólo se ha podido cubrir un 27% del total de trabajadores que no tenían acceso a instituciones de seguridad.

## 2. *Tendencia mundial*

Es un tema de suma trascendencia las tendencias que han surgido en los países más y menos desarrollados del globo. En tanto que varios países (principalmente europeos) de altos ingresos han contraído sus sistemas de seguridad social, muchos otros en vías de desarrollo (México entre ellos) han tratado de extenderlos.

Los Estados miembros de la Unión Europea han limitado su gama de prestaciones y limitado el acceso a servicios públicos de calidad (aunado además a problemas como el desempleo, salarios bajos y aumento en los impuestos), tanto así, que se han visto afectadas en la actualidad 123 millones de personas en la Unión Europea —el 24 por ciento de la población—. Se requiere urgentemente sumar esfuerzos para lograr la cobertura universal de salud.

No es problema únicamente de los países rezagados, ya que además, según los nuevos datos presentados en el Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019, la protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 55% de la población mundial carece de cobertura de seguridad social. Es evidente que se requieren mayores esfuerzos conjuntos para trabajar en aras de una cobertura de salud universal y

---

<sup>7</sup> INEGI, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, México, 2019, p. 7, disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/iooe/iooe2019\\_04.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/iooe/iooe2019_04.pdf).

del objetivo asociado de establecer pisos de protección social, como solicitó recientemente la Asamblea General de la ONU.

## VI. SEGURIDAD SOCIAL: UN TEMA PENDIENTE

Si bien en líneas anteriores se mencionó que la seguridad social es un tema de agenda nacional, ello no implica que se le dé la magnitud que debiera. Para muestra de ello, podemos tomar las ideas de Juan Pablo Castañón García,<sup>8</sup> quien evidenció que “75% de la población en México está excluido de los beneficios de la seguridad social...”; además, “No se ha podido consolidar un sistema integral y nacional de seguridad social, es el gran pendiente de México”.

La mayor parte de la población ocupada en el país está excluida de un esquema sustentable de prevención. Las personas con empleo informal permanecen sin cobertura o con una protección marginal, a excepción de la salud vía el seguro Popular, que habrá que analizarse en años venideros, puesto que pasará a depender del (de por sí ya saturado) esquema de seguridad social ofrecido por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

### 1. *Seguridad social para trabajadores domésticos*

¿Cuál es la situación de México en función del contexto global respecto a este tema?, ¿cuáles son sus implicaciones?, ¿qué es lo que se puede hacer para mejorar las condiciones de los trabajadores domésticos en nuestro país?, ¿por qué a pesar de poseer una Constitución de corte social se encuentra desprotegido este sector? Será entonces el objetivo de las siguientes líneas, aportar un panorama sobre el tema y en la medida de lo posible formular las conclusiones pertinentes.

La situación laboral en México es un aspecto sumamente preocupante. En un país con más de 120 millones de habitantes, el sector del trabajo informal ha cobrado fuerza en los últimos años (con un crecimiento anual de 2.5% tan sólo en 2016), contando con aproximadamente 29.1 millones de trabajadores; es decir, más de la mitad de la PEA<sup>9</sup> se encuentra en una situación laboral irregular, y normalmente no cuentan con seguridad social (seguro

---

<sup>8</sup> Presidente del Consejo Coordinador Empresarial en México (CCE).

<sup>9</sup> La población económicamente activa para el último trimestre de 2016 era de 54 millones de personas.

médico y prestaciones de ley). Dentro de este espacio laboral se puede ubicar al trabajo doméstico

Las definiciones de trabajo doméstico varían según la legislación propia de cada Estado. En el caso específico de México, según lo estipulado por la Ley Federal del Trabajo<sup>10</sup> (artículo 331), “son trabajadores domésticos los que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia”, lo que conlleva desde un inicio a dejar fuera de consideración actividades tales como la jardinería, vigilancia y la de chofer. La legislación respecto a los trabajadores domésticos en México posee una cláusula cerrada.

A nivel global, el trabajo doméstico remunerado se erige como una de las principales fuentes de empleo. Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo,<sup>11</sup> representa aproximadamente el 4% de trabajo a nivel mundial y el 6% en América Latina y el Caribe.<sup>12</sup> De acuerdo con las estadísticas presentadas por la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) elaborada por el INEGI,<sup>13</sup> se señala que existen 2.3 millones de trabajadores domésticos en el país, lo que representa un 4.2% de la PEA nacional. Es decir, si bien la situación de México es relativamente acorde a la tendencia mundial, lo preocupante es lo que concierne a la seguridad social de que carecen todos esos trabajadores.

Nacionalmente no existe ningún ordenamiento que obligue a los patrones a cumplir con obligaciones propias de la seguridad social respecto a las personas trabajadoras del hogar que laboren para ellos. Por ejemplo, si la o el empleado doméstico vive en el mismo domicilio que sus empleadores, estos últimos no se hallan obligados a cumplir con las aportaciones estipuladas en el numeral 136 de la Ley Federal del Trabajo relativas a las habitaciones destinadas a los trabajadores; por otro lado, la afiliación al IMSS es voluntaria. ¿Cuál ha sido el resultado de esto? Una tasa de afiliación de únicamente un 0.1% (alrededor tres mil personas), cifra que resulta por demás indignante. Hablamos de un rezago tremendo en este rubro; pero para dimensionar mejor esta cantidad podemos atender al informe “Políticas de Formalización del Trabajo Doméstico Remunerado en América Latina y

<sup>10</sup> Ley Federal del Trabajo, México, 1970, última reforma: 1o. de mayo de 2019.

<sup>11</sup> Organización Internacional del Trabajo (2016), *Protección social del trabajo doméstico Tendencias y estadísticas*, 2016, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_458939.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_458939.pdf).

<sup>12</sup> En los países industrializados, el trabajo doméstico como porcentaje del empleo total no llega a representar más del 1.5 por ciento, en comparación con los países en desarrollo y emergentes, donde la importancia es mayor.

<sup>13</sup> INEGI, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, México, 2017.

el Caribe”,<sup>14</sup> de acuerdo con el que México no sólo ocupa el último lugar dentro de Latinoamérica<sup>15</sup> en cobertura de seguridad social para trabajadores domésticos, sino que además la diferencia entre nuestro país y el mejor posicionado (Uruguay con 43.2%) es abismal.

El problema radica en primer lugar en que la cobertura para este sector laboral es voluntaria, lo que indudablemente limita la efectividad de los esfuerzos que puedan realizarse para extender la seguridad social. Sin embargo, esto no debería ser determinante, ya que inclusive países con un régimen similar, como El Salvador, se encuentran mejor posicionados, con una cobertura diecinueve veces mayor. Respecto a ese ínfimo porcentaje de trabajadores domésticos a los que sus patrones han afiliado de forma voluntaria, tampoco gozan de una verdadera e integral seguridad social. Al incorporarse al régimen voluntario, se accede únicamente al seguro de enfermedades y maternidad (atención médica, hospitalaria y medicamentos),<sup>16</sup> y dejan fuera de consideración a los seguros de riesgos de trabajo; invalidez y vida; retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; guarderías y prestaciones sociales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>17</sup> garantiza la libertad de trabajo en su artículo 5o.<sup>18</sup> y se encarga de regular las disposiciones del mismo a través del artículo 123 con base en los principios de dignidad y utilidad social; si bien es cierto que el apartado “A” de dicho numeral establece la necesidad de legislar en materia de empleo doméstico, la propia Ley Federal de Trabajo marca una diferencia, al considerarlo como un régimen laboral especial, lo que limita el ámbito de protección que goza, y puede propiciar una situación de discriminación y explotación laboral, así como un salario insuficiente. Debemos recordar que a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de

---

<sup>14</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y El Caribe*, 2016, p. 4, disponible en: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms\\_480352.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_480352.pdf).

<sup>15</sup> De entre un total de doce países analizados, entre los que destacan Uruguay, Chile, Ecuador, Argentina, El Salvador y México.

<sup>16</sup> Sin embargo, no cubre cirugía estética, adquisiciones de anteojos, lentes de contacto; cirugía para corrección de astigmatismo; tratamiento de lesiones autoinfligidas; examen médico preventivo; tratamientos dentales; tratamientos quirúrgicos o médicos de fertilidad, entre otras.

<sup>17</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), última reforma: 15 de mayo de 2019.

<sup>18</sup> En su primer párrafo, dicho numeral establece que “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”.

2011, en su artículo primero, el citado texto garantiza el goce de los derechos humanos (así como las garantías para su protección) reconocidos por la propia Constitución y los tratados internacionales (cláusula abierta de interpretación) signados por México. En ese tenor, si bien no se está violando el derecho al trabajo de los empleados domésticos y también se les reconoce dentro de la legislación reglamentaria derivada del artículo 123, lo que sí se está haciendo es limitar sus garantías al reconocerlos bajo un régimen especial, con grandes diferencias de un trabajador en general. Para ejemplificar esto podemos acudir a las siguientes particularidades: el pago de un trabajador doméstico se establece conforme a la negociación entre el empleado y el empleador; se le puede despedir incluso de forma injustificada simplemente pagando una indemnización, y aun comprobando el despido injustificado no existe obligación a reinstalarlo. Además, se debe tener en consideración que una parte considerable de estos trabajadores poseen escasa o nula escolaridad, lo que los convierte en sujetos vulnerables ante el abuso patronal, y difícilmente sabrán acceder a las garantías que poseen. El mismo artículo lo establece el principio pro persona<sup>19</sup> para poder aplicar la normatividad que brinde mayor protección; es en este punto donde entra en juego el derecho internacional por medio de las declaraciones, tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Un inconveniente de algunos instrumentos internacionales es que ciñen únicamente al reconocimiento de derechos; por ejemplo, el PIDESC,<sup>20</sup> en su artículo 9, se limita solamente a reconocer el derecho de toda persona a la seguridad social, sin atender la forma en que deberá garantizarse el acceso a la misma. Por otro lado, existen también documentos que se encargan de que cada Estado que firme adopte medidas para brindar protección en específico al sector laboral ya referido, de forma vinculante. El Convenio 189<sup>21</sup> y la Recomendación sobre las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos,<sup>22</sup> ambos de la OIT (2011), son claros ejemplos de ello. El Convenio se gesta considerando la infravaloración del trabajo doméstico y en atención de que en aquellos países considerados en desarrollo este sector constituye una proporción importante de la fuerza laboral.

---

<sup>19</sup> Al señalar que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

<sup>20</sup> Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1996.

<sup>21</sup> Organización Internacional del Trabajo (2011), Convenio sobre las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos.

<sup>22</sup> Organización Internacional del Trabajo (2011), Recomendación sobre las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos.

Dentro de sus contenidos más destacables están la definición de trabajo y trabajador doméstico (cláusula abierta), la protección de sus derechos humanos, la fijación de una edad mínima, pugna por la existencia de un contrato de trabajo, horas extras, vacaciones, días de descanso, el establecimiento de un régimen de salario mínimo, un entorno de trabajo seguro, principio pro persona (no afectación de disposiciones más favorables), y la que podríamos considerar más importante: la equiparación de condiciones laborales del trabajador doméstico con el trabajador en general. La recomendación<sup>23</sup> toca puntos relativos a la libertad sindical, la protección ante el abuso, acoso o violencia y la promoción y acceso a los derechos de seguridad social. Sin embargo, a pesar de que existan documentos-guía en la materia como los descritos anteriormente, estos son vinculantes únicamente para aquellos Estados que los ratifican, y México no forma parte de ese cúmulo de países.

Con todo lo expuesto hasta el momento, ¿qué es lo que se puede o debe hacer para lograr que las condiciones adversas de los empleados domésticos se equiparen a las de un trabajador en general, o al menos le sean reconocidos una mayor cantidad de derechos? Resulta evidente que se debe formular una reforma estructural que amplíe los derechos de los trabajadores domésticos. A manera de conclusión, parece prudente enunciar los siguientes puntos:

- 1) México debe ratificar el Convenio 189 de la OIT, y consecuentemente, la Recomendación sobre las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos; lo anterior, en pro de contribuir a la restitución de derechos, o bien de mejorar las condiciones laborales y de vida de las y los trabajadores domésticos en el país, a través de normas y directrices operadas por el sector estatal.
- 2) La adhesión al Convenio traerá consigo una reforma de las normas en la materia; así, tanto la Ley Federal del Trabajo como la Ley del Seguro Social deberán armonizarse con las disposiciones internacionales; la primera, en el sentido de equiparar las condiciones laborales entre un trabajador en general y uno del sector doméstico, y la segunda, estipulando la afiliación obligatoria a la seguridad social, garantizando así todas las prestaciones de las que se compone. Al respecto, la experiencia internacional puede ser orientativa para México.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Que complementa las disposiciones del Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (2011).

<sup>24</sup> Por ejemplo, en Brasil se gestó una reforma para igualar los derechos laborales de las trabajadoras domésticas, y Filipinas promulgó una ley especial: la Ley de Trabajadores Domésticos.

## 2. Aspectos a mejorar

De forma breve, me permitiré señalar los que a mi consideración son rubros que deben ser atendidos a la brevedad para que exista una mejora sustancial en materia de seguridad social:

- Evaluación de la calidad técnica de los profesionales de la salud bajo estándares convenidos.
- Monitoreo de la satisfacción de los usuarios a través de los avales ciudadanos.
- Revisión periódica de los expedientes clínicos.
- Implementación de un programa de uso racional de medicamentos.
- Acreditación de unidades médicas.
- Se requiere un sistema legal, financiero e institucional de fondo.
- No podemos seguir abordando el problema con acciones aisladas o provisionales.
- Se debe abrir un debate nacional en torno a la reforma integral que se requiere en seguridad social, ya que es una reforma estructural pendiente.

Mientras no se gaste de verdad una política pública de cobertura universal y se institucionalice un programa de asistencia adecuado, la brecha marginal de pobreza no va sino a aumentar conforme la población crezca. Nos encontramos en un momento crítico para la estabilidad de la seguridad social en nuestro país.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), última reforma 15 de mayo de 2019.

INEGI, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, México, 2019, disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/iooe/iooe\\_2019\\_04.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/iooe/iooe_2019_04.pdf).

Ley Federal del Trabajo (1970), última reforma: 1o. de mayo de 2019.

MESA LAGO, Carmelo, *Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la seguridad social*, Santiago de Chile, Comisión Americana para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2005.



- Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos, 2011.
- OIT, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017, disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_602867/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_602867/lang-es/index.htm).
- Organización Internacional del Trabajo, *Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y El Caribe*, 2016, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_480352.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_480352.pdf).
- Organización Internacional del Trabajo (2016), *Protección social del trabajo doméstico Tendencias y estadísticas*, 2016, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_458939.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_458939.pdf).
- RUIZ MEDINA, Manuel Ildefonso, *Políticas públicas en salud y su impacto en el seguro popular*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2011.

## PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN EL SISTEMA NACIONAL DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Alejandro ROMERO GUDIÑO\*

La responsabilidad de un buen gobierno recae no en los gobiernos mismos, sino en cada una de las demás partes del sistema en el que funciona ese gobierno, incluyendo los medios, las organizaciones no gubernamentales y el público.

Geoff MULGAN

SUMARIO: I. *Corrupción y stakeholders*. II. *El sector privado como stakeholder*. III. *El copo de nieve de la lucha anticorrupción o cómo el sector privado puede poner en movimiento la bola de nieve*. IV. *Conclusiones*. V. *Fuentes*.

Al ser una política de Estado, el combate a la corrupción demanda la participación de diferentes actores sociales, además de las propias instituciones gubernamentales.

Aquí se abordan algunas propuestas para la participación del sector privado. Para ello, se recupera el modelo teórico de *stakeholders* y la experiencia de algunos países, como una guía para orientar aquellos mecanismos que pueden implementarse en nuestro país. Con ello, el aporte de este trabajo trasciende el nivel de diagnóstico sobre la corrupción y su incidencia; también trasciende el nivel descriptivo sobre la estructura del sistema nacional anticorrupción, pues enumera casi 30 dimensiones que deben contemplarse para una vinculación efectiva y la creación de indicadores relativos a la participación social en dicho sistema.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana.

Si vamos a analizar la participación del sector privado, debemos partir de una visión de corresponsabilidad social. Porque algunas personas tienen la percepción de que la corrupción está del lado del gobierno, de los partidos políticos y de los funcionarios públicos; como si de un mismo lado estuviesen todos los buenos y, del otro lado, todos los malos.

En términos políticos, la corrupción socava las bases de la confianza en las instituciones, las cuales son necesarias para que exista una ciudadanía participativa y una democracia efectiva. En términos económicos, la corrupción encarece los bienes y servicios, con lo que limita las opciones de desarrollo para toda la población, en particular, para los más pobres. Según algunas estimaciones, en México la corrupción representa un menoscabo al crecimiento del país de entre 2 y 9% del PIB<sup>1</sup> o hasta de 14%, según María Amparo Casar, del Instituto Mexicano para la Competitividad,<sup>2</sup> lo que notoriamente supone un rezago acumulativo en el desarrollo nacional y, por lo tanto, un círculo vicioso de déficit institucional.

El problema de la corrupción no sólo requiere una reforma institucional, ya que, a pesar de los malos resultados reportados por Transparencia Internacional, los datos del *Worldwide Governance Indicators* del Banco Mundial indican que México posee instituciones evaluadas de forma positiva. Existe también un efecto social no menos importante. Me refiero a la reproducción de una cultura de la corrupción, que ve como normal, aceptable y previsible que ciertos asuntos se manejen de la forma que consideramos corrupta. En conclusión, se tiene que avanzar en varios frentes simultáneamente, el institucional y el educativo.

