Tabla de contenidos / Díkê 23

Artículos

¿Los "unos" y los "otros"? Tensiones, luchas y desafíos en torno a los derechos humanos de las personas migrantes
The "us" and "them"? Tensions, struggles and challenges around the human rights of migrants
Agustina Pérez **/ 5**

Los derechos difusos en México. Una mirada desde el Derecho Comparado
Diffused rights in Mexico. A view from the comparative law
Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda
Carlos Bonzo Morales Arzate **/ 27**

El desempeño institucional de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, 1993-2015
The institutional performance of the Human Rights Commission of the State of Puebla, 1993-2015
Oscar Nicasio Lagunes López **/ 51**

La recepción de la Teoría de los Sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana
The reception of Luhmann's Theory of Systems in Colombian Constitutional Jurisprudence
Paola Margarita Ruiz Manotas
Luis Fernando Bermeo **/ 81**

Proyectos de desarrollo energético y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Una mirada desde la justicia interamericana de los derechos humanos
Energy development projects and the economic, social, cultural and environmental rights: A look from the Inter-American human rights justice
Magda Yadira Robles Garza **/ 101**

Violencia contra la mujer y regulación jurídica del femicidio en Ecuador
Violence Against Women and Legal Regulation of the Femicide in Ecuador
Lianet Goyas Cespedes, Silvia Patricia Zambrano Noles, Iris Cabanes Espino
/ 129

El derecho de los adultos mayores a la seguridad social y la pensión de vejez reducida
The Right of Older Adults to Social Security and Reduced Old Age Pension
Verónica Lidia Martínez Martínez **/ 151**

La violación de derechos humanos en la Ley de Instituciones de Crédito
The violation of human rights in the Law of Credit Institutions
Víctor Hugo Jiménez González **/ 179**

La ideología en el Derecho y una sentencia uruguaya acerca del IVA
The ideology in law and an uruguayan court decision on value added tax (VAT)
Andrés Javier Blanco **/ 195**

El comercio de servicios en el entorno de la globalización
Trade in services in a globalization context
Víctor Manuel Castrillón y Luna **/ 211**

Reseñas

Métodos alternativos de solución de conflictos
Brenda Rosales Báez **/ 233**

En defensa de los derechos de los animales
Mauro Pérez Bravo **/ 239**

Violencia de género y feminicidio en el Estado de México: una visión económica
Maximiliano Gracia Hernández, María Monserrat Morales Colorado **/ 245**

El camino del consuelo
Hugo César Moreno Hernández **/ 251**

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 5-26

¿Los "unos" y los "otros"? Tensiones, luchas y desafíos en torno a los derechos humanos de las personas migrantes*

"Us" or "Them"? Tensions, Struggles and Challenges on Migrants Human Rights

Agustina Pérez**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo problematizar el fenómeno de la migración y las categorías de migrantes como concepto jurídico y social, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo énfasis en los avances y los retos pendientes. Así, con el eje en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y retomando la labor de la relatoría especial sobre los derechos humanos de los migrantes, se pretende identificar las vulnerabilidades que afectan a la población migrante, especialmente a las mujeres y a los niños, así como los desafíos de una gobernanza global en la materia.

Palabras clave: derechos humanos, migración, género, niñez migrante, desarrollo.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the migration phenomena and the legal and social concepts of the different migrant' "categories" in light of the international human rights law, making emphasis on the progresses and the pending challenges.

Also, taking into consideration the International Convention on the Rights of Migrant Workers and their Families and the work of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, the ultimate goal of this paper is to identify the vulnerabilities affecting the migrant population, especially women and children, and the challenges for a global governance in this area.

Keywords: human rights, migration, gender, migrant children, development.

* Artículo de investigación recibido el 4 de octubre de 2017 y aceptado para publicación el 18 de febrero de 2018
**Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho por la Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. (agustinaperez00@gmail.com) orcid.org/0000-0002-6737-7609

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Un sistema específico para una situación específica / 3. Vulnerabilidades que atraviesan los migrantes y migrantes especialmente vulnerables / 3.1 Marco jurídico y plan de acción en los albores de la relatoría (E/CN.4/2000/82) / 3.2 Empleados/as domésticos migrantes y empoderamiento de las mujeres en los países desarrollados (E/CN.4/2004/76) / 3.3 Marco jurídico vigente a casi media década de entrada en vigor de la CTM (A/HRC/4/24) / 3.4 Niñez migrante, ¿el eslabón más débil? (A/HRC/11/7) / 3.5 Gobernanza mundial de la migración (o la búsqueda de la armonía) (A/68/283) / 4. Recomendaciones internacionales y desafíos locales / 4.1. Institucionalidad y gobernanza / 4.2. Igualdad y no discriminación / 4.3. Migración y desarrollo (y la eterna problemática del costo de los derechos) /4.4. Género y migración / 4.5 Niñez Migrante / 5. Conclusiones