El Banco Mundial produce un conjunto de indicadores que nos permiten identificar la situación que prevalece en cada país, respecto de las siguientes dimensiones, así como el valor que obtiene México en una escala de 1 a 10:

— Rendición de cuentas	5.5
— Eficacia del gobierno	6.6
— Calidad del marco normativo	7.4
— Estado de derecho	2.0
— Control de la corrupción	2.6

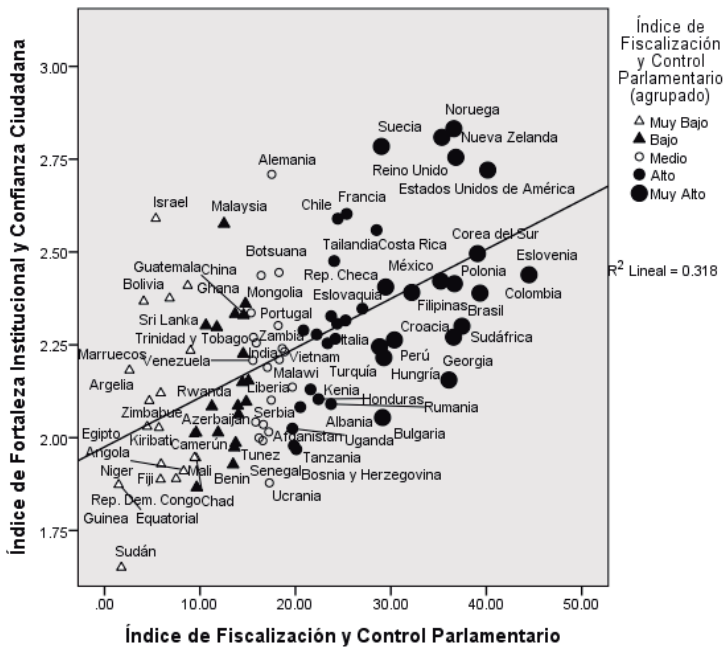
<sup>1</sup> Conforme al Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2015, de Transparencia Internacional (TI).

<sup>2</sup> Casar, M. A., “Corrupción cuesta hasta 14% de ingresos de los hogares”, *El Economista*, 13 de octubre, pp. 38 y 39.

Tomadas de forma aislada, estas calificaciones nos llevan a dos conclusiones muy diferentes: que el desarrollo normativo e institucional de México se han fortalecido, pero su desempeño es pobre.

Sin embargo, al comparar estos registros con las calificaciones que obtienen los países integrantes de la Intosai, observamos que México se mantiene en el promedio de naciones con niveles semejantes de desarrollo, en dos índices compuestos, que permiten evaluar la calidad de la gobernanza del país, así como de sus instituciones de fiscalización y control parlamentario, esto es, el Índice de Fiscalización y Control Parlamentario (IFCP) y el Índice de Fortaleza Institucional y Confianza Ciudadana (IFICC) (gráfica 1).

GRÁFICA 1



FUENTE: elaboración propia.

El Índice de Fortaleza Institucional y Confianza Ciudadana integra tanto los criterios de los Indicadores de Gobernanza del Banco Mundial como los de confianza calculados por la Encuesta Mundial de Valores (*World Value Survey*).

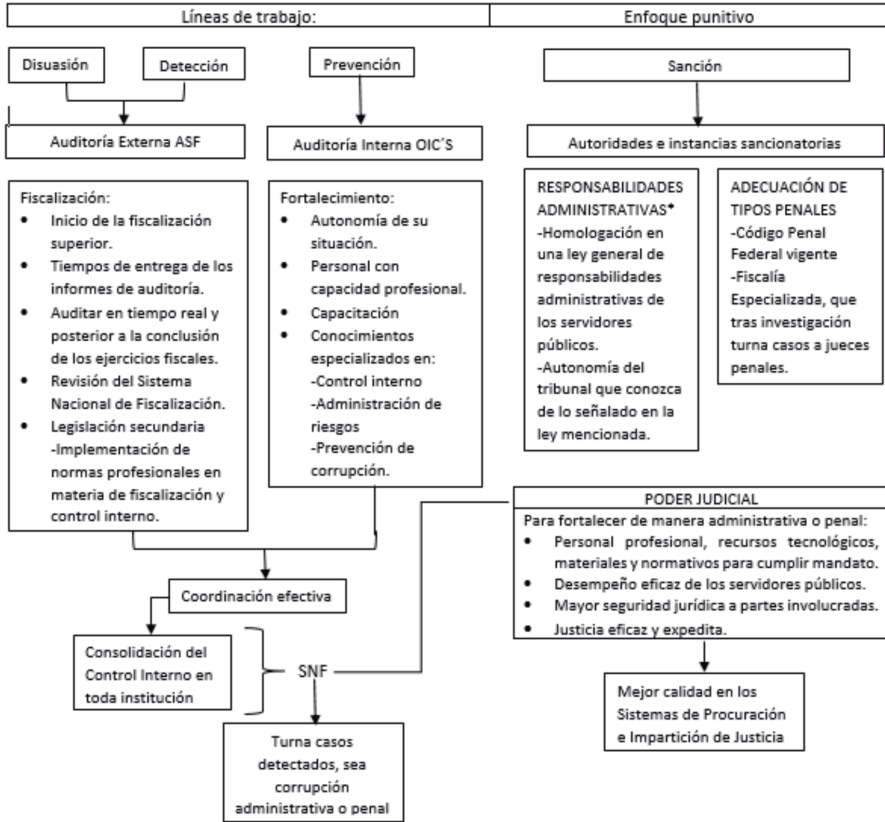
Por su parte, el Índice de Fiscalización y Control Parlamentario integra aquellas variables que indican las características que guarda la relación entre el SAI y el Parlamento, si se rinden informes al Parlamento y si existe un PAC.

La posición de México puede encontrarse en el cuadrante superior y en una condición comparable a países con niveles de desarrollo superiores. Sin embargo, como hemos señalado, eso no ha sido suficiente para hacer prevalecer el Estado de derecho y el control de la corrupción.

Por el nombre *sistema nacional de combate a la corrupción*, entendemos una relación jurídicamente prescrita entre diversos órganos del Estado que poseen facultades complementarias y cuyo objetivo, de manera amplia, es la prevención, investigación y sanción de las conductas que representan faltas administrativas o penales tanto de los servidores públicos, como de aquellos responsables de la correcta aplicación y uso de recursos públicos. Es, por tanto, un mecanismo de coordinación normativa e institucional.

Funcionalmente, en la siguiente gráfica aparecen los órganos que conforman al Sistema, asociados con la función que cumplen y los procesos que comprenden.

GRÁFICA 2  
 FUNCIONES Y PROCESOS DEL SNA



FUENTE: elaboración propia.

Lo expuesto hasta aquí puede reafirmar análisis y esquemas que ya han circulado profusamente. A partir de este punto, quiero poner las bases que me permitan colocar el tema en una perspectiva que nos ayude, en la tercera parte, a relevar el papel del sector privado.

### I. CORRUPCIÓN Y *STAKEHOLDERS*

Al hablar de corrupción nos enfrentamos a un término que parece simple y obvio, pero que tiene muchas sutilezas a la hora de buscar sus implicaciones

prácticas. A la hora de intentar resolverlas, cualquier definición se queda corta.

La corrupción tiene un origen multicausal, de hecho, uno de los aspectos a destacar es que se trata de un entramado de factores que dan origen a la corrupción.

Seldadyo y Haan vinculan la corrupción con factores económicos e institucionales y no morales, por lo que recuperan los modelos de *gorriones* o capturadores de rentas (*rent seeking*) y principal agente, es decir, la explicación de la corrupción depende de los incentivos de beneficio presentes a los agentes. La existencia de poderes discrecionales para que las autoridades diseñen y gestionen la regulación, la presencia de rentas económicas asociadas con el poder, así como un sistema de justicia débil donde haya poca probabilidad de ser detectado y castigado.<sup>3</sup>

Por el contrario, otros autores apuntan a factores de índole sociocultural, por lo que se habla de una “construcción social de la corrupción”. La corrupción no es un asunto meramente individual o de conciencia personal; más bien se trata de un sistema construido interactivamente, pues un individuo, con cada uno de sus actos, contribuye a la construcción de la sociedad. La suma de lo que pueden parecerse “inocentes acciones”, “que no dañan a nadie”, va formando poco a poco reglas de conducta basadas en valores sociales espurios. El que aprende que las formas de relación deben mediarse por el interés pecuniario forma su carácter hacia el interés monetario.<sup>4</sup>

La misma corrupción genera un aprendizaje social y una expectativa, por lo cual ante ciertas circunstancias algunos consideran “natural” que los mecanismos de acción sean informales —por no decir ilegales— y se reproduzcan los patrones de corrupción.<sup>5</sup>

Jaime Cárdenas considera que la base de la corrupción es el abuso del poder, a ello quiero agregar que es la falta de limitaciones al poder lo que da pauta a la corrupción. Es claro que un elemento al que dedica atención Cárdenas corresponde a la participación e interés de la sociedad para la vigilancia de la actuación de las autoridades. Sin duda un aspecto indispensable, pero no suficiente, si se carecen de los mecanismos que hagan coactivo el cumplimiento de normas, que impongan sanciones, etcétera.

---

<sup>3</sup> Seldadyo, Harry y Haan, Jakob de, *The Determinants of Corruption: Literature Survey and New Evidence*, University of Groningen. disponible en: [http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/seldadyo\\_determinants\\_corruption.pdf](http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/seldadyo_determinants_corruption.pdf).

<sup>4</sup> Serrano Sánchez, J. A., “La política oficial de combate a la corrupción en México: una revisión”, *Andamios. Revista de Investigación Social*, México, UACM, 2009, vol. 6, núm. 12, p. 234.

<sup>5</sup> *Idem*.

Habiendo expuesto que la corrupción es multicausal, es más sencillo entender que, afortunadamente, se trata de un concepto que crea *stakeholders*. Si pensamos en diversos interesados y participantes, es que reconocemos tanto una sociedad plural como una sociedad con legítimos intereses y responsabilidades por parte de los múltiples integrantes.

Al hablar de responsabilidad social de la empresa, se suele identificar a todos los participantes en lo que también se ha llamado cadena de valor. Estos *stakeholders* abarcan desde los accionistas hasta los empleados y proveedores de una empresa. Según Freeman y Reed, los *stakeholders* se refieren “a cualquier grupo o individuo identificable que puede afectar a la consecución de los objetivos organizativos”; también consideran esta otra definición: “cualquier grupo o individuo del que depende la organización para su supervivencia en el tiempo”.<sup>6</sup>

Diversos grupos de interés, grupos de protesta, dependencias del gobierno, cámaras de comercio, competidores en el mercado, sindicatos, segmentos de clientes, trabajadores y accionistas, entre otros, forman parte de los *stakeholders*. Si aplicamos este enfoque, tenemos una magnífica herramienta para interpretar la relación que puede surgir entre ese nudo que se forma entre corruptor y corrupto.

GRÁFICA 3



<sup>6</sup> Freeman, R. y Reed, D., “Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance”, *California Management Review*, núm. 25, 1983, p. 91.



## II. EL SECTOR PRIVADO COMO *STAKEHOLDER*

Poner al sector privado como *stakeholder* me permite hablar de varias vertientes que tiene la empresa de cara al combate contra la corrupción. Comienzo por la confianza como un tipo de activo intangible, crucial para el éxito de una empresa. Para que funcione la cadena de valor, deben desarrollarse relaciones de confianza y una imagen de confianza en las empresas. Transparencia Internacional, institución líder en cuanto a medición y estrategias contra la corrupción, posee datos que revelan la preocupación de los ejecutivos por el pago de sobornos, como una extendida práctica para obtener contratos, con lo cual intentan la competencia abierta en el mercado. Prácticas contables cuestionables, incumplimiento de garantías laborales y negativas externalidades ambientales y energéticas, como mostró, por ejemplo, el reciente escándalo de los *Panama Papers*. Si, por una parte, todas ellas son condiciones injustas que afectan la iniciativa y libre competencia y, por lo tanto, es de sobra justificado el interés de avanzar en una agenda que erradique estas prácticas en o en contra del sector público.

La *Encuesta de Fraude y Corrupción en México*,<sup>7</sup> elaborada por la firma KPMG (2010), tuvo como objetivo analizar el impacto de los fraudes en las compañías que operan en México, así como analizar comparativamente algunos de sus rasgos más perjudiciales.

Según este reporte, 70% del daño económico sufrido por las empresas afectadas por algún quebranto se origina en el fraude en estados financieros. También existen efectos secundarios, en especial en la moral de los trabajadores y en la imagen de la empresa.

KPMG indica que 48% de los fraudes fueron detectados porque alguien los denunció, de donde se concluye que la principal defensa es la propia gente de la empresa. Será necesario que las empresas que operan en México enfrenten el reto de mejorar su capacidad de control interno y prevención de fraudes. La implementación de mecanismos de prevención del fraude corporativo permite reducir el riesgo hasta 70 por ciento.

Ocho de cada diez empresas que operan en México han padecido cuando menos un fraude en los últimos doce meses. A pesar de esas cifras contundentes, KPMG señala que, para 2010, sólo 30% de las compañías que operaban en México habían adoptado medidas de prevención de fraudes.

Por eso, no deja de sorprender que se piense en la corrupción como un problema “de lado del gobierno” y no —como es— un problema ampliamente extendido y compartido en todas las esferas de la sociedad.

---

<sup>7</sup> KPMG, *Encuesta de Fraude y Corrupción*, 2010, disponible en: [https://www.kpmg.com/MX/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Estudios/Encuesta\\_fraude\\_en\\_Mexico\\_2010.pdf](https://www.kpmg.com/MX/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Estudios/Encuesta_fraude_en_Mexico_2010.pdf).

### III. EL COPO DE NIEVE DE LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN O CÓMO EL SECTOR PRIVADO PUEDE PONER EN MOVIMIENTO LA BOLA DE NIEVE

Se dice que poner en movimiento una bola de nieve puede desencadenar una avalancha. Una amplia estrategia anticorrupción que incorpora el papel del sector privado y la sociedad civil, pero sin dejar de entenderse como una política de estado, es como un copo de nieve con 11 puntas. Cada una de estas 11 dimensiones se desagrega en varias ramificaciones.

El modelo que presento a continuación recoge varias experiencias internacionales, entre ellas, el sistema de transparencia presupuestal de Nueva Zelanda, y el observatorio de cultura cívica de Colombia, “Bogotá, cómo vamos”

También quiero recoger la experiencia exitosa de Hong Kong a través de la Comisión Independiente Contra la Corrupción (Independent Commission Against Corruption, ICAC).

Cuando se fundó en 1974, se consideraba la corrupción como un problema grave y extendido, por lo que parecía imposible revertir esa situación. Partiendo de un enorme escepticismo, apenas en tres años, el ICAC logró acreditarse porque rompió con todas las redes de corrupción en el gobierno y procesó a 247 funcionarios.<sup>8</sup>

Sólo como anécdota, en 2000 se hizo una lista de eventos históricos para Hong Kong y en el sexto lugar resultó la fundación del ICAC; asimismo, se consideró que su existencia era un factor para atraer inversión extranjera, con el lema “Nuestra ventaja competitiva es el ICAC”.

Proponemos un modelo comprehensivo de sistema anticorrupción desde la perspectiva de *stakeholders* en el que, como veremos en las dimensiones 9 y 10, entronca el papel del sector privado. Un esquema de este tipo es un todo, más que la suma de las partes.

1. El primer desafío es el de crear una estrategia y un mecanismo de racionalidad y coordinación; por ello, como ya contempla la reforma, se requiere un comité que coordine los esfuerzos anticorrupción.
  - 1.1. Un sistema de esta naturaleza no puede quedar circunscrito al entorno nacional; por el contrario, requiere vincularse con los mecanismos internacionales de gobernanza anticorrupción.

---

<sup>8</sup> Kwok, Man-wai, *Formulating an Effective Anti-corruption Strategy. The Experience of Hong Kong ICAC*, s.f., disponible en: [http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF\\_rms/no69/16\\_P196-201.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no69/16_P196-201.pdf).

1.2 El sistema requiere un mecanismo permanente, confiable, independiente y técnico para reportar los avances y evidencias. A él corresponderá establecer las metodologías para medir el cumplimiento de metas, aprovechará encuestas de satisfacción para diagnosticar la situación y buscará incluir al sector privado en estudios diagnósticos especializados, como ya se hace en México, por ejemplo, con las siguientes acciones:

- Evaluando el Desempeño del Gobierno Federal (2010).
- Encuesta sobre el costo de la regularización para las empresas en México (2007).
- Corrupción en la apertura de empresas. Acerca de la regulación y la corrupción en México (2006).
- Calidad del marco regulatorio en las entidades federativas (2006).
- Encuesta sobre Gobernabilidad y Desarrollo Empresarial (2005).

A este mecanismo deberán quedar subordinadas las metas e indicadores de cada ente que compone el sistema, por ejemplo, el Poder Judicial, y de esta manera contar con un observador imparcial.

2. Por lo que se refiere al sistema, éste, siguiendo la experiencia de Hong Kong deberá contar con tres estrategias principales: de prevención, de educación y de sanción.

2.1 Por lo que se refiere a la estrategia de prevención, ésta recaerá ampliamente en lo que sería el desarrollo administrativo: mejorar los sistemas de control, promover la integridad del personal, perfeccionar los procedimientos, disponer de mecanismos de supervisión, promover la eficiencia, la transparencia y rendición de cuentas y la cultura ética del servicio público.

2.2 La estrategia de educación debe aprovechar los medios de comunicación con el fin de que la sociedad esté bien enterada de la existencia de una institución que persigue la corrupción, con miras a adelantar campañas de sensibilización en los medios y alentar el comportamiento honesto y denunciar la corrupción. En este rubro queda la inclusión de un programa de formación ética en todos los niveles educativos; otra faceta es la capacitación y la sensibilización entre los servidores públicos acerca de la ética, que se extiende también al sector privado; por último, como hace el ICAC, promover la participación social para realizar trabajo voluntario en la educación comunitaria en honestidad, ética y derecho.

2.3 Reportar éxitos concretos en la persecución de la corrupción. Aquí hay dos caminos: el que propone el ICAC, consistente en golpear algunos objetivos de gran envergadura para demostrar al público la determinación del gobierno en la lucha anticorrupción y desalentar a quienes apuesten por la impunidad. La Fiscalía Anticorrupción tiene frente a sí el reto de vencer la percepción de insuficiencia. Tiene que plantearse ganar soporte político condenando a peces gordos. Sin esta contundencia, el público perdería confianza, se rehusaría a reportar la corrupción y socavaría la legitimidad del gobierno.