1. Introducción

La Organización de Naciones Unidas (ONU) y el sistema que la compone han nacido con una premisa fundamental como objetivo: respetar la dignidad intrínseca que corresponde a todas las personas por el mero hecho de ser tales. A ello también responde el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos (firmada por unos pocos Estados "triunfadores" pero para ser aplicada a gran escala). Sin embargo, día tras día asistimos al fracaso, o al menos a la "retórica cuestionable"[1] de los derechos humanos.

Pese a que la Declaración Universal estaba dirigida a "todos", existían (y existen) muchos "otros" que, bajo el eufemismo de personas en situaciones de (¿especial?) vulnerabilidad, se encontraban por fuera de dicha protección y requerían acuerdos y compromisos específicos de Estados y entre Estados, para ver garantizados sus derechos. Entre estos "otros" se encuentran los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, las personas con discapacidad y los de la "disidencia" sexual (LGTBI), entre algunos más, así como los (y las) migrantes.

[1] Pitch, T., "Tess y yo: la diferencia y las desigualdades de la diferencia", *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En las páginas que siguen nos proponemos hacer un análisis de la Convención específica que busca proteger al colectivo migrante y las tensiones que se observan ente la teoría y la práctica. También, reflexionaremos sobre situaciones especiales que el mismo sistema universal de promoción y protección de derechos humanos resalta como de mayor importancia (y gravedad) en relación con las personas migrantes y las consecuentes recomendaciones realizadas de lo internacional a lo nacional, así como los desafíos de lo nacional a lo local.

2. Un sistema específico para una situación específica

Como dice Joaquín Arango, "las teorías acostumbran a reflejar los estilos de pensamiento dominantes en su tiempo".[2] Todas las diferencias o desigualdades en el acceso a derechos de ese "sujeto" (en este caso los migrantes en general pero, como se verá en el acápite siguiente, también algunos migrantes en especial) tienen que ver con que "naturalmente" es un sujeto diferente (un "otro"), y la única manera en que el discurso y el sujeto se pueden desnaturalizar es convertirse en el sujeto que enuncia. De allí la necesidad de un tratado específico, de una definición determinada y de leyes especiales que, desde luego, tampoco están exentas de discursos hegemónicos y luchas de poder. Lo que está claro es que la migración y los migrantes son categorías jurídicas pero también sociales (o quizá porque son lo segundo se transforman en lo primero).

Según la Real Academia Española (2015), el verbo *migrar*, a secas, significa "trasladarse desde el lugar en que se habita a otro diferente".[3] A ello se le suman las referencias a *emigrar*, entendida como la acción de abandonar el propio país o lugar de residencia para trasladarse a otro (país nuevo o lugar nuevo dentro del país de residencia) en busca de mejores condiciones de vida. Lo mismo aplica para *inmigrar*, con el plus de la llegada, el establecimiento, el fin del movimiento.

Si bien existen diversos antecedentes de otros organismos, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre aspectos de la vida de las personas migrantes, no fue sino hasta 1990 cuando los Estados parte de la ONU firmaron un tratado específico destinado a garantizar una mayor protección

---

[2] Arango, Joaquín, "La explicación teórica de las migraciones: luz y sombras", *Revista Migración y Desarrollo*, núm. 1, 2003, p. 4.
[3] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 23.ª edición (versión en línea).

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para este colectivo social: la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CTM). Sin embargo, prueba de que el compromiso no superaba el discurso y la (famosa) buena voluntad es que no consiguió la cantidad de ratificaciones necesarias (20) para entrar en vigor hasta 2003.

No es casual el momento histórico en que se firma el tratado: poco tiempo después de la caída del muro de Berlín, con el "éxito" inminente del capitalismo y una fuerte flexibilización laboral. En este marco, la migración se presenta como algo voluntarioso. Según las teorías liberales de la época, migrar también estaba regido por las leyes de mercado, era el resultado de

> decisiones individuales, tomadas por actores racionales que buscan aumentar su bienestar (...) [donde] la recompensa por su trabajo, es mayor que la que obtienen en su país, en una medida suficientemente alta como para compensar los costes tangibles e intangibles que se derivan del desplazamiento. Se trata, por lo tanto, de un acto individual, espontáneo y voluntario, basado en la comparación entre la situación actual del actor y la ganancia neta esperada que se deriva del desplazamiento, resultado de un cálculo coste-beneficio.[4]

Ahora bien, tampoco es casual la fecha de entrada en vigencia de la CTM (poco después de la evidente crisis socioeconómica sufrida por el neoliberalismo), ni quiénes fueron los primeros en ratificarla (países catalogados como, eufemísticamente, "en vías de desarrollo"), ni mucho menos quiénes no lo hicieron y aún no lo hacen (los países "desarrollados", entre ellos Estados Unidos, Alemania y Reino Unido, por citar algunos de los que reciben millones de migrantes y se encuentran en grandes crisis institucionales en la actualidad).

A la fecha (julio de 2017), la CTM cuenta con 51 ratificaciones; 15 son de Estados que han realizado declaraciones interpretativas o reservas a la misma; tan sólo dos observaciones generales (aunque actualmente están trabajando en conjunto con el Comité de Derechos del Niño para publicar otra) y ningún procedimiento de comunicaciones individuales, porque los Estados no han aceptado la competencia del Comité que rige la aplicación del instrumento para ejercer tal facultad.

[4] Arango, 2003, p. 4.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A la fecha de publicación del presente artículo, Ecuador y México realizaron declaraciones interpretativas. A su vez, se publicaron dos nuevas observaciones en conjunto con el Comité de Derechos del Niño, una sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y otra sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, ambas del 16 de noviembre de 2017.

Ahora bien, ¿qué establece la CTM? Para empezar, la Convención reitera principios generales de los derechos humanos: su goce sin distinción alguna, sin discriminación. También, establece una definición del grupo ("trabajador migratorio"), así como el alcance de la protección:

> la presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.[5]

Dentro de los sujetos, realiza distintas clasificaciones de trabajadores migratorios (fronterizo, de temporada, marino, de estructura marina, itinerante, vinculado a un proyecto, con empleo concreto y por cuenta propia)[6] y excluye específicamente a otros trabajadores que también migran (funcionarios de organismos internacionales, personas enviadas por el Estados a trabajar al exterior, refugiados y apátridas, estudiantes, marinos en ciertas condiciones).[7] A su vez, determina qué se entenderá por y cuáles serán los alcances del término *familiares*. Por último, divide a los trabajadores migrantes en documentados o en situación regular (si fueron autorizados para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado), e indocumentados o en situación irregular a los que no cumplimentan estos requisitos, y establece derechos específicos para cada subcategoría.

A través de sus 93 artículos, la CTM garantiza a todos los trabajadores migrantes, independientemente de su subcategoría, el derecho a la libre

[5] Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, art. 1.
[6] *Idem*, art. 2
[7] *Idem*, art. 3

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

circulación (entrar y salir del país), a la vida, a no ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes ni a esclavitud ni a servidumbre, tampoco a trabajos forzosos (con determinadas "excepciones"). También reconoce el derecho a la libertad de expresión y asociación, a no sufrir injerencias en la vida privada, a la propiedad privada, a la libertad y seguridad personal, a la no detención arbitraria ni privación de la libertad ilegítimamente y a que, en caso de ser detenidos, se les explique el motivo y sus derechos, "en lo posible", en su idioma de origen (la cita es textual), a la seguridad social, a la educación y la salud, al acceso a la justicia (con todas las precondiciones que ello demanda), entre otros más.

En la sexta parte, la CTM establece medidas para la "promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares" (arts. 64 a 71). Entre ellas destaca que los Estados deberán tener "debidamente en cuenta no sólo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como las consecuencias de tal migración para las comunidades de que se trate" (art. 64). Asimismo, hace énfasis en la necesidad de cooperación entre Estados, y de formular y ejecutar políticas públicas para migrantes; de detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares, e imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto; a tomar medidas tendientes a regularizar la situación de los migrantes irregulares; etc.

Como puede observarse, todos los derechos aquí reconocidos están enumerados en la Declaración Universal o en otros tratados internacionales de derechos humanos pero, como si el hecho de traspasar una frontera restase humanidad a la persona, resultó (y resulta) necesario negociar un instrumento específico.

Asimismo, la CTM, como es usual en los tratados internacionales, establece una autoridad de aplicación (el comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares), así como su composición y funciones. También, establece un mecanismo de informes (monitoreo de cumplimiento) aplicable a todos los Estados que ratificaron el instrumento y un procedimiento de comunicaciones entre Estados y de comunicaciones individuales para analizar casos puntuales de violación de derechos contenidos en la CTM, competencias que quedan supeditadas al reconocimiento

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

específico de los Estados. Sin embargo, como señalamos anteriormente, no existe ninguna comunicación individual realizada porque los Estados no han reconocido dicha función.