El otro camino es el que propone Klitgaard, quien recomienda “agarrar la fruta que está a la mano”. En este caso, la propuesta es comenzar sancionando los casos sencillos, porque es más fácil intervenir en este nivel y más pronto se pueden ver resultados que sumen la adhesión de las partes y muestren a los corruptos que la cosa va en serio.

El mandato de la fiscalía anticorrupción y los demás órganos integrantes del sistema, deben lograrse con la más alta voluntad, independencia y recursos suficientes. Sólo como referente, el ICAC de Hong Kong, reconocida como la mejor agencia anticorrupción en el mundo, es quizá también la más cara. Entre 2002 y 2008, su presupuesto fue de 90 millones de dólares lo que significa 15 dólares per cápita y 3% del gasto total del gobierno.<sup>9</sup>

3. Para cortar el alimento de la corrupción, hay que profundizar seriamente en toda la esfera de desarrollo y mejora administrativa. Un enfoque radical sería eliminar toda fuente de corrupción, pero eliminar la regulación y control es también indeseable. Por tanto, debemos avanzar a un enfoque más asertivo y racional sobre la necesidad de cada trámite y requisito, la mejora de los procesos, el gobierno electrónico<sup>10</sup> y la profesionalización de los responsables de dichos trámites e inspecciones.

3.1 El primer componente es el que se refiere a la reducción de trámites y la simplificación administrativa. Quién mejor que el sector privado, que conoce y a veces padece las limitaciones de una se-

---

<sup>9</sup> Mu, Julie, *Community Support-The Key to Fight Corruption*, Hong Kong, ICAC, 2008, disponible en: <http://www.icac.org.hk/en/acr/sa/oc6pcc/index.html>.

<sup>10</sup> Barnebeck Andersen, Thomas *et al.*, “Does the Internet Reduce Corruption? Evidence from U.S. States and Across Countries”, *World Bank Economic Review*, 2011. DOI: 10.1093/wber/lhr025.

rie de regulaciones y trámites que contribuye frecuentemente a la corrupción y a la discrecionalidad de los funcionarios.

La simplificación administrativa y la armonización normativa, la reducción de barreras. Analizar y argumentar la conveniencia de la reducción de barreras es una labor que puede ser efectivamente conducida por el sector privado.

- 3.2 En el otro extremo está la incorporación de los negocios informales, en la cual se entiende que su situación al margen es resultado de barreras que no alcanzan a soportar, pero que pueden ser flexibilizadas.
- 3.3 Simplificación fiscal. La llamada *economía sombra* es resultado de la discrecionalidad para establecer exenciones o reducciones fiscales o bien, un incentivo para no pagar impuestos. Mejorar la recaudación es un objetivo necesario; una forma de obtenerla es aplicar mejoras en aduanas y tributación.
- 3.4 Establecer modelos referenciales para la administración pública, mediante la creación de *islas de integridad* —como les llama Klitgaard—, que sean ejemplos de buenas prácticas que inspiren a organizaciones y personas.
4. La pieza más importante: la persona. Se nos abre todo un abanico de aspectos a atender en el rubro del personal responsable en la lucha anticorrupción.

Es obvio que, si los corruptos brillan por su astucia, los responsables tienen que ser más inteligentes, mejor educados y astutos; de ahí que deba atenderse el perfil profesional y de integridad del personal.

- 4.1 El ingreso a estos servicios será mediante filtros convenientes que garanticen suficientemente la capacidad y calidad de los funcionarios.
- 4.2 La permanencia y desarrollo del personal requiere controlar los incentivos mediante buenos salarios, estímulos y premios (algunos no monetarios) y planes de carrera atractivos, así como fuertes sanciones por incumplimiento, incluyendo las no monetarias.
5. La quinta dimensión será la transparencia para todos los actores. En este nicho, observamos una extraordinaria sinergia entre una máxima publicidad acerca del ejercicio del gasto por parte del gobierno y la supervisión por el sector público, académico y social: a dónde va el dinero, quién recibe un beneficio fiscal o un subsidio.

La transparencia es una regla común entre el sector público y privado, pues de ella depende la confianza, tanto sobre el estado de las empresas como del funcionamiento del mercado.

6. Mecanismos de denuncia. La efectividad de la estrategia de sanción depende de que exista denuncia de estas conductas, ya sea por parte de personas de la sociedad o por parte de otras instituciones.

6.1 La experiencia internacional recomienda contar con una línea telefónica o un centro de reporte. La validez de este modelo requiere la investigación rápida de las denuncias, por lo que siempre deberá contarse con equipos capaces de investigar según reciban el llamado. Cuando haya resultados exitosos, tendrá que publicarse ampliamente en los medios de comunicación, para demostrar la efectividad de la persecución de la corrupción y desalentarla.

7. Investigación de conductas. Las investigaciones tendrán que ser profesionales y pulcras.

7.1 Mecanismos para recabar y cruzar información de fuentes diversas; por ejemplo, estados bancarios, medios de comunicación, redes sociales, facturas y tiendas. Fortalecer la investigación, en especial del lavado de dinero. Crear un mecanismo para medir los acervos patrimoniales de los servidores públicos.

7.2 Fortalecer las capacidades de auditoría y control interno. Especialistas en auditorías altamente técnicas, en tecnologías de la información, usuarios simulados, denuncias internas, inserción de investigadores encubiertos, protección de testigos y crear comisiones especiales parlamentarias de investigación.

8. Existencia de un mecanismo de evaluación y control de los órganos anticorrupción —ASF, FAC, TFJA, SFP—. Disponer de un amplio poder como el que hemos puesto en estos órganos requiere también la prevención del abuso de ese poder; por eso, como es la experiencia del ICAC de Hong Kong, deberá existir una entidad destinada a la revisión de las operaciones. La revisión del comité abarca cada uno de los reportes de corrupción y de investigación para verificar que hayan sido adecuadamente integrados; con esta información, se tendrá que publicar un informe anual y presentarlo ante la Cámara de Diputados para su debate.

El ICAC dispone también de un comité independiente, cuyos miembros provienen del sector público que pueden verificar la actuación de los funcionarios, y del órgano anticorrupción para llevar una in-

investigación independiente de aquellos casos que presuman que salen de la normalidad o que son de alto interés público.

9. Papel del sector público. Transparencia Internacional establece que entre las empresas deberá existir una política de cero tolerancia a las prácticas corruptas; promueve, asimismo, la adopción de códigos de ética corporativa.

Por su parte, Hong Kong pone igual énfasis en la corrupción tanto en el sector público como privado, siguiendo la lógica según la cual no pueden existir dos estándares en la sociedad. La corrupción en el sector privado puede causar tanto daño a la sociedad si no es que mayor que la corrupción en el sector gubernamental. Por ejemplo, en las instituciones financieras, pueden crear inestabilidad en el mercado.

Aprovechando el enfoque de participantes, deben movilizarse diferentes sectores interesados en la lucha contra la corrupción, entre ellos: la comisión del servicio civil, todas las entidades del sector público, la comunidad empresarial, los grupos profesionales, las organizaciones de la sociedad civil, las instituciones educativas, medios de comunicación y redes internacionales.

10. Gobernanza corporativa. Los mecanismos de lucha contra la corrupción en las empresas incluyen al menos los siguientes:
  - 10.1 Mejorar las normas para la gobernanza corporativa mediante la transparencia de su información crítica.
  - 10.2 Mantener efectivos mecanismos de control de riesgos, de forma que se reduzcan las tentaciones para favorecer indebidamente a alguna de las partes, en lugar del conjunto de los interesados e inversionistas.
  - 10.3 Contabilidad bajo estándares internacionales y escrutinio permanente por parte de auditores externos.
  - 10.4 Adopción de normas de conducta, ética e integridad por parte de las empresas y los gremios, de modo que se apropien de una cultura que no tolere ni justifique la corrupción y la deshonestidad.
11. Reforma estructural. Para cambiar los patrones de relación principal-agente, se busca combatir el poder monopólico —promover la competencia, privatizar servicios, facilitar la participación de proveedores privados— y la discrecionalidad, así como promover la transparencia y la rendición de cuentas.

#### IV. CONCLUSIONES

En los últimos 20 años, en México pueden señalarse avances concretos y consistentes logrados en materia de desarrollo institucional y combate a la corrupción; sin embargo, todavía no se han alcanzado resultados que satisfagan la expectativa social de contar con un Estado eficiente, honesto y transparente. Tampoco son satisfactorios, si se considera la merma en capacidad productiva para la economía y la empresa, el sobrecosto que supone la corrupción para los negocios y los hogares.

Puesto en perspectiva, se prueba que, entre los países de la Intosai, con niveles semejantes o superiores de desarrollo, la condición de México está dentro del promedio. Con ello, se prueban los avances realizados en materia normativa e institucional y se apunta a que la agenda pendiente está en otra parte.

Para México, uno de los aspectos innovadores es la creación de un sistema, es decir, abandonar la operación desestructurada y autónoma de cada órgano, para entrar en un proceso compartido con facultades complementarias.

Pensar sistémicamente y tener una visión en conjunto de los procesos necesarios para un eficaz control de la corrupción nos conduce de forma natural al enfoque de *stakeholders* o participantes, que son todos aquellos que inciden en el éxito de un negocio.

Así como toda empresa se encuentra inmersa en un mercado y una sociedad con multiplicidad de actores, la producción de valor o disvalor tiene efectos y externalidades en un amplio abanico de sujetos. El sector público es tanto un *stakeholder* del sistema anticorrupción, como la empresa tiene un conjunto de *stakeholders* interesados en la probidad y el control de riesgos en los negocios por sus efectos en el bienestar económico, político y social.

La definición de corrupción nos explica que en el surgimiento de este fenómeno concurren varios factores, en particular la debilidad normativa, la discrecionalidad en la acción de los servidores públicos y la ausencia de transparencia, a la que se agrega el abuso del poder.

Existe una bilateralidad en la que, si bien el Estado debe generar condiciones para su propio control, de hecho, tienen que ser otros actores —en especial, la sociedad civil— quienes deben controlar al poder.

De esos actores, el sector privado se interesa no sólo hacia afuera, es decir, hacia el entorno sociopolítico en el que se gesta e incide la corrupción, sino a su propia estructura y funcionamiento, toda vez que existe evidencia de que uno de los mayores quebrantos para los negocios es el fraude y la corrupción interna.



Las experiencias internacionales en cuanto a mejores prácticas para un sistema nacional anticorrupción pueden estructurarse en once dimensiones, y cada una de ellas puede desagregarse en variables e indicadores. Con este modelo, será posible un monitoreo de los resultados del sistema y de los actores que participan en él. Un monitoreo semejante puede ser una contribución al sector privado, en cuanto interesado que conoce y sufre de la corrupción en varios de sus ámbitos más críticos.

## V. FUENTES

- ANDERSEN, Thomas Barnebeck *et al.*, “Does the Internet Reduce Corruption? Evidence from U.S. States and Across Countries”, *World Bank Economic Review*, 2011, DOI: [10.1093/wber/lhr025](https://doi.org/10.1093/wber/lhr025).
- CASAR, María Amparo, “Corrupción cuesta hasta 14% de ingresos de los hogares”, *El Economista*, 13 de octubre de 2015.
- KPMG, *Encuesta de Fraude y Corrupción*, disponible en: [https://www.kpmg.com/MX/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Estudios/Encuesta\\_fraude\\_en\\_Mexico\\_2010.pdf](https://www.kpmg.com/MX/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Estudios/Encuesta_fraude_en_Mexico_2010.pdf).
- KWOK, Man-wai, *Formulating an effective anti-corruption strategy the experience of Hong Kong ICAC*, disponible en [http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF\\_rms/no69/16\\_P196-201.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no69/16_P196-201.pdf).
- MU, J., *Community Support-The Key to Fight Corruption*, Hong Kong, ICAC, 2008, disponible en: <http://www.icac.org.hk/en/acr/sa/oc6pcc/index.html>.
- FREEMAN, R. y REED, D., “Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance”, *California Management Review*, núm. 25, 1983.
- SELDADYO, H. y DE HAAN, J., *The Determinants of Corruption: Literature Survey and New Evidence*, University Groningen, 2006, disponible en: [http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/seldadyo\\_determinants\\_corruption.pdf](http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/seldadyo_determinants_corruption.pdf).
- SERRANO, J. A., “La política oficial de combate a la corrupción en México: una revisión”, *Andamios. Revista de Investigación Social*, México, vol. 6, núm. 12, 2009.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (TI), *Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2015*.

## LA ERECCIÓN DE LA CIUDAD DE TLAXCALA

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ\*

Al insigne jurista, destacado universitario tlaxcalteca e inigualable amigo, Excmo. Sr. Dr. Don Serafin Ortiz Ortiz

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Por qué fundar?* III. *La fundación.* IV. *Finalmente.*

### I. INTRODUCCIÓN

La conquista española de las tierras mexicanas, en particular lo que se conoció como la Nueva España, se dio mediante un proceso en el que Hernán Cortés tuvo una participación de primer orden; no obstante, para conseguirla resultó fundamental, en esos primeros momentos, el papel del pueblo tlaxcalteca, ya que su concurso fue de suma importancia para el expedicionario de origen extremeño y en general para la Corona de España.

Para comprender los motivos por los cuales Tlaxcala fue una gran herramienta para el conquistador, es conveniente primero analizar cómo era este territorio antes del arribo español. A diferencia de la mayoría de los parajes prehispánicos, Tlaxcala era un territorio independiente, es decir, los tlaxcaltecas no formaban parte del gran *hueitlatocáyotl mexicana*,<sup>1</sup> del que, incluso, guardaban una relación de rivalidad; es cierto, también, que hablaban náhuatl, y sobre todo mantenían una autonomía política.<sup>2</sup>

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Se conoce con ese nombre a la alianza que conformaron Tenochtitlán, Texcoco y Tlacopan, para apoyarse mutuamente en caso de una guerra.

<sup>2</sup> Cazarín Martínez, Angélica, “Regiones y autonomía municipal en Tlaxcala”, *Scripta Ethnologica*, núm. 31, 2009, pp. 59-89; <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=60663692&site=ehost-live>, p. 60.

Se tienen registros de que el territorio tlaxcalteca fue habitado desde etapas tempranas del preclásico; esto es, entre 1600 y 1200 a. C.; su población fue variando y se organizó de manera distinta a otros territorios. La Tlaxcala que descubrieron Cortés y sus huestes, a pesar de hablar la misma lengua que sus enemigos mexicas, como apuntamos antes, tenía una organización política diferente al resto de las poblaciones por las que habían pasado desde su desembarco en Veracruz. El territorio estaba dividido en cuatro principales sectores, conocidos como señoríos: Tepetícpac en el norte, Ocotelulco en la zona baja, Tizatlán en el oriente y Quiahuixtlan en el poniente. Cada centro político era regulado por un personaje<sup>3</sup> distinto, al que los españoles nombraron “señor”. Concurrían además los cuatro señoríos en una asamblea o consejo supremo para coordinar acciones de interés común a la República; el poder era transferido por sangre al siguiente varón en la línea genealógica, y en cada cabecera había una dinastía distinta.<sup>4</sup>

La ubicación de las tierras tlaxcaltecas era privilegiada —cosa advertida por los españoles desde que las pisaron por primera vez en septiembre de 1519—, puesto que colindaba con lo que era la gran ciudad de Tenochtitlán, y con lo que posteriormente fue la Puebla de los Ángeles, además de que era el paso casi obligado para ir del puerto de Veracruz a Tenochtitlán, situación que también la hacía estratégica geográficamente.<sup>5</sup>

Hernán Cortés había fundado ya la Villa Rica de la Vera Cruz el 22 de abril de 1519, e integró a ésta el primer ayuntamiento novohispano, al estilo europeo. Con este acontecimiento, se dio pie a la población y al establecimiento de la colonia propiamente dicha, que se iría expandiendo paulatinamente.<sup>6</sup> La fundación de Veracruz, junto con su cabildo, fue legalmente válida desde el primer momento, siendo que Cortés había logrado conseguir la venia de las autoridades españolas, que le otorgaron la potestad de manejarse libre de la autoridad de Diego Velázquez.<sup>7</sup> El objeto principal de la fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz era, según Cortés, el dar la mayor cantidad de beneficios para la Corona. En una de las cartas de relación que se conserva, el mismo Cortés busca dejar muy en claro que aquella fundación era lo mejor para el bien de los reyes y de

---

<sup>3</sup> Martínez Baracs, Andrea, *Un gobierno de indios*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 59 y 60.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 61, 80, 81 y 90.

<sup>5</sup> Cazarín Martínez, Angélica, *op. cit.*, p. 60.

<sup>6</sup> Cortés, Hernán, *Cartas de Relación*, México, Universidad Panamericana, 2009, p. 27.

<sup>7</sup> Díaz del Castillo, Bernal, *Historia verdadera de la Conquista de la Nueva España*, 10a. ed., México, Porrúa, pp. 71 y 72.

los conquistadores, no sin hacer hincapié en que esto era contrario a las intenciones de Velázquez:<sup>8</sup>

Platicamos con dicho capitán Fernando Cortés diciendo que esta tierra era buena, y que según la muestra de oro que aquel cacique había traído, se creía que debía de ser muy rica, y que según las muestras que el dicho cacique había dado era de creer que él y todos sus indus nos tenían muy buena voluntad; por tanto que nos parecía que nos convenía al servicio de vuestras majestades que en esta tierra se hiciese lo que Diego Velázquez había mandado hacer al dicho capitán Fernando Cortés, que era rescatar todo el oro que se pudiese, rescatado, volverse con todo ello a la isla Fernandina, para gozar solamente de ello el dicho Diego Velázquez...<sup>9</sup>

Una vez establecido el primer ayuntamiento, Cortés continuaría con su ambicioso objetivo inicial de llegar a la gran Tenochtitlán, dentro de lo que actualmente es la Ciudad de México. La idea era, sin duda, poder someter al líder indígena más poderoso, Moctezuma.<sup>10</sup> A su paso por los diferentes poblados, Cortés se hizo de información, misma que le permitió conocer que había pueblos enemistados con los mexicas, y como se mencionó en líneas anteriores, entre ellos se encontraban los tlaxcaltecas.<sup>11</sup>

Cortés optó por dirigirse a lo que ahora es la Ciudad de México cruzando por Tlaxcala aun conociendo la situación geográfica de la zona, el poderío del ejército de sus naturales y la enemistad que existía entre el pueblo mexica, y el tlaxcalteca. Según Martínez Baracs, Cervantes de Salazar registró que en el primer mensaje de dicho conquistador a los tlaxcaltecas —transmitido por embajadores cempoaltecas—, los españoles les ofrecieron su protección contra el imperio mexica, conscientes de la ventaja que les representaría, a cambio del libre paso por su territorio, en sí derrotero, hacia Tenochtitlán. El mensaje parecía simple, al tiempo que reflejaba cierta ventaja para ellos; no obstante esto, los tlaxcaltecas no se fiaron de la propuesta de alianza y la paz que había solicitado Cortés, por lo que continuaron brindando un trato hostil al contingente conquistador: la realidad era que los tlaxcaltecas no terminaban de convencerse sobre los beneficios de una posible alianza, e incluso consideraron que los españoles eran aliados de Moctezuma.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Se sabe que la relación entre Velázquez y Cortés era tensa gracias a los escritos de diversos autores como Díaz del Castillo. Díaz del Castillo, Bernal, *op. cit.*, pp. 32-37.

<sup>9</sup> Cortés, Hernán, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>10</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 53.

<sup>11</sup> Díaz del Castillo, Bernal, *op. cit.*, p. 70.

<sup>12</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

El principal objetivo a vencer del pueblo mexicana era que tenían miedo debido a la creencia que tenían de que los españoles podían ser deidades. Lo anterior se debía a que habían recibido los testimonios de su poder y destrucción a través de voceros de otros pueblos, quienes estaban presenciando en carne propia ese poderío en distintas batallas. En Tlaxcala, como en otros lugares, los forasteros lograron impresionar con sus armas de fuego y armaduras casi indestructibles; también causaba sorpresa su físico y los extraños animales en los que llegaron montados. Todo esto contribuyó a que, al final, los mexicas, una vez que arribaron los españoles, terminaran dando a Cortés y a su gente un trato cordial.<sup>13</sup>

Martínez Baracs describe que la estrategia de Cortés para llegar a Tenochtitlán se basó en su poder de persuasión verbal, mostrando la faceta que más conviniera según la situación: en pocas palabras, lo primero que buscaba, antes de mostrarse agresivo o cualquier otra cosa, era quedar bien con todos. Por ejemplo, por un lado, reiteraba ofrecimientos de paz a sus interlocutores tlaxcaltecas, mientras que, por otro, mandaba que le trajeran embajadas mexicas para que presenciaran el poder de sus tropas y cómo “castigaban” a los tlaxcaltecas por no estar con ellos. Esto, sin duda, lo hacía para generar un ambiente de miedo, lo cual no era particularmente difícil, pues sabía de antemano que los nativos de nuestras tierras continentales estaban sobrecogidos ya por las armas de fuego y los caballos que llevaban. Es por esto que si bien su paso por Tlaxcala no estuvo exento de algunas pérdidas, los españoles lograrían mantener la inicial imagen de poderío, y a la postre, por tanto, a los mexicas, les era conveniente estar de su lado, y no contra ellos.<sup>14</sup>

Puede decirse que la relación de Cortés con los cuatro señoríos tlaxcaltecas fue de cordialidad; no obstante, existía un “doble juego” en el que tanto el primero como los segundos mostraban distintas facetas, algunas veces conciliadoras y otras hostiles, lo que dependía, en cierta medida, de las circunstancias. En última instancia, terminarían cooperando los nativos de nuestro territorio con los conquistadores.

En el contexto de los primeros encuentros con Cortés, la lectura que los tlaxcaltecas daban a estos sucesos era la siguiente: por un lado, interpretaban que si eran vencidos por los españoles, sería porque, efectivamente, estos eran dioses; en este caso, como lo explica Martínez Baracs, la derrota no debería considerarse humillante, debido a que quedaba la posibilidad de ser amigos de los invencibles.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>14</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 43.

Todo parece indicar que fue, precisamente, tras el desgaste bélico y las derrotas que sufrieron los tlaxcaltecas en los albores de la conquista, que estos se decidieron a terminar las hostilidades y a ofrecer su cooperación a los españoles. Martínez Baracs refiere que los términos de dicha amistad se asentaron basados en lo siguiente: “Nos damos a ti, confiados que nada perderemos de nuestra libertad, sino que antes nos ayudarás contra la tiranía de Moctezuma”.<sup>15</sup> Esta misma autora concluye que Cortés supo aprovechar la rivalidad entre mexicas y tlaxcaltecas, al tiempo en que lograba que su alianza fuera percibida como el “bien más codiciado” por los locales.<sup>16</sup>

Se puede concluir que la enemistad mexica-tlaxcalteca le fue tan favorable a Cortés como él lo esperaba. La importancia de su alianza radicaba, entre otras cosas, en que, gracias a ésta, la llegada a la gran ciudad pudo ocurrir en un ambiente de relativa paz y diplomacia, puesto que su paso a través del territorio tlaxcalteca no generó demasiadas bajas entre sus hombres al haber logrado contener los altercados. Esto evitó un desgaste que, a la larga, pudo haber complicado el panorama para los conquistadores. Por otro lado, al unirse los tlaxcaltecas a las huestes ibéricas, la amenaza para el *tlatocayótl* Moctezuma era mayor, puesto que lo ponía en desventaja si se presentaba una batalla, siendo la mejor opción del mandatario mexica el dejarlos entrar a Tenochtitlán de forma pacífica. Además, la alianza significó para los tlaxcaltecas la posibilidad de ver cumplido uno de sus principales objetivos: librarse del yugo mexica; una hazaña que era impensable si lo hubieran intentado por su propia cuenta.<sup>17</sup>

## II. ¿POR QUÉ FUNDAR?

Si bien ya se había logrado el mayor beneficio de la “amistad” española-tlaxcalteca, que era la entrada triunfal en Tenochtitlán, ¿por qué o para qué fundar una ciudad siendo que ya tenían dominios relativamente cercanos como la Villa Rica de la Vera Cruz? Es natural que surjan estos cuestionamientos dadas las circunstancias bajo las cuales se dio el suceso, así como las peculiaridades de esta provincia, las cuales ya hemos abordado brevemente. En este trabajo se proponen cuatro posibles razones, que presentamos a continuación.

Por un lado, la fundación de una nueva ciudad permitía que se llevara a cabo la evangelización de manera más sistemática (algo que, por la

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>17</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 53.

legitimidad que otorgaba este esfuerzo a la empresa liderada por Cortés, era prioritario para la gran mayoría del contingente español); una segunda razón era, sencillamente, la de reiterar la nueva realidad de que la Corona primaba sobre cualquier otra potestad, aunque ciertamente se respetaría la autonomía peculiar de la “república” tlaxcalteca; en tercer lugar, se puede aducir que la ubicación geográfica de Tlaxcala siempre se ha considerado privilegiada y estratégica, y, por último, el mantener el acuerdo inicial que se hizo entre Cortés y el pueblo tlaxcalteca establecido en la alianza forjada entre ellos. Con la prevalencia del acuerdo, ambas partes se veían beneficiadas; esto debido a lo que significaba para la Corona el tener una nueva ciudad con aliados leales y las riquezas que le podrían generar, sin duda la protección y beneficios que representaba para los tlaxcaltecas el ser parte del Imperio español, y no una población colonizada como el resto de las poblaciones novohispanas: “...vengo a ayudarlos y a dar mi cruda guerra a Motecuhzoma vuestro capital enemigo y vengar vuestras injurias, en cuya venganza y castigo veréis que mi amistad es firme y muy verdadera, para que después de vengados de vuestros crueles adversarios y enemigos, vivir con descanso entre vosotros, sin jamás desampararos”.<sup>18</sup>

### III. LA FUNDACIÓN

Los españoles comandados por Cortés llegaron a Tlaxcallan el 23 de septiembre de 1519.<sup>19</sup> Antes de la fundación de la ciudad en dicho poblado, como señalamos antes, se logró poner fin a las hostilidades a través de una alianza, y como símbolo de buena lid, los señores tlaxcaltecas les entregaron a Cortés y a sus hombres, doncellas del más alto linaje. En este punto debemos mencionar que la alianza quedaría consumada después de que los cuatro señoríos aceptaran, no sin pesar, la principal condición de Cortés: la adopción del cristianismo. Lo anterior quedó oficializado con el bautizo de los cuatro señores, según refiere Martínez Baracs. De esta manera, Tlaxcala fue la primera ciudad del nuevo mundo que adoptaría el cristianismo por “voluntad propia”.<sup>20</sup> La transición al cristianismo no fue sencilla, pero sí un proceso sosegado y paulatino.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Muñoz Camargo, D. *et al.*, *Historia de Tlaxcala*, p. 177.

<sup>19</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 48.

<sup>20</sup> Diócesis de Tlaxcala, “Historia”, disponible en: <http://diocesisdetlaxcala.mx/historia>.  
Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 49.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 111.

Ahora bien, en 1520 murió Maxixcatzin (señor de Ocotelulco), acontecimiento que originaría cambios trascendentales; esto debido a que con el evento de su sucesión se implantaba un cambio político que contemplaba un poder superior, ante el cual la nobleza tlaxcalteca quedaría oficialmente subordinada; como apunta Martínez Baracs:

Lo decisivo fue que confirió a la ceremonia de transmisión del poder una nueva simbología: armó caballero al sucesor de Maxixcatzin y lo hizo bautizar. Al incorporar estos rituales europeos a la sucesión tradicional del más grande señor de Tlaxcala, Cortés establecía la nueva autoridad suprema tanto como sancionaba el orden político interno de la provincia.<sup>22</sup>

Sin embargo, a pesar de ceder cierto poder, los tlaxcaltecas no se consideraron rebajados, sino triunfadores a la par de los europeos.<sup>23</sup>

Actualmente se celebra la conmemoración de la fundación de Tlaxcala el 3 de octubre, y se toma el año 1525<sup>24</sup> como el en que se erigió dicha ciudad. No obstante, existen discrepancias entre investigadores sobre la fecha, a pesar de que coinciden, en su mayoría, en cuanto a cómo se dio el trazo y construcción de la ciudad de Tlaxcala. Se toma la fecha antes citada, puesto que se tiene registro de que en el año mencionado, el papa Clemente VII, mediante la bula denominada *Devotionis Tuae Probata Sinceritas*, ordenó:<sup>25</sup> “Que se erige en ciudad la de Tlaxcala en la Nueva España y su iglesia en Catedral, para un Obispo Tlascalense que la gobierne y administre”. Y no fue sino hasta un año más tarde, el 19 de septiembre de 1526, cuando se expidió la real cédula de erección.<sup>26</sup>

Tendría que pasar una década para que el emperador Carlos V otorgara a Tlaxcala, junto con el título de “Leal Ciudad”, un escudo de armas, lo que ocurrió el 22 de abril de 1535.<sup>27</sup> Sería el mismo monarca quien los

<sup>22</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 71.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 71-73.

<sup>24</sup> Capital Tlaxcala, “Presentan el programa de actividades por el 493 aniversario de la ciudad de Tlaxcala, Ayuntamiento de Tlaxcala”, 2018, disponible en: <https://www.capitaltlaxcala.gob.mx/?p=10243>.

<sup>25</sup> Peña Espinosa, Jesús, “El cabildo eclesiástico de la diócesis Tlaxcala-Puebla, sus años de formación, 1526-1548”, *Antropología. Revista Interdisciplinaria del INAH*, vol. 1, núm. 78, 2005, pp. 12-22, disponible en: <https://www.revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologia/article/view/2932>.

<sup>26</sup> Diócesis de Tlaxcala, *op. cit.*

<sup>27</sup> Teroba Lara, Cesáreo, “Caras y máscaras la fundación de Tlaxcala”, *El Sol de Tlaxcala*, 2018, disponible en: <https://www.elsoldeltlaxcala.com.mx/analisis/caras-y-mascaras-2042588.html>.



nombraría “primos” el 11 de febrero de 1537, categoría feudal de nobleza (aunque inferior a todas las demás).<sup>28</sup>

Este decreto o mandato real por orden del emperador Carlos V confiere a la ciudad de Tlaxcala, México, un escudo de armas y el título de “Leal Ciudad de Tlaxcala”, en reconocimiento a los servicios “que los principales y pueblos de la dicha provincia nos han hecho”. Fue el primero de solo tres de esos títulos otorgados por el emperador a ciudades en la Nueva España. Este reconocimiento directo por el emperador de los nobles indígenas de Tlaxcala determinó el curso de la historia tlaxcalteca, ya que la provincia indígena siempre defendió este privilegio contra los que querían reducir sus derechos. El decreto fue firmado en Madrid el 22 de abril de 1535.<sup>29</sup>

Después de la firma que la disposición del emperador, se buscó fijar un nuevo centro político, que contemplaba un área de propiedad comunal; fue así que en 1541 se empezaba a estructurar un gobierno indígena, único en su naturaleza, con sede en la recién fundada ciudad de Tlaxcala. Según registra el diario *El Sol de Tlaxcala*, a partir de la investigación de Teresa Meade de Angulo, en 1545 se fijaron los límites de la provincia de Tlaxcala, al tiempo que entre 1545 y 1555 se trazó la ciudad de Tlaxcala y se levantaron la mayoría de los edificios públicos con la ayuda del cabildo y de los habitantes.<sup>30</sup> Asimismo, el 3 de marzo del referido 1535, el oidor de la audiencia de México, el licenciado Gómez de Santillán, estableció unas ordenanzas en acuerdo con los caciques, para el gobierno y regimiento de lo que fue la “república de Tlaxcala”. En ellas se definió la estructura básica de la nueva provincia, que, como se dijo, tendría un gobierno indígena con distintos potentados, pero unificado, al fin y al cabo. Con estas ordenanzas se daba formalidad al cabildo, se establecía la igualdad de las cuatro cabeceras, se acordaba que habría rotaciones entre las cuatro partes y se establecía que siempre habría un alcalde por cada una; también se fijó el reconocimiento de los *tlahtoque* de las cuatro cabeceras como regidores permanentes. Estas instituciones serían respetadas y observadas por el cabildo de nuestra provincia, el cual las salvaguardó durante toda la época colonial.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 73.

<sup>29</sup> “Mandato Real de la Fundación de la Ciudad de Tlaxcala”, disponible en: <https://www.wdl.org/es/item/2963>.

<sup>30</sup> Teroba Lara, Cesáreo, *op. cit.*

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 135 y 136.

#### IV. FINALMENTE

De acuerdo con la diócesis de Tlaxcala, no hay causas explícitas por las cuales se pidiera la reubicación del obispado “carolense” (porque fue fundada por el emperador Carlos I) en Tlaxcala, pero por cómo se dieron los hechos, se especula que fue por la necesidad de estrechar los lazos entre los nativos tlaxcaltecas y la Corona española, y para reconocer su colaboración en la toma de la gran ciudad de Tenochtitlán.<sup>32</sup> Esto confirma que se procuró mantener el acuerdo de la alianza que se había gestado en septiembre de 1519, pero ahora de manera formal, más institucionalizada y donde quedaba claro que la religión era la condición principal de la amistad inicial.

Desde un inicio se buscó que Tlaxcala se fuera configurando, de manera clara, como una entidad política de importancia dentro de la monarquía católica. Para lograr que se diera la transmisión de la fe de un modo eficiente, tendrían como guías principales a la Orden de Frailes Menores (los franciscanos). Ciertamente, el pretender poner el catolicismo como nueva forma de vida espiritual generó discrepancias en el grupo local, que disimuladamente intentó escapar del condicionamiento y evitar el abandono de sus tradiciones y deidades. Sin embargo, la respuesta a esta resistencia fue una lucha contra la idolatría, que se basaba sobre todo en la educación. Fray Toribio de Benavente, “Motolinia”, confirma que la idolatría era aún muy fuerte en 1525, y que se daba un fenómeno de sincretismo.<sup>33</sup> En 1537, los franciscanos eligieron el convento de La Asunción como el lugar definitivo para establecer su sede en la provincia tlaxcalteca, y la advocación elegida, que se celebra el 15 de agosto, fecha significativa, pues conmemoraba la batalla del 13 de agosto de 1521, y recordaba la derrota mexicana como resultado de la unión de las fuerzas española y tlaxcalteca.<sup>34</sup>

La aceptación del cristianismo, si bien fue complicada y lenta, simbolizaba la aceptación del modelo de vida hispano y daba pie a la fusión de culturas. Este era un paso muy importante, que se oficializó, al menos de manera institucional, con la fundación de la ciudad donde se estableció la nueva diócesis, como se mencionó con anterioridad.

Por otro lado, ya hemos dicho que, por su ubicación geográfica, Tlaxcala era un punto estratégico, para mantener el control de la recién fundada colonia, y como paso a la Ciudad de México. Así, después de que fuera ordenada la fundación de la ciudad de Tlaxcala, se buscó un sitio adecuado en

<sup>32</sup> Diócesis de Tlaxcala, *op. cit.*

<sup>33</sup> Martínez Baracs, Andrea, *op. cit.*, p. 115.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 1061.

donde se pudiera establecer permanentemente la capital. Se escogió la ribera izquierda del río Zahuapan, en un lugar rodeado por colinas y mesetas, en el que, de antemano, ya había asentamientos indígenas. Esta reubicación tenía un fin ante todo político, ya que, al tener una nueva capital, se restaría importancia a las cabeceras indígenas.<sup>35</sup> Con esta mejor ubicación, el objetivo era mostrar que a pesar de las concesiones que se habían hecho a los gobernantes de la región, el poder máximo seguía siendo el de la Corona. El hecho de tener un cabildo de indios bajo la jurisdicción española también reflejaba la fusión entre ambas culturas y simbolizaba al mismo tiempo la aceptación voluntaria de la supremacía europea.