Dentro de la estructura del sistema universal, también se encuentra el mecanismo extra-convencional de las relatorías, donde se ha otorgado un mandato específico para atender la cuestión de los migrantes (y donde Latinoamérica ha tenido una fuerte influencia). En 1999 se creó el mandato para un relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, y se designó a la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de Costa Rica, que cumplió funciones entre 1999 y 2005. Posteriormente, el cargo fue ejercido por el Sr. Jorge Bustamante, de México, entre 2005 y 2011, y desde entonces lo ostenta el canadiense François Crépeau.[8] En el siguiente punto analizaremos algunos de los esfuerzos realizados durante los dos primeros mandatos.

Por último, es importante destacar que en lo que a nuestra región se refiere y pese a los enormes desafíos pendientes, algunos países latinoamericanos tienen muchas buenas experiencias que contar a sus pares del norte. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) cuenta con una extensa trayectoria en relación con los derechos y la situación de las personas migrantes. Por su parte, la Comisión Interamericana tiene una relatoría especial para trabajar el tema, fundada en 1996 (antes que sus pares en el Sistema Universal), que viene realizando informes temáticos sobre la situación de las personas migrantes y sus familias desde 1999. A la fecha, realizaron una actualización de dicho estudio (2005) y sumaron al análisis la situación de migrantes en México (2014) y Estados Unidos (2015), así como otro de estándares de movilidad en la región (2016).[9] Además, el SIDH realiza informes anuales (el primero data de 1970, antes de la creación de la Relatoría)[10] y por país (desde 1962).[11] Por su parte, la Corte Interamericana tiene una vasta jurisprudencia en la materia[12] y cuenta con dos opiniones consultivas (equiparables en el Sistema Universal a las observaciones generales) específicas: la OC-18/2003, solicitada por México, relativa a la "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados"; y la OC-21/2014, solicitada por Argentina, Brasil,

[8] Al momento de publicación del presente articulo, el Sr. Felipe González Morales (Chile), es el nuevo Relator con mandato desde Agosto de 2017.
[9] Ver al respecto: http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/tematicos.asp [15/7/2017].
[10] Ver al respecto: http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/anuales.asp [15/7/2017].
[11] Ver al respecto: http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/pais.asp [15/7/2017].
[12] Ver de manera sintética Corte IDH (s/f), *Migrantes*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 2, San José. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf [15/7/2017].

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Paraguay y Uruguay, sobre los "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional".

A nivel más micro, el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, también desarrolla actividades de promoción[13] e investigación[14] en relación con los derechos de las personas migrantes.

3. Vulnerabilidades que atraviesan los migrantes y migrantes especialmente vulnerables

Hablar de migrantes es complejo. ¿Quién emite el discurso? ¿Desde qué lugar lo hace? ¿Con qué fines intrínsecos y extrínsecos, ocultos y expresos? Antes que nada, si queremos ampliar derechos, tenemos que discutir la matriz subyacente, las estructuras que otorgan o deniegan derechos, quién es el sujeto que clasifica y quién es el sujeto clasificado. Es importante saber quién es quién en esta tensión histórica sobre el cual se construye lo "natural", lo "obvio" y lo "evidente" en relación con lo no tan natural ni obvio ni evidente. En esta jerarquización de (o en) binomios, el extranjero es el "otro", es el otro de la Nación. Pero, sobre todo, es preciso saber que "pretender asegurar los derechos de los más débiles o de los más vulnerables frente a los más fuertes o los más poderosos supone, en efecto, asumir una dimensión conflictiva de las relaciones sociales en la que los intentos de distribución del poder acarrean resistencias".[15]

En este apartado, con el objetivo de identificar las vulnerabilidades que afectan a la población migrante, retomaremos el trabajo realizado por los dos primeros relatores para los derechos de los migrantes, especialmente los expuestos en el primer informe de la relatora Rodríguez Pizarro (2000) ante la entonces Comisión de Derechos Humanos, donde hace énfasis en la importancia del lenguaje, la necesidad de definir *migrante* y la feminización de la migración. También, analizaremos el informe anual de 2004, presentado por la misma relatora, referido a "los derechos humanos de los/las migrantes que trabajan como empleados/as domésticos/as" (el género sensitivo es original de la versión en español). Acto seguido, reflexionaremos sobre los informes presentado por el Sr. Bustamante sobre el marco jurídico legal existente de protección para los migrantes (2007) y la protección de los niños en contexto de migración

[13] Ver al respecto: http://www.ippdh.mercosur.int/tag/migrantes/ [15/7/2017].
[14] Ver al respecto: http://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/ [15/7/2017].
[15] Pisarello, G. (2009). "Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista", *AAVV, Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis*, Barcelona, Observatorio DESC, 2009, p. 2.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(2009). Para finalizar, revisaremos el informe del Sr. Crépeau, relativo a la importancia de una gobernanza global sobre migraciones (2013).

3.1. Marco jurídico y plan de acción en los albores de la relatoría (E/CN.4/2000/82)[16]

En este primer informe, la relatora hizo énfasis en la necesidad de ratificar la CTM y establecer un plan de acción con base en un diálogo constructivo entre los Estados, en los motivos de la migración y la importancia de ampliar el concepto de migrantes para incluir a otras personas que no necesariamente sean trabajadoras o que comparten más características con los refugiados o son víctimas de tráfico, etc., en la situación de especial vulnerabilidad de mujeres y niños, entre otras cuestiones.

Así, la relatora señaló que existen entre setenta y ochenta millones de personas migrantes cuyos motivos para migrar van desde la situación de pobreza hasta la inseguridad o discriminación, y que si bien históricamente las migraciones fueron sur-norte, cada vez es mayor la que se produce sur-sur. En este marco, haciendo una importante alusión al uso del lenguaje, reforzó la necesidad de revisar la condición de "voluntariedad" de la migración, ínsita en la CTM.

Asimismo, señaló que muchas veces el racismo y la xenofobia, sumados a la falta de acceso a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), hacen que las personas migren, pero luego se enfrentan, con aún mayor dificultad, a las mismas problemáticas en los Estados de destino (es decir, son revictimizados continuamente).

Haciendo alusión a la interseccionalidad de los derechos y sus violaciones, se refirió a las mujeres migrantes y a los niños migrantes. En relación con el primer grupo, indicó que sufren doble vulnerabilidad por ser mujer y ser migrante, por sufrir violencia en sus casas y en el trabajo, por ser mayoritariamente migrantes indocumentadas, por los estereotipos de género, por la doble jornada laboral que tienen impuesta (tareas domésticas y de cuidado), que hacen más difícil su profesionalización, por lo cual se ven privadas de acceder a mejores empleos y condiciones laborales; por tener más oportunidades de ser víctimas de explotación y violencia psicológica, física, sexual, económica y verbal. Además, señala que es usual que no existan mecanismos

[16] ONU, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de denuncia o que las mujeres no sepan de su existencia, no puedan movilizarse hacia allí o no hablen el mismo idioma (nótese que esta situación afecta a todos los migrantes independientemente de su nacionalidad, sexo o edad, pero con mayor énfasis en sujetos especialmente vulnerables).

En el caso de los niños migrantes, la relatora notó incluso más intersecciones. Según datos citados en el informe de la relatora y recabados por la OIT, 96% de los niños que viven en la calle son migrantes. Además, las niñas migrantes son más pequeñas en edad que sus pares varones (lo que las lleva a mayores posibilidades de ver vulnerados sus derechos), y los niños migrantes son los que están en los trabajos más precarios (mal pagos, insalubres, sin acceso a prestaciones de salud).

3.2. Empleados/as domésticos migrantes y empoderamiento de las mujeres en los países desarrollados (E/CN.4/2004/76)[17]

En 2004, la relatora se centró en analizar la categoría específica de empleados domésticos migrantes, sus propias condiciones y vulnerabilidades, así como su vinculación con el desarrollo y, sobre todo, con el adelanto de las mujeres (o mejor dicho de algunas mujeres). Hasta procuró darles una definición.

En este sentido, feministas como Tamar Pitch reflexionan, por así decirlo, en torno a la siguiente pregunta: ¿quien cuida a los hijos de las mujeres que cuidan a nuestros hijos? Y se responden: "... el ejercicio amplio de uno de mis derechos [trabajo] depende, en definitiva, de la lesión de derechos de otro u otra".[18] Por ello, Tamar concluye que "nuestra emancipación es aun ilusoria, precaria y permanentemente irresuelta".[19] Cuando menciona "nuestra", interpretamos tanto la emancipación de las mujeres que avanzan en sus carreras profesionales gracias a otras mujeres que se encargan de las tareas domésticas y de cuidado, como la emancipación de la mujer empleada doméstica que "sale" al mercado laboral externo como migrante y deja atrás a sus hijos a cargo de otras mujeres de la familia, y así sucesivamente en un espiral infinito en descenso. La emancipación y el empoderamiento dependen de dónde se les mire.