Ya establecimos que así como Tlaxcala fue clave para que Cortés pudiera entrar a Tenochtitlán, para los tlaxcaltecas, lo fue estar del lado victorioso, que les habría de proporcionar protección frente a los mexicas. Fue esta amistad interesada la que forjó lo que haría relativamente más sencillo poder establecer una nueva ciudad: los tlaxcaltecas tenían un sentido de deuda que buscaron saldar, entre otras cosas, cediendo a la propuesta española de la nueva religión. A pesar de no ser fácil la conversión cristiana, había consentimiento de parte de sus dirigentes, lo cual otorgaba la deseada legitimidad a la empresa española.

Para finalizar, es pertinente mencionar que la fundación de la ciudad de Tlaxcala también representó un logro más que presentar a la Corona, un símbolo del poderío español, que se manifestó al mover el centro político a donde más convenía a sus intereses. Para los tlaxcaltecas no era demeritorio, puesto que ellos mantenían su autonomía, además de que habían obtenido otros privilegios, entre ellos, títulos nobiliarios y la protección de sus nuevos amigos. En ese sentido, puede decirse que siempre se mantuvo una buena relación entre ambas partes: la unificación de la nueva Tlaxcala fue uno de los primeros símbolos de fusión cultural, y de ahí la importancia de su fundación.

---

<sup>35</sup> Teroba Lara, Cesáreo, *op. cit.*

## ¿QUÉ NOS DICE HOY EL PENSAMIENTO DE PAGANO?\*

E. Raúl ZAFFARONI\*\*

SUMARIO: I. *El mensaje del Iluminismo penal.* II. *Una obra cosmovisional.* III. *Decadencia y renacimiento europeos.* IV. *El derecho natural surge de la naturaleza.* V. *Todo es cíclico.* VI. *El catastrofismo astronómico pagano.* VII. *El catastrofismo planetario.* VIII. *La realidad detrás de las fábulas.* IX. *El nacimiento de la religión natural y de la cultura.* X. *Pagano y nuestro tiempo.* XI. *En síntesis.*

### I. EL MENSAJE DEL ILUMINISMO PENAL

Es verdad que el pensamiento iluminista de fines del siglo XVIII respondía a los intereses de la creciente burguesía europea en lucha contra la nobleza, cuya emergencia era producto del colonialismo y de la esclavitud en la periferia del poder planetario. No obstante, es innegable que, debido a las inevitables contradicciones de los humanos, al mismo tiempo realizó un invaluable aporte al concepto de dignidad de la *persona humana*, que también alimentó a los líderes del anticolonialismo periférico en las décadas siguientes.

Existe una enorme bibliografía acerca de los penalistas del Iluminismo y, entre ellos, uno de los menos mencionados incluso en la propia Italia, quizá por la enorme magnitud y difusión de figuras como Beccaria y Filangieri, es el desdichado napolitano Francisco Mario Pagano, que fue ahorcado el 29 de octubre de 1799, por orden del rey Ferdinando —inútil déspota de su tiempo—, debido a su participación en la fallida *Repubblica Partenopea*.

Las obras penales de Pagano son los *Principii del Codice Penal* y la *Logica de'probabile applicata a'Giudizi Criminali*,<sup>1</sup> pero no es de ellas que nos ocupa-

---

\* El presente texto ordena las notas de la conferencia pronunciada en el *Istituto Italiano per gli Studi Filosofici* de Nápoles el 28 de mayo de 2019.

\*\* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Véase nuestra traducción de *Principios del Código Penal*, con introducción y notas de Sergio Moccia y revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

remos aquí. Nos interesa adentrarnos en algo pocas veces estudiado en los iluministas penales, que son sus *cosmovisiones*, es decir, más allá de lo penal, preguntarnos cómo percibían el mundo y sus perspectivas. Interesa en especial saber si aún nos dicen algo las cosmovisiones en que surgían las teorías de nuestros antecesores, en particular a nuestra época de globalización y tecnología. A este efecto, es Pagano precisamente un autor que en sus *Saggi politici*<sup>2</sup> hizo manifiesta su cosmovisión de un modo muy preciso, por lo que resulta de particular interés desde este ángulo de su pensamiento.

## II. UNA OBRA COSMOVISIONAL

La lectura de los *Saggi* —y en particular del primero de ellos— sorprende de entrada por su aspecto formal, puesto que se trata de un trabajo que avanza a tramos, dado que —como el propio autor explica— su elaboración era interrumpida por sus continuas labores jurídicas. No obstante esta particularidad, conserva organicidad, porque las líneas generales se trazan a modo de hipótesis en el primer *Saggio*, dedicando los restantes a reconfirmar lo expresado en el primero, hasta terminar con un *Discorso sull'origine e natura della poesia*, que no es de fácil engarce con los anteriores.

Es más que obvio que Pagano dedicó mucho tiempo a estos estudios y, en cuanto al fondo, desconcierta bastante la dificultad para asignar al conjunto una naturaleza según los cánones tradicionales, puesto que la obra bien puede ser considerada antropológica, filosófica, histórica, arqueológica, sociológica, con remisiones incluso a la geología y a la astronomía, pero lo cierto es que no se enmarca en ninguna disciplina particular. Los *Saggi* son una obra cuya naturaleza —si se nos permite el neologismo— es *cosmovisional*, porque parece surgir de una pulsión subjetiva más que de un frío programa objetivo de investigación sistemática enmarcado en una disciplina determinada.

Dicho en otras palabras: imaginamos a un intelectual de alta sensibilidad, que vivenciaba la siempre triste actividad de la justicia penal en medio de la profunda crisis de paradigmas del siglo XVIII, en una sociedad en extremo estratificada y que, además, correspondía a un reino de una Italia aún muy lejana de su posible unidad nacional. En tales circunstancias, no debe

---

<sup>2</sup> Manejamos los tres volúmenes de *Opere di Francesco Mario Pagano*, los dos primeros *Saggi politici dei principii, progressi e decadenza delle società* y el tercero de *Opuscoli di Diritto Penale*, Lugano, tipografía de G. Ruggia e Comp., 1836, precedido del *Elogio Storico del cittadino Massa* (hay una edición de “Vivarium” en 1993 en Nápoles, al cuidado de Luigi Firpo y Laura Salvetti Firpo).

extrañar que Pagano se haya sentido impelido por la urgencia de ordenar sus ideas y, por ende, se replantease todo desde el principio, formulándose las preguntas más originarias o primeras, para llegar a una *Weltanschauung* propia.

No pretendemos indagar el inconsciente de Pagano, pero no cabría descartar que, en definitiva, el verdadero destinatario de los *Saggi* fuese su propio autor, angustiado ante un mundo que se derrumbaba, entendiendo por *mundo* no sólo su material —la *Weltstoff*—, sino el conjunto de significados o *para qué* de una cultura.

Probablemente a eso obedezca que sus juicios muchas veces parecen como brazadas en un mar revuelto, en ocasiones harto aventurados, tomando rápido y decidido partido por cuestiones harto discutibles y de enorme trascendencia. Da la impresión de que la duda era ajena a este autor.

### III. DECADENCIA Y RENACIMIENTO EUROPEOS

Como no podía ser de otro modo, su perspectiva era *eurocentrista*, pero no por eso dejaba de tratar con la severidad de un iluminista radical la historia de la propia Europa. Si bien hace nacer *la scienza morale e politica* en Grecia, para Pagano todo el continente había caído en la barbarie con los germanos y apenas comenzó a resurgir con Galileo, Domenico Casini y Newton, para dar desde allí un salto hasta los científicos de la Enciclopedia, sólo alterado por Machiavelli y Montaigne.

Su admiración casi religiosa por la ciencia —por lo que se le consideró un precursor del positivismo— le llevaba a repudiar la *tenebrosa sofistica metafisica*, señalando como renacimiento científico a Bacon, a Grocio y sobre todo a Leibnitz, a quien considera émulo de Newton y Aristóteles.

Sostenía que el espíritu moral de Europa comenzó a ascender con la recepción del derecho romano, pues motivó la relectura de las obras de Cicerón, Aristóteles y Platón por los jurisconsultos, aunque más no sea *per adornare la giurisprudenza di pellegrina erudizione*. Pasaba por Grocio para detenerse en Locke, a quien admiraba por la idea del gobierno civil; a Hobbes lo subestimó, considerándolo dominado por el espíritu de partido; por último, realizaba la separación de poderes de Montesquieu y la idea de igualdad de Rousseau.

En cuanto a Italia, entendía que *sin dalla fatal decadenza del romano impero abbiamo perduto tutta l'energia del cuore e le forza dell'animo*, y que su ciencia moral y política se despertó con Machiavelli, pero para dormirse de nuevo, pues *la perfidia politica pose sul trono e sull'altare*. Reivindicaba a Gianbattista Vico,

porque pese a la vecindad de Roma demostró su *originale ingegno*, lo que no resulta extraño, no sólo como buen napolitano, sino, fundamentalmente, porque no puede negarse la influencia de Vico en su concepción cíclica, aunque con las particularidades que luego mencionaremos. Por fin, celebraba la entrada de la *luz del siglo* con Beccaria y en Nápoles con Filangieri —de quien lamenta su prematura muerte— y con Antonio Genovesi.

Hagamos aquí un paréntesis para detenernos en esta última mención: trata a un economista como Genovesi de portador de las *luces* en Nápoles. Pagano, por su parte, era básicamente un jurista y, si bien no es su caso, no debemos pasar por alto esta mención a Genovesi, es decir, la importancia que le asigna un penalista iluminista a la economía. A este respecto, en nuestro tiempo de *normativismo*, bueno es recordar que los más importantes pensadores del Iluminismo penal también fueron economistas: *cameralistas* como el austriaco Sonnenfels, seguido por Beccaria y los hermanos Pietro y Alessandro Verri, *utilitaristas* como el español Valentín de Foronda y el *ciudadano europeo* Pellegrino Rossi y, obviamente, Filangieri como *fisiócrata*. Vale la pena preguntarse por qué el derecho penal se ha alejado tanto hoy de la economía.

#### IV. EL DERECHO NATURAL SURGE DE LA NATURALEZA

Pero retornando a nuestro tema, interesan las líneas maestras del pensamiento paganiano; en las primeras páginas de su primer *Saggio* enuncia un derecho natural de carácter cíclico, pues para nuestro autor la razón y el orden natural emergen de la propia naturaleza que, con el avance de la razón, llega a la sociedad y al Estado con la idea de justicia, no obstante, las sociedades luego decaen, se corrompen y vuelven al estado salvaje, recomenzando el ciclo.

Partiendo de la naturaleza, se pregunta si *il diritto della forza adunque sarà il solo e vero diritto della natura*, para concluir que existe una fuerza moral opuesta a la fuerza física (o reguladora de ésta, o *della stessa regolatrice*), lo que plantea la cuestión de su posible combinación con el orden natural. La explicación de esta particular combinación de fuerzas —física y moral— se remonta al *estado salvaje* en que si bien existían diferencias físicas —como se observan en todos los animales—, la desigualdad era menos ostensible que en las sociedades estables. Pero incluso en tiempos salvajes los humanos tendrían más sensibilidad que los animales, porque *l'idea di un ordine morale, prima che s'intenda, per tutti si sente*. Es decir, que en el pensamiento paganiano, el orden moral tiene origen en el sentimiento.

Esto le permite concluir que la idea de justicia se deriva de la naturaleza, que si ha creado a la especie, quiere también que ésta se conserve, pues la propia idea de creación incluye la de conservación, dado que ningún artifice hace una obra si no es para reclamar que se conserve.

Pagano reconoce que los Estados son creados por la fuerza, pero agrega que luego no pueden subsistir sin al menos una sombra de justicia, ni siquiera en una sociedad de ladrones, como afirmaba Platón. Critica la afirmación aristotélica que no hacía surgir la idea de justicia de la naturaleza, sino de la ley, como también la tesis del pacto de Rousseau, pues requiere que algo anterior a todo eso haga surgir la ley o impulse al pacto. Se pregunta de dónde surge el deber de observar, afirmando que sin un previo desarrollo de la razón no pudo surgir la idea de convención y de igualdad. La idea de igualdad de Rousseau se funda en el pacto, pero le observa que el pacto de los propietarios deja fuera a los no propietarios. *Ogni società è unione, ogni unione è convenire in certi punti, ogni convensione in una medesima cosa è un patto.* Pero estas convenciones no provienen de un hecho, sino de las leyes de la naturaleza.

En cuanto a la igualdad, que debe ser entre semejantes, se pregunta semejantes en qué, y escudado en Aristóteles deja caer como al pasar un juicio temerario en su mundo: debe ser igualdad en la virtud y no en la riqueza, pues lo último da lugar a las oligarquías.

Deriva del carácter social aristotélico la necesidad humana de vivir en grupo y, a su vez, de ella el origen de las ciudades, pero *prima della formazione di ogni città, esisteva la generale società dell'umana specie*, en tanto que las ciudades son concentraciones que se unen a las otras, no pudiendo abarcar toda la especie.

Esto le lleva a soñar en algo semejante a la *paz perpetua* kantiana, aunque por otra vía: cree que así como los países de Europa se ligan entre sí por intereses inseparables, también lo harán con Europa los otros continentes y se llegará a

l'universal società dell'uman genere, non già solo rozza ed imperfetta, ma ben colta e compiuta; e ritrarremo così tutti i vantaggi che avvicinando gli uomini tra loro n'hanno le società recati, senza i mali che nascono da nazionali pregiudizi. E se questa perfezione non sarà giammai la sorte degli uomini, dev'esser al meno il desiderio de'buoni.<sup>3</sup>

Afirma, sin lugar a dudas, que las leyes de la humanidad estaban en los hombres de las sociedades primitivas al igual que las leyes de la astrono-

<sup>3</sup> *Saggi, cit.*, I, p. 63.



mía, que siempre existieron aunque los humanos las desconocían, pero la razón que las descubrió era potencial y, sin esa potencia que ya se hallaba en las sociedades primitivas, nunca hubiera sido posible desarrollar la razón. Si bien hay *esseri vegetanti, esseri sensienti ed essere pensanti*, y los *primi sono soggetti alle leggi del vegetabile, i secondo alle leggi del setimento e chi ragiona alle leggi della ragione*, la razón en potencia en los primeros va avanzando desde las sociedades primitivas, va pasando de la potencia al acto.

## V. TODO ES CÍCLICO

Pero cabe insistir en que la visión de Pagano no es lineal, es decir, que la historia de la humanidad no avanza en forma de flecha hacia el progreso; los seres no pasan por vegetantes, sensibles y pensantes para no regresar, sino que regresan y recomienza el ciclo. Es de notar que para Pagano esta no es una regla limitada a las sociedades y al ser humano, sino que le asigna un valor cósmico, parecido a la concepción oriental del tiempo cíclico.

El catastrofismo geológico era una idea bastante extendida desde mucho antes y que en el siglo XIX habría de ser trasladada de la biología y a la sociología con la torpe elaboración de Spencer. Este catastrofismo lineal corresponde a la idea de continuo progreso, propia del reduccionismo positivista y racista del siglo siguiente al de las Luces. A esta concepción del catastrofismo evolucionista —por así llamarlo— corresponde la idea lineal del tiempo que aún domina en nuestra cultura industrial y posindustrial.

Cuando el Zarathustra de Nietzsche se despierta liberado, justamente es porque se libera de la idea lineal del tiempo, para abrazar la cíclica, y con ello se libera de la venganza, que siempre es *venganza contra el tiempo*, porque con el tiempo lineal no es posible que lo que haya sido deje de ser.

El catastrofismo de Pagano no es lineal, sino cíclico, lo que marca una diferencia sustancial con la idea lineal del tiempo del positivismo spenceriano del siglo XIX. Esta concepción paganiana es un atisbo de lo que un siglo más tarde se expresara en otra forma en *Also sprach Zarathustra*.

Nuestro iluminista sintetizó en un párrafo fundamental su cosmovisión cíclica, afirmando que la materia no cambia, que es siempre la misma, que todas las cosas en la naturaleza tienden a la perfección hacia un punto central de equilibrio, pero al aproximarse a cierta distancia, éste las rechaza, en un juego de fuerzas centrípetas y centrífugas. Esta aproximación y alejamiento, esta atracción y rechazo, condicionan para Pagano un perenne movimiento, una continua mutación, en la que todo se mueva de la generación a la disolución.

El movimiento hacia la concentración por efecto de la fuerza de atracción es el *telos* de perfección griego, el progreso. *Ma gli esseri dopo la perfezione dechinano sempre, e finalmente corromponsi. La natura adunque si è un continuo, non interrotto passaggio dalla vita alla morte, e dalla morte alla vita.* Las catástrofes son tales en todas las cosas del universo, tanto en las físicas como en las morales.<sup>4</sup>

Aplicando esta cosmovisión a las sociedades, afirma Pagano que éstas pasan cinco etapas: (1) el estado salvaje, familiar; (2) el comienzo de la sociedad política, con las sociedades bárbaras; (3) el estado político de las naciones; (4) la decadencia, y (5) la vuelta a la barbarie que, si se extrema, vuelve al estado salvaje y pone fin a la sociedad.

Pero estos movimientos sociales de avance hacia el centro de equilibrio y de rechazo y regreso se ven obstaculizados por factores externos o accidentes que los perturban, por lo que no siempre se suceden inexorablemente esas etapas. Así, las guerras y las conquistas, el comercio y las colonias, forman parte de estos factores obstaculizadores, aunque otorga más importancia a las catástrofes naturales.

## VI. EL CATASTROFISMO ASTRONÓMICO PAGANIANO

Conforme a su cosmovisión cíclica, parte del origen mismo del planeta hasta llegar a la dinámica de las sociedades, pues conforme a la antiquísima tradición de las naciones orientales, el ser humano surge de la tierra y ésta es llamada *la madre común de los hombres y de los dioses*.<sup>5</sup>

Se introduce con singular audacia intelectual en las concepciones astronómicas y geológicas de su tiempo. Rechaza la tesis de Buffon —a quien llama *el Platón de Francia*—, según la cual el origen de la tierra se debe a un cometa que arrancó un pedazo de sol, y la confronta con la opinión de Bailly, para rechazar la afirmación del primero, según la cual la humanidad se habría originado en el hemisferio norte. Toma partido por la teoría de las inclinaciones del eje terrestre y, de ese modo, combina el determinismo geográfico —que provenía de Montequieu— con la dinámica de las sociedades, pues no privilegia ningún hemisferio, dado que éstos habrían variado con la inclinación del eje terrestre, provocando con eso las grandes catástrofes a las que luego hace referencia y que determinan las estaciones.

A Jean Sylvain Bailly se le imputó racismo por defender la tesis del famoso continente hundido —la Atlántida— como sede de una civilización

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pp. 118-120.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 180.

superior que habría difundido los conocimientos científicos y técnicos entre las naciones bárbaras, que luego los degradaron. Cabe aclarar que Bailly no fue un determinista biológico, sino geográfico, aunque su tesis de la Atlántida se la vinculó luego a la leyenda de la raza aria superior, lo que, por cierto, no fue obra de Bailly.

De todos modos, Pagano rebate también la tesis de Bailly, y de paso también la del Abbé Noël Antoine Pluche, que atribuía la función de los atlánticos a los egipcios. A este respecto dice que incluso Vico se equivocaba restando importancia a las civilizaciones de Oriente, destacando que éstas eran mucho más antiguas que las de Italia, Grecia y el África litoral.

Conforme a su cosmovisión catastrofista cíclica, sostenía Pagano que esas civilizaciones fueron arrasadas, y de su cultura y conocimientos sólo quedaron vestigios:

Ma se suppongasi, como è ragionevole il credere, che tali nazioni furobo colte un tempo più luminoso per loro, e caddero di poi da quella gloria antica, vengono così disciolte le difficoltà tutte. In que' felici giorni furono le dotte teorie inventate, delle quali nella decadenza di quelle nazioni rimasero le vestigia solo nelle pratiche, usi e metodi. All'antiche verità s'accoppiarono i nuovi errori.<sup>6</sup>

## VII. EL CATASTROFISMO PLANETARIO

Para Pagano, la gran catástrofe natural fue la invasión de las aguas que destruyó las ciudades. Explicaba que los pocos habitantes que se salvaron eran pastores que atinaron a refugiarse en cavernas de la alta montaña y que quedaron anonadados ante la destrucción y, cuando las aguas descendieron y las terribles lluvias y vientos cesaron, poco a poco bajaron, primero a las laderas, luego a las llanuras y por fin a las costas.

Según nuestro autor, esos sobrevivientes eran salvajes, y la destrucción conmocionó sus cerebros haciéndoles ver fantasmas, alucinando en pánico (entiende que pánico significa destrucción de todo, *pan*). Agregaba que como el ser humano tiende siempre a considerarse centro del universo, esos humanos psíquicamente debilitados por el horror no pudieron dejar de pensar que los dioses habían tenido algo que ver, que era una venganza contra ellos. Afirmaba que el avance de la razón hizo que hoy se dejara a los dioses en paz en los cielos y las catástrofes se atribuyan a causas naturales.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 94.

En ese terrible estado de pánico ve Pagano el origen de la mitología. Cree que la deformación de los antiguos conocimientos dio lugar a las fábulas, porque las palabras ya no designaban objetos existentes, pues dado que éstos habían desaparecido, las palabras cobraron otro significado.

Como no sólo del agua provinieron las catástrofes, sino también de las crisis del fuego, esos sobrevivientes comenzaron a ver espectros flameantes y ríos de fuego. Explicaba que por efecto del pánico el cerebro no podía hilvanar las ideas, y éstas se separaban; las palabras comenzaban a invocar otras cosas, y la memoria se perdía, incluso de las mismas palabras, que designaban objetos que habían desaparecido. Para reafirmar su reflexión, Pagano invita al lector a imaginar que si una catástrofe semejante adviniera en su tiempo y sólo se salvaran algunos pastores sobre los Apeninos, voces como *trato*, *academia*, etcétera, perderían sentido, no siendo extraño que el nombre de un presidente de tribunal pasara a designar un monte que supuestamente dictara leyes a los valles más bajos, o los libros fueran considerados dioses que llevan el pensamiento.

### VIII. LA REALIDAD DETRÁS DE LAS FÁBULAS

Pagano afirmaba que lo realmente sucedido se hallaba oculto detrás de las fábulas, y para desentrañarla comienza un largo recorrido por los grandes relatos orientales acudiendo, entre otros, a Platón y a otras periodizaciones de la humanidad de dispares tradiciones. Incluso se aventura a sostener la hipótesis de que los mismos filósofos escondían en fábulas sus propias ideas, para no caer en el escándalo de contradecir las creencias populares.

De este modo, llega al primer periodo platónico, en que los humanos vivían bajo el mandato directo de los dioses, cuando la Tierra giraba alrededor del Sol en forma que su eje era perpendicular al ecuador, hasta que las grandes catástrofes dieron lugar al reino de Júpiter, reino de fuerza y violencia, como lo describe Esquilo.

Observaba que, en este periodo de catástrofes, éstas despertaron los sentidos de los humanos:

la vivacità degli oggetti e le grtandi e forti impressioni destano l'attenzione e determinano la sensibilità ne' meno perspicaci e negli stupidi ancora. Afirmo que per tali ragioni si sviluppò la sensibilità degli uomini. I grandi rumori scuotendo l'udito, i terribili fenomeni di fuoco fissando la facoltà visiva, svegliarono l'addomito spirito dei primi mortali.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pp. 199 y 200.

Rescataba de la tradición fenicia la afirmación de que los terribles espectáculos de la naturaleza despertaron la facultad sensitiva en los humanos, pero la variación de las estaciones, impuesta por la inclinación del eje terrestre que puso fin a la eterna primavera, les sumó una grandísima actividad que, rápidamente, brindó impulso a la perfección civil. *Colle nuove stagioni sentì l'uomo assai bisogni: la sua attenzione venne fissata: la mente si destò a trovare riparo. Ecco sorta la ragione: e l'arti insieme con quella.*<sup>8</sup>

En una digresión de lo anterior, afirma como regla general que *i grandi uomini sono figli delle sciagure e d' una avversa fortuna*, de lo que deduce una clasificación caracterológica: los melancólicos y coléricos son más aptos para las grandes cosas, en tanto que los sanguíneos y flemáticos *annunziano per lo più anime mediocri e volgari.*<sup>9</sup>

## IX. EL NACIMIENTO DE LA RELIGIÓN NATURAL Y DE LA CULTURA

Para Pagano, las grandes catástrofes excitaron el temor y las necesidades emergentes el dolor: de temor hace nacer las religiones, y del dolor, las artes y las culturas.

La indefensión y fragilidad del humano frente a la naturaleza le hizo concebir que ésta tenía designios, al igual que los humanos y, por ende, comenzó a fantasear dioses de la naturaleza, en un panteísmo cuyos dioses eran fuerzas naturales. Al mismo tiempo, el cambio de estaciones del mundo, que por inclinación del eje terrestre había salido de la eterna primavera, creaba necesidades, y de ellas surgían las artes.

Recuerda que la mitología de Platón da cuenta de dos grandes catástrofes: el diluvio —que registran todas las tradiciones orientales— y el hundimiento de la Atlántida, que habría esparcido la cultura antes de su inmersión.

De este modo, Pagano reinterpreta la mitología y las guerras de los dioses como relatos alegóricos de las sucesivas catástrofes geológicas. Sostiene que en un tiempo unos pocos iniciados conservaban los misterios, pero luego las tradiciones se perdieron y sólo quedaron las alegorías.

Según la tradición egipcia y platónica, el hundimiento de la Atlántida —que unía Europa, África y América— como consecuencia de terribles terremotos provocó el diluvio, pero cuando las aguas bajaron no lo hicieron

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 205.

al mismo tiempo, de modo que hubo países que antes lograron repoblarse y salir del estado salvaje en que habían recaído los sobrevivientes. Entre ellos creía que Grecia e Italia fueron privilegiadas. Por el contrario, consideraba que América demoró más, y por eso quedó atrasada.

Respecto del atraso de América, no dejan de percibirse en este escrito las ideas eurocentristas de Buffon a partir de la tesis de la humedad, aunque Pagano no extrae las mismas consecuencias. Recordemos que para Buffon la cordillera cortaba los vientos y producía humedad, con proliferación de animales pequeños y debilitamiento general, incluso de los seres humanos trasladados.

## X. PAGANO Y NUESTRO TIEMPO

Imaginar qué nos diría Pagano si despertara en este siglo sería una tarea de ciencia ficción histórica. Pero no es lo mismo dejar aparte los conocimientos y errores científicos de su tiempo, sus aventuradas afirmaciones arqueológicas e históricas, para preguntarnos qué nos puede quedar con vigencia a partir del pensamiento pagano, en este siglo de *espacio-tiempo*, física cuántica y cosmovisiones de un universo en constante expansión.

Ante todo, la cosmovisión cíclica de Pagano no se trasladaba mecánicamente a lo social, pues aclaraba que si las catástrofes y los otros factores (guerras, conquistas, colonización) no apagaban del todo el orden civil, si bien se producía la decadencia y la corrupción, no se volvía al estado salvaje.

Por otra parte, también advertía que no todas las culturas se desarrollan en el mismo sentido. Así, rechazaba la opinión de Vico respecto de la supuesta inferioridad de los egipcios, basada en que éstos carecían de conocimientos astronómicos y semejantes, respondiendo que toda cultura se desarrolla en algún sentido y no en otros.

Mucho hubieran llamado la atención de Pagano los conocimientos antropológicos actuales, como lo que sabemos de la historia de los mayas o de la isla de Pascua, pero también los efectos que hoy conocemos de la destrucción de las economías locales por el colonialismo en América y por el neocolonialismo en la India, en China y en África.

Hoy están universalizados los conocimientos científicos y técnicos, es decir, que, en este sentido, se han producido avances extraordinarios, pero hay dos tercios de la población mundial en estado de necesidad y parte de ella de extrema necesidad de supervivencia. Las guerras continúan, algunas asumen claramente la forma de *conquistas*, aunque no sea de territorios al

viejo estilo, sino de recursos naturales, y especialmente energéticos; el colonialismo no ha cesado, sino que ahora se practica por medio del endeudamiento de unas sociedades por otras, pero incluso en las otras no tienen el poder los Estados y sus políticos, sino que están sometidos al poder de corporaciones que superan la propia capacidad económica de muchos estados. ¿No sería esta la decadencia en términos paganianos, pero ahora en el plano planetario?

Su método de buscar la realidad escondida detrás de las fábulas tampoco es del todo extraño a nuestro tiempo. Las crecientes necesidades han impulsado el avance de las ciencias y de las artes, pero para satisfacer únicamente a poco más de un tercio de la humanidad. Y las catástrofes económicas, a partir de la crisis de 1929, han dado lugar a nuevas fábulas.

La más notoria de las fábulas de nuestro tiempo es el dinero, que ya no es oro ni metales preciosos, sino papeles cuyo valor depende de la confianza que depositamos en ellos, pero que ni siquiera existen en las cantidades inmensas en que los contabiliza, porque el crédito los reproduce numéricamente y sólo queda menos de una décima parte de ellos en los encajes bancarios: el resto son números de computadora.

Por otra parte, no hay mayor fábula que la de una economía financiera de especulación que crece aceleradamente sin un correlato ni mínimamente cercano a su crecimiento en la producción. ¿Qué otra cosa que una fábula es una economía sin producción?

Además, hoy no discutimos con Buffon y Bailly la posición del eje terrestre ni con Platón acerca del hundimiento de la Atlántida, pero igualmente nos amenazan las aguas y el fuego, por obra del disparate desarrollo de la tecnología y del resto de la cultura. Es el propio ser humano que amenaza su subsistencia sobre la superficie del planeta, al que agrade continuamente, olvidando que él mismo es un producto de la tierra, del *humus*, porque el antropocentrismo pagiano no separaba al ser humano de la naturaleza, a la que insistía en llamar *la madre común de los hombres y de los dioses*.

Hoy es el propio ser humano que se envenena con el uso indiscriminado de plaguicidas y pesticidas que contaminan todos sus alimentos. Creo que no dudaría Pagano en observarnos que corremos el riesgo, no ya de decaer, sino de volver al estado salvaje, en vísperas de catástrofes climáticas provocadas por el afán de acumulación de la fábula del dinero por parte de entes ideales que suman números, y que, a diferencia del viejo capitalismo productivo, no están en manos de sus propietarios, sino de tecnócratas entrenados únicamente para eso.

La corrupción como signo de decadencia no dejaría de ser observada por Pagano, teniendo en cuenta que quienes manejan el poder de las

corporaciones no dudan en caer en la delincuencia organizada mediante macroestafas como la de la burbuja de 2008, en explotar trabajo esclavo a distancia, en administrar fraudulentamente países como en el hemisferio sur, en reciclar todo el dinero hurtado a los Estados por evasión fiscal o producto de todos los tráficós ilícitos imaginables, en refugios fiscales, en extorsionar a Estados deudores mediante jueces de los países prestamistas, en desplazar poblaciones al mejor estilo de los viejos genocidios, en especial mujeres y niños. La corrupción a que se refería Pagano era en escalas nacionales, pero podemos imaginar lo que pensaría de verificarla en dimensión planetaria.

Cuando Pagano afirmaba que muchos filósofos ocultaban su propio pensamiento detrás de las fábulas, para evitar el escándalo de contradecir las ideas dominantes en la población, no podemos menos que pensar que muchos callan o hablan en voz bien baja, porque temen al eventual linchamiento por contradecir la realidad creada por los medios masivos de comunicación social, en manos de monopolios y oligopolios corporativos.

Cuando Pagano afirma que en la decadencia hacia la barbarie las palabras que ya no designan objetos existentes, pues éstos desaparecen y, por ende, las palabras cobraron otro significado, no podemos menos que pensar que algo parecido comienza a cundir en nuestro tiempo, nada menos que con palabras como *democracia* y *estado de derecho*.

## XI. EN SÍNTESIS

Nadie podría negar que Pagano fue un iluminista propio de la burguesía europea que surgió como resultado de las masacres colonialistas y del transporte brutal de mano de obra esclava africana a América, que proporcionó a Europa la abundancia de medios de pago y de materias primas que determinó la Revolución Industrial y la emergencia de su clase.

Como señalamos al comienzo, si bien esta fue la cara oscura y generalmente omitida de la Revolución Industrial europea, tampoco debe ignorarse que esa efervescencia, en el momento del ascenso de esa clase europea, generó una pulsión liberadora sumamente crítica que realzó la dignidad del ser humano. Como era obvio, este momento de florecimiento europeo llegó a su límite al chocar frontalmente con los restos de las viejas noblezas hegemónicas, hasta que, años después, los hijos del *Gattopardo* se emparentaron con los nuevos banqueros, cuando ya el ciclo se había llevado también la vida del pobre Pagano que, desde sus *Saggi* nos advierte que hoy está en riesgo de llevarse a toda la humanidad.



En este sentido, surgen ahora nuevas voces paganianas en lenguaje de nuestro siglo y, en el fondo, reiteran la afirmación de Martin Buber al sostener que el ser humano no es racional, pero, sin embargo, puede llegar a serlo. Si el ser humano es producto de una creación, al decir de Pagano cabe pensar que no se lo habría creado para destruirlo, por lo que cabe renovar la confianza en que lo logre a tiempo para evitar peores catástrofes.

## TESTIMONIOS

## SERAFÍN ORTIZ. SEMBLANZA DE UN JURISTA, EDUCADOR, SERVIDOR PÚBLICO Y POLÍTICO AVECINDADO EN TLAXCALA

Luis GONZÁLEZ PLACENCIA

### I.

En 1993 recibí una invitación por parte del entonces titular de la Dirección General de Reclusorios del otrora Departamento del Distrito Federal, David Garay Maldonado, para organizar un evento internacional al que llamé “La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y expectativas”. La característica principal que me pidieron cuidar era que debía concitar a los máximos expertos del tema en Latinoamérica y en Europa, pero lo que don David Garay no sabía era que estaba contratando a un joven que ya entonces era parte del Círculo de Estudios en Criminología Crítica de América Latina y que veía en la ocasión un momento muy importante para dar a conocer en México el pensamiento crítico en materia penitenciaria y para tratar de apartarlo del positivismo criminológico que desde los sesenta impregnaba el tema de la ejecución penal. Hallar exponentes del pensamiento crítico no fue difícil ni en el cono sur, ni en Europa. Aceptaron la invitación Louk Hulsman, Raúl Zaffaroni, Rosa del Olmo, Elías Carranza, Edgar Saavedra y las jóvenes promesas hoy consolidadas, Iñaki Rivera, Sebastian Scheerer y Giuseppe Mosconi. Participaron también Jacinta Balvela, entonces directora de ILANUD y Pierre Landreville, otro joven criminólogo canadiense. Pero hallar en México criminólogos críticos era un poco más difícil, pues so pena de aparecer como quien invita sólo a sus amigos —una docena que más o menos éramos en el Círculo— me tocaba tomar una decisión complicada. Y lo hice, sólo tres mexicanos participaríamos: Fernando Tenorio —sin duda el más consolidado de todo el grupo— un joven de mi edad recién egresado de la maestría en el Zulia, alumno de Lola Aniyar que Fernando mismo me recomendó y a quien sólo conocía de oídas, y yo, nosotros últimos como mo-

deradores de las mesas y conductores de sendos paneles de análisis con los ponentes, respectivamente.

Así fue como conocí a Serafín Ortiz, joven criminólogo crítico que a sus treinta años había tenido trato no sólo con los connotados profesores latinoamericanos invitados al encuentro, sino que también, como nosotros en México, compartió trozos de vida con Alessandro Baratta y con Roberto Bergalli.