La relatora agrega que las condiciones y situaciones que aumentan la vulnerabilidad están dadas por múltiples motivos. Para empezar, existen

---

[17] Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, Vulnerability of migrant domestic workers, E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004.
[18] PITCH, 2006, p. 208.
[19] *Idem*, p. 205.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

iniciativas y acuerdos institucionales y privados que alientan la migración de hombre y mujeres, pero mayoritariamente de estas últimas, para trabajar como empleadas domésticas, aunque no necesariamente se pone tanto ahínco en garantízales condiciones dignas. Muchas veces, las mujeres viajan dejando atrás a sus hijos y contrayendo deudas. No siempre son documentadas ni tienen un contrato firmado, lo que las somete a una mayor dependencia de (la palabra de) su empleador. Muchas, al menos en los comienzos, trabajan en la modalidad "cama adentro", lo que las hace especialmente propensas a violaciones de sus derechos, y todas las demás vulneraciones mencionadas supra (3.1) se exacerban en ese contexto.

Muchas mujeres terminan siendo víctimas de abusos sexuales por parte del empleador, sus hijos o familiares; trabajan extensas horas por un salario mínimo a la vez que son forzadas a estar disponibles las 24 horas, dormir en espacios indignos (incluso en el baño o la cocina) y comer las sobras de sus patrones; también su derecho a la privacidad es violado: se les abre la correspondencia, se escuchan sus llamadas telefónicas, se les requisa la habitación; se les prohíbe salir a la calle y practicar su religión. A su vez, muchas no hablan el mismo idioma o no conocen el lugar en el que están porque han estado siempre o mayoritariamente encerradas en las propiedades de los empleadores, lo que no sólo dificulta la creación de lazos en el país de destino y aprender el idioma y la cultura, sino que también obstaculiza sus posibilidades de conocer (en el caso de que existan y que puedan hablar el mismo idioma) mecanismos de denuncia y acceder a ellos, etc. Esas prácticas violatorias de la dignidad fortalecen la percepción de inferioridad y dominación por parte del sujeto hegemónico, legitimando indirectamente los abusos.

Aún más, en algunos casos las mujeres son víctimas de tráfico y trata de personas (con fines de explotación laboral o sexual). Asimismo, la falta de documentación de estas mujeres y registro de los empleados domésticos hace difícil tener una noción clara de la dimensión del problema. Muchas veces no tienen un contrato firmado, no tienen copia o está en un idioma que no comprenden. No saben qué derechos las asisten, la legislación laboral es inexistente o precaria para trabajadoras domésticas, no renuncian por temor a represalias (ser tratadas como criminales, no tener dónde más ir, no tener documentación que acredite su identidad), y no siempre hay consulados u oficinas disponibles y verdaderamente accesibles. En nuestra región, diversas investigaciones, entre ellas las realizadas por Corina Courtis y María Inés Pacecca, así como por

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

María Cristina Cravino,[20] dan cuenta de esta realidad y de las condiciones de precariedad que viven las empleadas domésticas migrantes, en su mayoría paraguayas, en Argentina (migración sur-sur). También, evidencian las redes de cooperación que se generan tanto en las familias en los países de origen como en familiares en los países de destino. Siempre tienen una persona que las espera, les paga el pasaje o les presta el dinero para ello, les provee de alojamiento (al menos al principio), les consigue trabajo, etc.

3.3. Marco jurídico vigente a casi media década de entrada en vigor de la CTM (A/HRC/4/24)[21]

En esta oportunidad, el informe versa sobre una serie de preguntas sobre diversos ejes (los controles fronterizos y las medidas adoptadas para reducir/hacer frente a la migración irregular, la expulsión, las condiciones de entrada/residencia, los derechos de los migrantes y la protección de los migrantes), ante lo cual se obtuvieron 26 respuestas de Estados que no necesariamente forman parte de la CTM pues el relator tiene la potestad de investigar la situación de los migrantes en todos los países miembros de la ONU. En varias oportunidades, el Sr. Bustamante señala con pesadumbre que los Estados no han contestado determinadas preguntas. A su vez, las respuestas son muchas veces tan disímiles que la recomendación y las conclusiones son evidentes: necesidad de homogeneizar la legislación de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos (que muchas veces no se cumplen siquiera para los propios nacionales).

En relación con el tratamiento de los migrantes, y por mencionar algunas de las observaciones realizadas en el informe, se puede vislumbrar que los agentes de las fuerzas armadas en controles fronterizos portan armas y están autorizados a usarlas (con ciertas "limitaciones" que varían caso a caso), y en general no hay acuerdos entre Estados fronterizos para evitar la pérdida de vidas humanas en el paso de fronteras (especialmente en casos de migración irregular).