Cabe decir que de aquél encuentro de 1993 emergieron muchas cosas buenas. De ahí se posibilitó, por ejemplo, que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Jorge Madrazo y su Tercera Visitaduría General fueran fraguando la visión penitenciaria que, de hecho, hoy distingue a la Ley Nacional de Ejecución Penal, hechura de Miguel Sarre, a la sazón tercer visitador general, y quien fue asistente a aquel encuentro del que trajo conocimientos importantes, ideas y perspectivas centrales para su trabajo como defensor de los derechos de las personas presas. Pero lo más importante fue que ese encuentro fue el vértice de una fuerte y fructífera amistad que hoy me une con Serafín y que se aproxima a los treinta años.

Luego, como es la vida, los destinos de cada quien se separaron por un tiempo, porque yo me fui a Europa a continuar mi formación, pero no tanto en realidad, y él se fue a Tlaxcala donde en la gran Universidad Autónoma del Estado se hizo coordinador del posgrado en derecho, luego director del Centro de Estudios Jurídicos y Políticos (CIJUREP), después director de su Facultad de Derecho, más tarde secretario académico para culminar su impresionante ascenso como rector de esa que es su alma mater. Digo que no tanto porque tan pronto volví a México, Serafín me ofreció el curso de metodología de la investigación en la maestría en derecho penal proponiéndome impartirlo los sábados por la mañana, allá en las instalaciones de la Ribereña, donde entonces se ubicaba el posgrado. Así empezó mi relación con la Universidad Autónoma de Tlaxcala (UATx) y así también se fue tejiendo mi amistad con Serafín.

## II.

La idea de un posgrado de fin de semana fue realmente innovadora en 1996. Muchos como yo, la mayoría profesores consolidados de importante fama —que claramente no era mi caso— como el propio Fernando Tenorio, Álvaro Búnster, Luis Ponce de León, Jorge Witker, Manuel González Oropeza, José Luis Soberanes, Jesús López Monroy o Guillermo Floris Margadant, compartíamos el privilegio de poder impartir clase el fin de semana sin pre-

ocuparnos de invadir las horas laborales de nuestras respectivas instituciones de adscripción. Gracias a esa estupenda idea, el CIJUREP creó una importante fama por su claustro de profesores de primera línea y aprovechando esa fama, de nuevo el ingenio del joven Serafín emergió para comenzar un proceso de exportación de sus posgrados que lo llevó a impartirlos en Chihuahua y en Yucatán, entre otras partes de la república, y a ser el creador de un modelo que hoy han copiado muchas instituciones porque constituye una buena práctica destinada a la enseñanza dirigida a un sector difícil, dadas sus ocupaciones, para el que asistir los viernes y los sábados a cursos concentrados de diez horas semanales, les permitió obtener sus grados de maestría y de doctorado. Postulantes, jueces, legisladores, defensores, vieron la posibilidad de realizar posgrados sin tener que sacrificar tiempo de sus profesiones.

Pronto los posgrados del CIJUREP, donde fuese que se impartieran, se hicieron famosos, tanto que incluso un entonces ministro de la SCJN, José de Jesús Gudiño Pelayo, decidió hacer su doctorado en la UATx. No creo exagerar si digo que para Serafín, CIJUREP es una de las partes más importantes de su vida. Desde siempre procuró que ahí se dieran cita grandes personalidades del derecho y la criminología, que tuvieran lugar los grandes eventos y que se reflexionara seriamente el pensamiento jurídico contemporáneo. Desde entonces a la fecha han circulado por sus aulas De Georgi, Ferrajoli, Zaffaroni, Commanducci, Alexy, Pitch, Bodelón, Borja, Bovero, Cancio Melía, Zapatero, además de los más importantes juristas nacionales contemporáneos como García Ramírez, Carbonell, Salazar, Pedroza de la Llave, Bonifaz y Azaola.

Ya como rector, Serafín continuó innovando, ahora no sólo para el ámbito de sus colegas profesionales, sino para toda la Universidad. Leyó excelentemente los tiempos, y humanista como siempre ha sido, de pensamiento orientado a las izquierdas, se opuso elegantemente a la tendencia a la que los gobiernos neoliberales pretendieron llevar a las universidades, por el camino de las competencias. Serafín se dio cuenta con aguda sagacidad de que el propósito de las universidades, desde los acuerdos de Bologna, se encaminaba a producir empleados, reduciendo la capacidad crítica del alumnado, a favor del desarrollo de sus competencias laborales, pensadas primordialmente desde la empresa. Con mucho valor, pero sin un ápice de ingenuidad, retomó el viejo modelo humanista que años antes se había trabajado en la UATx y lo renovó. Reflexionó sobre la necesidad de sustituir el humanismo medieval que le servía de marco por el que emergió de los acuerdos de posguerra, de donde nacen la idea contemporánea de los derechos humanos y el respeto de la dignidad. Con base en ello, construyó

su idea de la autorrealización como la posibilidad de desarrollo del potencial de las personas en un contexto de integralidad, donde conocimiento y actitudes no se separan de la virtud, la empatía, el sentido crítico o el sentido de la justicia y no sólo eso, también le dio una dimensión material a su propósito al crear un cuarto eje sustantivo para la UATx, que junto a los que comparten todas las universidades —docencia, investigación y divulgación— ha dado identidad al modelo educativo de la Universidad Autónoma de Tlaxcala hasta hoy: el eje de la autorrealización.

Así, el modelo fue pensado como contrapeso de la tendencia reduccionista de las competencias. Le llamó “Modelo humanista integrador, basado en competencias”. Ya el título del modelo anuncia su intención, porque en él las competencias se tornan referenciales, necesarias sin duda, pero también accesorias al sentido principal del modelo que es el de la formación de seres pensantes, críticos, dueños de sus circunstancias, actuantes en un entorno donde forman parte de un todo que para salir adelante debe ser, sobre todo, solidario. Hasta hoy trabaja Serafín en la consolidación de ese cuarto eje sustantivo como el articulador de todo el modelo. Por ello, incorporó en su momento una barra de materias, transversales a todas las carreras, donde se aprenden cuestiones básicas relacionadas con el respeto por la Otredad, el compromiso con la inclusión y la responsabilidad con la propia comunidad, lo que debe generar una impronta en el estudiantado para que luego, al arribar a los saberes especializados de sus carreras, aprendan a ejercerlas no sólo con una gran solvencia técnica, sino especialmente con un importante sentido humano.

Aunque nunca ha dejado su campo natural, que es el derecho —donde se ha especializado en la argumentación jurídica— Serafín se reveló, cuando rector, como un inteligente educador que no por intuitivo es menos acertado que quienes son educadores de profesión. No sólo su influencia, sino literalmente su trabajo, siguen presentes en las modificaciones que ahora estamos haciendo en la UATx para adecuar el modelo educativo al nuevo entorno de la llamada 4T, donde la originalidad de su pensamiento se devela anticipada, pero sobre todo de una pertinencia sorprendente con la exigencias de un modelo educativo orientado a lo social.

Es seguro que su experiencia como rector en la UATx facilitó que después fuera ombudsman en Tlaxcala, donde junto a otros colegas que también lo fueron en sus respectivos estados —Marcia Bullen en Puebla y Bernardo Romero en Querétaro— demostraron que ser académico puede ser garantía de que se puede ser también un buen político, uno que lejos de pensar en el puesto para el beneficio personal, piensa en cómo servir con honestidad, conocimiento y profesionalismo.

### III.

Es tal vez en la política local donde Serafín Ortiz ha destacado más. Cabe decir que no se trata de un político tradicional, aunque se parece a ellos. Posee sin duda la inteligencia de los políticos, es sagaz, sabe leer los entornos y reacciona con reflejos felinos para anticipar a sus adversarios. Sabe a la perfección que cuando se juega a la política lo principal es lo político —o, parafraseando lo que solía poner un anuncio en la revista de una aerolínea sobre el mercado: en la política no se consigue lo que se merece, sino lo que se negocia—. Sabe tejer su telaraña y tiene los hilos sobre sus dedos porque es hipersensible a cualquier movimiento sin importar que ocurra a kilómetros de distancia. Sabe cuándo alguien cae, cuando le tiene a su merced, y sabe también condonar y perdonar. Sabe ofrecer y también cumplir. En todo esto se parece a los políticos, pero a diferencia de la mayoría de ellas y ellos, tiene claro el límite entre lo que se puede y lo que se debe hacer. Es un político honesto y quizá por ello, por ser un político honesto, es que le ha costado navegar en un mar donde muy pocos, o casi nadie, lo son.

Tengo que admitir que, a pesar de lo que algunos piensan, a mí no me gusta la política, y que si me he desempeñado en puestos que sin duda son políticos, lo he hecho a pesar de mi propio interés que es la academia, en aras de servir, porque es una oportunidad invaluable para dar lo mejor de uno. Por eso he aconsejado a Serafín más de una vez que se dedique a la academia y deje al lado la política, que está llena de dobles discursos, de dobles morales y de traiciones. Y, sin embargo, con ese tono calmo que le caracteriza, termina convenciéndome de que es la única forma de lograr que las cosas cambien, de mover a la sociedad para que cambie.

En algo tiene razón Serafín: hoy que la ciudadanía no tiene en los partidos tradicionales representantes legítimos —porque está más claro que nunca, que sólo se representan a sí mismos— es necesario buscar nuevas representaciones. Así ha ocurrido con las grandes empresas de telecomunicación que solían tener su bancada verde; lo mismo puede decirse del magisterio y Nueva Alianza; el empresariado tiene al PAN y algunas universidades tienen a sus representantes, exrectores todos, en escaños y curules que cuidan su mejor interés. Generoso como es, Serafín diputado, Serafín senador, Serafín gobernador, vería no sólo por la UATx, o por los universitarios que es el gremio con el que se identifica —nuestro gremio, en efecto—; estoy seguro de que se tomaría en serio la oportunidad de servir al pueblo, sin demagogia, con inteligencia y con prudencia.

Por eso, cuando decidió formar un partido político, empresa que parecía completamente cuesta arriba, terminó demostrando que puede mover

la voluntad de las personas al punto de ganar aún en la derrota. Su apuesta por la buena política, de la mano de Michelangelo Bovero, a quien invitó a Tlaxcala a inaugurar la escuela que lleva ese mismo nombre —Escuela de la buena política— le ha redituado porque ha sido ese el código que ha regido sus campañas y también porque en ese marco ha podido demostrar, que política y academia pueden ser la una para la otra cuando al primer término del binomio se le aplica el calificativo de la bondad, porque es entonces cuando el quehacer de la política exige racionalidad, que como todo el mundo sabe, es el primero y más eficaz límite contra la arbitrariedad, la falsedad, la canallada, la maledicencia y el autoritarismo que suelen ser los calificativos que en la práctica acompañan al político.

#### IV.

Jurista, educador, servidor público, político e incluso empresario, todas esas caras y más son las que tiene el poliédrico Serafín Ortiz; ninguna de ellas se muestra por sí sola y todas ellas brillan enmarcadas en el halo que le personifica como un ser humano de excepción, como el hombre generoso y consejero sabio y solidario que es, pero sobre todo como el amigo incondicional que sabe ser.

Enhorabuena por este homenaje. Aquí sí, en el corazón de los amigos, a diferencia de los negocios y la política, uno consigue lo que se merece y Serafín se merece este libro que quedará como testimonio de quién fue, de quién ha sido y como zócalo de quién habrá de ser Serafín Ortiz Ortiz, nuestro querido amigo, en los muchos años que le quedan todavía por vivir.



## PALABRAS EN HOMENAJE AL DOCTOR SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE\*

La personalidad de un hombre se siente cuando su sola presencia hace vibrar el corazón por su sencillez.

Susana PEDROZA

Se me ha concedido el honor de participar en el homenaje a una persona muy especial y querida para mí, el doctor Serafín Ortiz Ortiz. Cabe aclarar que en los homenajes se presentan, entre otros, un artículo del autor invitado para conformar una obra, y, en otros, se decide elaborar un ensayo dirigido a la persona a quien se le realiza el homenaje, de tal forma que su servidora decidió la segunda opción. Advierto, entonces, como siempre se me ha caracterizado por mis colegas, amigos y familia, que seré franca y directa durante las siguientes líneas, y tan transparente como mi mente y corazón me lo permitan. Así que sólo espero la benevolencia de ustedes cuando, traicionada por la debilidad de mi corazón, fluyan reconocimientos que no tienen más sustento que mi percepción juiciosa de una persona tan completa como el doctor Serafín Ortiz.

Intentar sólo exponer y describir la personalidad del doctor Ortiz es, de suyo, un reto sumamente complejo, además, arriesgado, puesto que en ese intento se pueden perder de vista un sinfín de cualidades o características que lo distinguen como persona. Por esa razón es que, de igual manera, anticipo mis disculpas al doctor Ortiz si en estas líneas omito, cito o señalo, de manera errónea o imprecisa, algún tema que debía resaltar de mejor forma.

Pues bien, el doctor Serafín Ortiz Ortiz, hombre de intelecto excepcional y arraigadas convicciones, tlaxcalteca orgulloso de sus raíces, compro-

---

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

metido con sus ideales, y también con su familia, amigos, colegas, estudiantes, con la ciudadanía, entre otros, siempre tiene un espacio para convivir o ver un asunto, aunque parezca que vive en otro plano de existencia, por la profundidad de sus convicciones e ideas. No obstante, es normal que personas como él mantengan su vida privada apartada de la laboral.

El doctor Ortiz es un lector incuestionable, no sólo de los textos filosóficos y jurídicos, sino de las personas; él resuelve pronto entre quienes lo comprenden y aceptan, y también quienes no; sin embargo, como es algo reservado, no suele expresar lo que espera de los demás. Es una persona cabal. En efecto, de pensamiento profundo, claro y didáctico a la hora de expresar y explicar sus ideas; un magnífico intérprete de la Constitución y las leyes, y expositor excepcional del pensamiento filosófico jurídico; en resumen, es un académico ejemplar.

Con el doctor Serafín me une una amistad que reconozco y me enorgullece tener ese privilegio, como bien decía Aristóteles en su libro VIII de *Ética a Nicómaco*: “sin amigos nadie querría vivir”. Y ¿quién no quiere tener entre sus filas de amigas y amigos a una persona como él? Estudioso de la filosofía y del derecho, educador incansable de generaciones y generaciones de estudiantes, promotor cultural de la grandeza de su tierra, incansable y con espacio para la política desde donde, como luchador social, se ha mantenido como un férreo defensor de los derechos humanos. En este sentido, su trabajo, vale decir, fue reconocido al ser designado como presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos en 2001 por el H. Congreso del Estado de Tlaxcala.

Serafín es una persona con conocimientos, tenaz, líder natural, de entrega y compromiso, cualidades que le han permitido ocupar cargos académicos, como coordinador de la División de Estudios de Posgrado en Derecho; coordinador de la División de Ciencias Sociales y Administrativas; coordinador científico del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CI-JUREP); secretario académico. y rector, todos éstos en nuestra prestigiada H. Universidad Autónoma de Tlaxcala. Su pasión por la docencia lo ha llevado a ser maestro de tiempo completo titular “C”, de la misma casa de estudios desde 1995 a la fecha. Un maestro en toda la extensión de la palabra, cuyas dotes pedagógicas han y son atestiguadas por centenares de alumnas y alumnos y, ¿por qué no decirlo? de distinguidos colegas docentes, no solo de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, sino de diversas universidades públicas y privadas, nacionales y extranjeras.

El doctor Serafín es una persona fuera de serie —mi amigo—, ha sido un prolífico autor de múltiples obras jurídicas, como las siguientes:

- *El sistema penitenciario mexicano*
- *Los fines de la pena*
- *Función policial y seguridad pública*
- *De la enseñanza tradicional a la docencia crítico-integradora 1999*
- *Garantías constitucionales, y*
- *Vicisitudes de la normalidad democrática electoral*

El doctor Ortiz también es coautor de obras como las siguientes:

- *Perspectivas de la democracia en México*
- *Instituciones, actores y procesos democráticos en México, y*
- *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*

En fin, podría tratar de sintetizar el currículum del doctor y, en el intento, posiblemente fracasaría al dejar —como lo he dicho— un sinnúmero de actividades que tanto en el ámbito académico como en el ejercicio de su profesión ha realizado el doctor. Por lo anterior, he querido resaltar un poco, solamente la disciplina y la perseverancia que ha tenido el doctor para lograr no sólo ejercer con lujo de humildad y de sencillez la docencia, sino también —no sé cómo— se ha dado tiempo para escribir y profundizar en los temas más ricos y contemporáneos del derecho. No puedo entonces dejar de reconocer y de agradecer infinitamente al doctor Serafín, a su distinguida familia, a quien seguramente ha tenido que restarles tiempo irrecuperable de convivencia para el logro de sus publicaciones y tareas académicas.

No hay forma de recuperarle o reponerle a su familia el tiempo que el doctor Serafín Ortiz Ortiz ha destinado para la elaboración y publicación de sus libros, que han sido fuente de luz para entrar al estudio de los diversos temas jurídico-políticos. Estoy segura que, como yo, miles de personas hemos tenido la oportunidad de leerlos y, sobre todo, escucharlo; esto es algo que agradeceremos siempre.

El legado que el doctor ha venido creando, sin duda alguna, no sólo trata de su prolífica labor académica y literaria jurídica, sino también profesional. Su intervención en favor de la Universidad Autónoma de Tlaxcala la ha colocado como la principal fortaleza académica del estado y con un gran reconocimiento en el plano tanto regional, nacional como internacional.

Ortiz Ortiz ha sido un gestor infatigable de la actividad académica en beneficio no solo de alumnas y alumnos, colegas y maestros, sino de la sociedad en general, siempre enarbolando la frase “Por la Cultura a la Justicia Social”. Conocer, convivir y leer a mi amigo el doctor Serafín me ha hecho, de alguna forma, moldear y ampliar mis conocimientos jurídicos, así como

mi visión sobre la responsabilidad social que todos tenemos en este plano de la vida. Su riqueza de pensamiento es algo que merece reconocerse, por supuesto, y, sobre todo, aprenderse. Hombre visionario que ha tratado el trabajo educativo de una forma especial, considerando que la escuela no puede quedarse como el recinto en el que se enseña con viejas tradiciones académicas, sino que se tiene que impulsar, motivar y movilizar hacia el desarrollo de conocimientos con una visión integral, especialmente en el campo de las ciencias sociales y de las humanidades.

La promoción del estudio, el análisis y la reflexión de los múltiples temas jurídico-sociales es una tarea permanente que ha distinguido al doctor Ortiz, y que tiene por objeto el fortalecimiento de las capacidades profesionales, y, sobre todo, el desarrollo del proyecto de vida para sus escuchas, alumnas, alumnos, colegas, entre otros. La apertura de pensamiento y el diálogo son objetos constantes y permanentes de los eventos académicos y profesionales que, gestados a partir de sus iniciativas, se convierten en expresiones efectivas en los procesos formativos educativos de las personas y, particularmente, de los estudiosos del derecho.

La vigencia de su pensamiento, plasmado desde sus primeros libros, no tiene parangón, un legado que ha marcado rumbo a diversas decisiones trascendentales, no sólo en la vida universitaria, sino en el acontecer político del estado de Tlaxcala, donde, como diputado e integrante de la Comisión Revisora de las Reformas a la Constitución del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, tuvo una participación activa e invaluable en el H. Congreso del Estado, en su LVI Legislatura (2001), abogando —como siempre— por las causas sociales como una premisa fundamental para el desarrollo de los derechos de las personas.

Indiscutiblemente, Seraffín es un ejemplo a seguir para las generaciones actuales y futuras. Su legado está presente en cada persona que defiende y trabaja por el porvenir de su familia, de su persona misma y de su comunidad. Esto ha sido provocado por él; esto es, inyectar el interés y el entusiasmo por la permanente superación. Esto nos deja ver la alegría, la calidad humana y la sencillez con que el doctor se conduce, siempre respetuoso y dispuesto a compartir sus conocimientos, centrando su vida en el éxito de los demás y no en el propio, de tal forma que su trabajo rinde una especie de culto u homenaje a la profesión del maestro, aportando siempre a la formación de las personas.

No es gratuito que, por lo anterior, le hayan sido otorgados reconocimientos al mérito académico, como son los siguientes:

— Integrante de la Legión de Honor Nacional de México

- El doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Nogales, Veracruz
- El Reconocimiento Especial otorgado por el Colegio de Abogados Litigantes de Querétaro, Querétaro
- Miembro de la Academia Mexicana de Criminología
- Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, y
- El Reconocimiento Homo Universitatis Summa Cum Laude

Se dice fácil; sin embargo, vale la pena poner en contexto las tareas educativas. De primera mano, puedo decir que, de acuerdo con algunos tradicionalistas, se sostiene que la educación es aquella recibida fundamentalmente en el seno de la familia, y que la educación escolar es complementaria. Por increíble que parezca, hay quienes piensan que actualmente recibir educación desde las aulas públicas es un hecho que demerita de entrada el trabajo o el esfuerzo que realizan los profesores, alumnas y alumnos de las escuelas y universidades públicas. Un pensamiento lamentable, máxime cuando, como hemos visto líneas atrás, que el nivel de académico como el del doctor Serafín es excepcional, ejemplar y único. Es un privilegio que pocas universidades en el país y en el mundo poseen. Un fuera de serie, como hemos dicho; la personalidad académica del doctor Serafín es irrefutable; una persona que pone la alegría, el corazón, su mente, su tiempo y sus objetivos en aquellos que quiere ver crecer en el aspecto humano y profesional.

Con relación a lo anterior, una sociedad como la nuestra está actualmente más pendiente por la obtención de beneficios inmediatos, tangibles y, en el menor de los casos, gran parte de los padres de familia esperan que sus hijos pasen el trámite de los estudios como ejemplares hijas e hijos, que son la manera en que ven a las y los maestros; esto es, como meros gestores de dicho trámite, y hay de aquellos que cuestionan sus capacidades. Esto es muy lamentable, porque observo que no terminan de comprender que la labor educativa requiere de una entrega total, donde las y los profesores como el doctor Serafín ponen su vida, sus conocimientos y su experiencia a la disposición de sus alumnas, alumnos y colegas para el fortalecimiento de sus conocimientos, de sus principios y valores, algo que difícilmente puede compensarse o agradecerse lo suficiente.

Hoy vivimos tiempos muy difíciles en los ámbitos de lo social, político y económico, donde el valor de la justicia sufre una de las caídas más severas desde hace al menos tres o cuatro décadas, un tipo de devaluación de la moral que coloca a la justicia en un valor casi inexistente, sobre todo cuando vemos a través de las noticias una avalancha de casos de desastres natura-

les y humanos, de impunidad tras el asalto o el asesinato a quemarropa y sin miramientos a plena luz de día contra personas inocentes, así como los múltiples casos de corrupción que ponen en jaque mate la confianza de la ciudadanía en la clase política y, en general, en las y los servidores públicos.

En tiempos de confusión social, donde el valor de la justicia ha decaído estrepitosamente, es donde la mezcla entre las dotes de luchador social y maestro tal cual las encontramos en la persona del doctor Serafín nos da la oportunidad de serenar la conciencia y entrar en un proceso de reflexión con el que se concilie el desencanto y la adversidad de las situaciones con un pensamiento propositivo, que no sólo nos ayuda a entender de mejor manera el origen y las razones de los problemas, sino también a encontrar las soluciones más adecuadas con las que se concilien de manera humanística todos los intereses involucrados, principalmente de las personas menos favorecidas.

De esa talla es la calidad académica del doctor Serafín Ortiz Ortiz, aspirar a los principios y valores más altos en una sociedad tan necesitada de justicia como la nuestra. Se requiere evitar la indiferencia hacia el dolor y los padecimientos del prójimo. La intensa actividad académica del doctor posee siempre un evidente interés, consistente en formar y, en todo caso, fortalecer el espíritu crítico y constructivo de las presentes y futuras generaciones, cuyas aspiraciones tengan como propósito el bien común.

Comunidad universitaria, y especialmente las y los estudiosos de las ciencias humanísticas, del derecho, de la criminología, etcétera, la carrera del jurista nunca termina; tener en vida el ejemplo del doctor Serafín es un privilegio, y también una responsabilidad. La fecundidad de sus ideas plasmadas en sus obras, acompañadas por sus cátedras magistrales, conferencias, charlas, inauguraciones, clausuras y pláticas personales, son para valorarse, mantenerse y, como él nos enseña: “el conocimiento se comparte por el bien de todos”. Ahí es donde radica nuestra responsabilidad, transmitir y compartir sus conocimientos y experiencias al haber sido concebidas con una fe inquebrantable “Por la Cultura a la Justicia Social”, como reza el lema de nuestra casa de estudios, la H. Universidad Autónoma de Tlaxcala.

Las tareas académicas del doctor continuarán. Estoy segura que nos permitirá seguir enriqueciéndonos con su pensamiento y su cátedra; un abogado que hace honor a nuestra tradición jurídica, y que al mismo tiempo se mantiene atento, pendiente y actualizado sobre el nuevo pensamiento filosófico y jurídico, cosa nada fácil para un docente cuando se trata de rescatar las principales ideas filosóficas de hace quinientos años e integrarlas de manera tan aparentemente sencilla y didáctica en sus cátedras jurídicas para sus alumnas, alumnos, colegas y amigos.

Su trabajo, en efecto, merece este homenaje y reconocimiento, porque no se trata de un abogado, político, docente, servidor público, investigador, etcétera; se trata de una persona que antes de intentar convencer con cualquiera de sus argumentos, razones, exposiciones, planteamientos y consideraciones, antepone siempre el respeto y el diálogo a sus escuchas o interlocutores. No distingue más diferencias que la eventual carga de ciertos grados académicos, profesionales o de responsabilidad pública.

Una persona que, en este sentido, respeta las divergencias de los razonamientos tratados, con todo y lo profundo que éstas puedan ser. Los que tenemos el honor de conocerlo podemos dar testimonio de la admirable congruencia de su pensamiento y de su actuar cotidiano, ya sea como servidor público o académico respetable, cualidad que en la actualidad no se encuentra tan fácil en una sociedad donde la mayor parte de sus integrantes creen ser dueños de la verdad. La tarea que ha tenido hasta la fecha, desde luego, no ha sido fácil. El uso de sus atributos pedagógicos, de investigación y académicos, en general, combinados con su enorme experiencia profesional, requieren de un tipo de autocontrol ante la tentación del egocentrismo en que otros han sucumbido.

Para fortuna de todos nosotros —y yo diría, especialmente para la comunidad jurídica—, la sencillez del doctor Serafín —me atrevo a decir— se encuentra cimentada en su personal convicción de la justicia social y la técnica magistral que posee para interpretar y argumentar jurídicamente sobre los contenidos de la Constitución, las leyes, etcétera, como buen abogado que es. Una persona que realmente otorga luminosidad a los diversos temas, no solo de su materia de especialidad penal, sino constitucional. Lo interesante radica en que su concepción de la justicia radica en el hecho de siempre intentar alcanzar la realización de ésta, a partir no sólo de la aplicación de los modelos interpretativos y argumentativos clásicos o tradicionales, sino de sus propuestas teórico-prácticas de avanzada. Esto es, adecuadas a un orden jurídico moderno, donde la idea de la justicia no termine siendo desplazada, de ahí su persistente búsqueda en el plano profesional, docente y de investigación académica.

La historia democrática de nuestro país, México, se funda y consolida a partir de nuestras instituciones de educación; sin embargo, sin universitarios no hay universidades. Universitarios distinguidos como mi amigo el doctor Serafín son parte de la historia no solo de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, sino del estado de Tlaxcala y de todo el país. Un ser humano seguramente consciente de nuestro tránsito temporal por esta vida, que sabe que su paso y legado, fundado en su honestidad, disciplina y responsabili-

dad, quedará en el resguardo de su alma máter, la H. Universidad Autónoma de Tlaxcala.

Nuestra efímera existencia se constituye en un algo que debemos reconsiderar en el día a día. Pensar en personas líderes como el doctor Serafín puede ser sólo un motivo para incentivar el alma y apoyar a los demás en cualquier ámbito de la vida. Ganarse un reconocimiento como el que ahora le hacemos es fruto de una labor incansable de un ser humano dedicado a la academia. Antonio Caso decía: “De generación en generación surgen seres humanos a los que corresponde evitar que se desgarre la tela de nuestra conciencia nacional”. No tengo la menor duda de que mi amigo Serafín es uno de ellos.

Hombre con la virtud de la sencillez, sin soberbia ni jactancia que empañen sus andares por los círculos académicos, amigo cuya presencia transmite una energía serena, positiva, de pocas palabras al encuentro y lo suficientes para enriquecer el espíritu, siempre dispuesto y atento. Un servidor público y académico acucioso, con una inteligencia y sensibilidad en su justa dimensión; eso sí, con una disciplina autoexigente en su trabajo, dedicado, formador de criterios progresistas, y al mismo tiempo conservador de las tradiciones que su visión jurista le impone respetar.

Tampoco podemos pasar por alto su carácter firme y decidido, que lo ha colocado precisamente en donde está como una persona capaz, dotada de inteligencia y sensibilidad, y consciente de sus responsabilidades y compromisos para y con la sociedad.

Víctima de sus propias capacidades, entre ellas la de orador, en donde llama la atención del más negado y distraído espectador y receptor de sus ponencias, pues su magistral manejo de la palabra, siempre acompañada de la sencillez con la que estructura sus ideas expuestas. Un conversador que transporta con cierta delicadeza y facilidad a su interlocutor hacia el centro de debate o del tema abordado.

Podemos decir que la reputación académica del doctor Serafín es fácil de encontrar en cada pasillo de la Universidad, en cada exalumna y alumno, alumna, alumno o colega con quien ha trabajado, y no es por una razón de cortesías políticas o académicas, sino por el particular método de enseñanza, siempre ordenado, documentado, donde la elocuencia de sus exposiciones es característica irremediable debido a la precisión y la claridad de sus palabras.

Más de dos décadas de trabajo docente es con lo que cuentan las nuevas generaciones de sus alumnas, alumnos de licenciatura, maestrías y doctorados, quienes tienen el privilegio de tenerlo frente al grupo como su guía, tutor y maestro.



El doctor Serafín Ortiz Ortiz, no tengo duda que ha sido víctima de su propia disciplina, constancia y perseverancia, puesto que su madurez académica no ha sido producto del simple transcurso del tiempo, sino que es una obra del estudio cotidiano desde su juventud, cuando decidió dedicarse a la demandante carrera de la abogacía, lo que le ha permitido tallar con escrupuloso detalle su pensamiento jurídico y, lo mejor, compartirlo para bien de todos.

Amigas y amigos, todos, es justo rendir homenaje a un personaje con la calidad personal y académica como la del doctor Serafín, y la dicha me embarga aún más, porque además de tratarse de un amigo, este homenaje se rinde en vida, donde como abogada podría decir que tendré la evidencia cierta de que mis palabras fueron pintadas en este modesto breviarío de unas cuantas líneas, para dar testimonio de su existencia y obra, como fuente fértil del conocimiento jurídico.

Lo señalé desde el inicio de este texto; será como siempre: clara y directa; el doctor Serafín, por supuesto, no es —desde mi punto de vista— un omnipotente e inmune personaje académico; es, antes que todo, un ser humano, que también siente en lo más profundo de su ser los golpes que la vida nos presenta. Ha vivido momentos por demás difíciles, pero la fortaleza de su carácter, combinado con la honestidad y la responsabilidad con que se ha conducido a lo largo de su vida profesional y académica, le han permitido sortear las tempestades para fortuna de su familia y de todos los que lo queremos.

Por razones como estas es que debo reiterar mi admiración, respeto y cariño al doctor Serafín, mi amigo, para quien siempre tendrá mi mano extendida y mi corazón atento a su llamado y al de su distinguida familia. Pecaré de reiterativa, pero es necesario, como lo he dicho, una palabra resuena constante a lo largo de estas líneas que me he permitido redactar, y esta es: *privilegio*. Y es que somos privilegiados todos los que hemos tenido y tenemos hasta la fecha el honor de convivir, ya sea en el terreno académico y/o profesional con el homenajeado.

Hasta ahora he corrido el riesgo y asumo las consecuencias venideras, por tratar de describir la personalidad, la trayectoria, las acciones y los logros del doctor Serafín, un reto por demás complejo para mí, y que seguramente otros lo harían mejor, con mucho mayor información, autoridad y profundidad. Sin embargo, lo cierto es que a través de este mensaje sólo trato de esbozar la tenaz vida y obra de una persona humana en toda la extensión de la palabra, y que, además, se distingue por su labor profesional y académica excepcional. Siempre con la intención —como he dicho— de servir a los demás, pero no a los demás en abstracto en términos generales,

sino en concreto, es decir, a cada persona que se le acerque a pedir una orientación, un consejo o ayuda.

Una persona dedicada no a platicar o hablar de sus principios y valores, sino a demostrarlos a plenitud en el ejercicio de sus actividades, respetando siempre sus convicciones, reflexivo, agudo, siempre la cortesía, la alegría, la sencillez y la cabal integridad.

Esto es una breve semblanza de un académico que igual se ha encargado de llevar en alto el nombre de la institución, que lo formó desde sus primeros quehaceres académicos en la ciencia del derecho, la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Ahora, los que lo conocemos, tenemos claro que el doctor Serafín trata de corresponder con creces a su Universidad, con tal intensidad y entusiasmo, que me atrevo a decir es mayor que cuando inició sus estudios de licenciatura.

Algo es innegable: el paso de los años a todos los seres humanos nos da la oportunidad de aprender unos de otros; sin embargo, hay algunos, como el doctor Serafín Ortiz Ortiz, que por sus cualidades van dejando huella en nuestras vidas y en la historia, generando conciencia de la importancia de los valores éticos para la permanencia y progreso de la humanidad.

Sólo personas como el homenajeado ahora, preocupado y ocupado en las labores altruistas y para el mejoramiento y desarrollo de todo y todos cuantos le rodeamos, posee una calidad y autoridad moral que se respeta por el solo hecho de ser quien es, sin más cuestionamientos, no porque no los acepte, sino porque —como he dicho— el tino y acierto de sus propuestas académicas y acciones al respecto difícilmente encontrarán objeción alguna.

Voy cerrando estas palabras, y debo decir que conociendo a mi amigo Serafín me atrevo a señalar que no es de las personas a las que precisamente les guste que les rindan homenaje; los elogios a su persona o a su trabajo no encuentran cabida en su naturaleza. A lo largo de su vida y trayectoria su sencillez solo ha dado muestra de la congruencia entre lo que dice y lo que hace, dando ejemplo a generaciones tras generaciones de alumnas, alumnos, colegas, amigos, de servidores públicos, entre otros.

Todo esto y más sólo puede conducirme a expresarle de mi parte un agradecimiento sincero a su incansable labor académica y profesional, que ha tenido tal impacto en la vida universitaria tanto de alumnas, alumnos como de nuestra H. Universidad Autónoma de Tlaxcala, que ha recibido, sin duda alguna, los beneficios de su labor, encargándose de su fortalecimiento y vigor. Una labor realizada con tal intensidad y tenacidad admirable, con una pulcritud y honestidad intelectual plasmada en sus distintas obras, y cuyo trabajo engrandece el reconocimiento nacional e internacional de nuestra institución, la UAT.

No me queda más que decir. Gracias, querido doctor, colega y amigo, Serafín Ortiz Ortiz, por haber decidido encauzar tus esfuerzos siempre por el bien de la sociedad en general, pero especialmente por hacerlo a través de la docencia y la investigación, lo cual ha dado a centenares de alumnas, alumnos, colegas y amigos, la oportunidad de conocerte, al tiempo que apreciar y aprovechar tu obra, que, sin duda, esperamos siga siendo germen luminoso del pensamiento jurídico por muchas generaciones más. Muchas gracias.

*Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz Ortiz*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 7 de febrero de 2020 en los talleres de Ultradigital Press, S. A. de C. V., Centeno 195, colonia Valle del Sur, Iztapalapa, 09819 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 57 x 87 de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 250 ejemplares (impresión digital).