---

[20] Courtis, C. y PACECCA, M. I., "Género y trayectoria migratoria: mujeres migrantes y trabajo doméstico en el Área Metropolitana de Buenos Aires". *Revista Papeles de Población*, 2010, vol. 16. Disponible en: http://redalyc.uaemex.mx; Cravino, M. C., "Jóvenes migrantes paraguayos/as en Argentina. Relatos del proceso migratorio y condiciones de vida", *Juventud, migración y género en el corredor Paraguayo-Argentino*, Flacso-ONU Mujeres, Buenos Aires, 2013.

[21] ONU, Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/4/24, 14 de febrero de 2007.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Migrar, para países como Argentina, es un derecho humano; para otros, un crimen o una acción pasible de ser sancionada. Las condiciones de admisión y permanencia en el país como migrantes o los requisitos para solicitar la ciudadanía varían de Estado a Estado. También las condiciones jurídicas para la reunificación familiar en el país de destino son diferentes entre sí; muchas veces se les niegan o restringen ciertos derechos (seguridad social, vivienda, salud, educación, protección de leyes laborales, libertad de asociación y sindicalización, entre otros). A su vez, ante vulneraciones de derechos, si bien la mayoría de los países indican que tiene legislación, y/o mecanismos e instituciones públicas que brindan asesoramiento legal o patrocinio jurídico para el acceso a la justicia, lo cierto es que los reclamos no son tan recurrentes como deberían ser, por lo que sería más preciso conocer el acceso en términos reales (si los servicios enunciados están en todos lados, si se promocionan y los migrantes saben de su existencia, qué amenazas pueden sufrir los migrantes para no hacer denuncias, etc.).

3.4. Niñez migrante, ¿el eslabón más débil? (A/HRC/11/7)[22]

En 2009, el relator hizo especial énfasis en la niñez migrante y estableció tres categorías para su posterior análisis: niños que quedan atrás (en sus países de origen con progenitores que migran), niños en tránsito o "en movimiento" y niños en países de destino, acompañados o no acompañados. La falta de estadísticas hace complejo, una vez más, analizar la situación de manera acabada. Aun así, el relator da cuenta de que, tanto los niños, niñas y adolescentes (NNyA) como los adultos migran por múltiples razones (sociales, económicas, políticas), y que los NNyA no acompañados, entre ellos especialmente las niñas, tienen mayores oportunidades de sufrir abusos y violencias de todo tipo. Estas últimas, además, sufren mayores porcentajes de abusos sexuales.

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ampliamente ratificada, no define ni garantiza derechos específicos a niños migrantes, es el tratado que debe regir la aplicación, el ejercicio y la garantía de derechos en la infancia y adolescencia. Incluso, tiene un protocolo específico para el caso de venta de niños, que debe ser aplicado en los casos que corresponda. Sin embargo, el relator nota que tanto la perspectiva de niñez como la de género están ausentes en el tratamiento de los NNyA migrantes.

[22] ONU, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Jorge Bustamante. Protection of children in the context of migration, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Además, los NNyA están sujetos a un tratamiento similar a los adultos, que deja de lado cualquier tipo de protección especial prevista por la CDN; son tratados como criminales y discriminados por los progenitores que tienen, privados de la libertad, objetos de explotación y tráfico, etc. Los niños que permanecen en los países de origen también sufren discriminaciones de todo tipo y experimentan traumas y violencias, incluso de los familiares y cuidadores.

3.5. Gobernanza mundial de la migración (o la búsqueda de la armonía) (A/68/283)

En 2013, el tercer relator sobre los derechos de los migrantes presentó un informe anual destinado a la gobernanza mundial de la migración. En este sentido, el relator entiende que, en tanto se trata de un fenómeno fundamentalmente humano que afecta a todos los Estados de una u otra manera, es necesaria una gobernanza mundial con perspectiva de derechos humanos. Esta gobernanza, según él, puede asumir "diversas formas, incluidos las políticas y los programas en materia de migración de los distintos países, los debates y acuerdos entre Estados, los foros multilaterales y los procesos consultivos, y las actividades de las organizaciones internacionales, así como las leyes y normas pertinentes" (párr. 10). Lo más preocupante es, según él, no sólo la ausencia de tal gobernanza, sino su fragmentación (distintos marcos jurídicos y enfoques institucionales por país y región) y la hegemonía del discurso de los países desarrollados por sobre los demás.

El mero hecho de la inexistencia de un organismo dentro de la arquitectura de la ONU, que se encargue específicamente de la situación de los migrantes, es para el relator un problema. El informe también problematiza sobre el rol de la OIM, que no es un organismo de la ONU, los fondos que recibe de los Estados para representar sus intereses, el solapamiento de los discursos, medidas y compromisos en la multiplicidad de foros de debate (o que estos no siempre giren en torno a los derechos humanos, sino a temas como desarrollo, crecimiento económico, etc.); la falta de ratificación de la CTM, el incumplimiento sistemático por parte de los Estados de principios/derechos básicos de derechos humanos como el de igualdad y no discriminación; la disparidad de gobernanza a nivel nacional, que afecta desproporcionadamente a unos migrantes y no a otros; que muchas veces los migrantes compartan características con los refugiados y se les rechace sin analizar las cuestiones particulares alegando que son meros migrantes económicos; etc.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4. Recomendaciones internacionales y desafíos locales

El Derecho (y los derechos) es un elemento de poder que incluye y excluye, nombra y visibiliza u oculta y esconde. En este sentido, la existencia de una CTM, de la Relatoría especial, de instancias de diálogo formal, entre otras, significa un avance simbólico importante pero desafortunadamente insuficiente para transformar la realidad de las personas a quienes están destinadas.

A decir de Alda Facio y Alicia Ruiz,[23] el Derecho como discurso social configura la subjetividad y la identidad, y para entender el fenómeno legal (en este caso el derecho internacional de los derechos humanos de las personas migrantes) es preciso analizar no sólo la ley y su aplicación práctica, sino sobre todo el componente político-cultural, que es el contenido que las personas le dan a la ley (escrita o no) por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, las actitudes, las tradiciones y el conocimiento y uso que la gente tenga y haga de la ley.

Consideramos fundamental partir de esta premisa para entender y deconstruir las recomendaciones realizadas por los relatores en cada uno de sus informes (así como las *no* realizadas) y, a la vez, identificar las dificultades y desafíos que enfrentan los Estados en relación con aquellas.

Para empezar, dejamos claro que en varios de los informes las recomendaciones se repiten o, al menos, se relacionan tan intrínsecamente que parece imposible entenderlas por separado; con ello no nos referimos solamente a la necesidad de ratificación de la CTM. A continuación, se analizan los puntos que consideramos más sobresalientes y ayudan a homogeneizar la interpretación y el análisis: institucionalidad y gobernanza, igualdad y no discriminación, migración y desarrollo, género y migración, y niñez migrante.

4.1. Institucionalidad y gobernanza

Los relatores insisten en diversos grados y con diversos objetivos en dotar de mayor institucionalidad a las situaciones (y a las problemáticas) derivadas de las migraciones (fundamentalmente) internacionales. Ello incluye el marco jurídico local, nacional e internacional protectorio de derechos de los migrantes.

---

[23] Facio, A., "Metodología para el análisis del género en el fenómeno legal", *Género y derecho*, La Morada, Santiago de Chile, 1999; Ruiz, A., "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres", *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, los postulados de la CTM reafirman principalmente los derechos que ya se derivan de otros tratados, con lo cual es evidente que los Estados no cumplen con los demás instrumentos y que los comités que rigen la aplicación de estos últimos no hacen demasiados esfuerzos argumentativos por incorporar la perspectiva migrante en su labor.

A su vez, para fortalecer esa institucionalidad no es suficiente con alentar a los Estados a ratificar un tratado más, sino que es preciso sugerir a los Estados cuáles son los estándares mínimos a cumplir, cómo deben implementarlos, cómo podrían diseñar una política pública acorde a estos estándares y cómo monitorear y ajustar esa política.

En este sentido, los relatores Rodríguez Pizarro y Bustamante alientan la formulación de más y mejores normas, con mejores implementaciones, monitoreo y sanciones (económicas, políticas y sociales, tanto para los actores privados como para los funcionarios y los Estados). Por su parte, Crépeau aboga por mayor trabajo interdisciplinario, interagencial y multisectorial, hacer más efectivos y eficientes los espacios de diálogo y crear un organismo rector del tema migrantes dentro de la esfera de ONU, entre otras cuestiones.

Todos hicieron hincapié en la generación de datos estadísticos y en reforzar los mecanismos de vigilancia. Crépeau agregó también la posibilidad de detectar buenas prácticas locales/nacionales (o experiencias relevantes según el nuevo lenguaje ONU), para implementar a gran escala o, al menos, compartir y seguir el modelo, sin por ello violentar la soberanía y supremacía estatal. Una mayor gobernanza (mayor institucionalidad) no sólo no atenta contra la soberanía, sino que economiza procesos, optimiza el control y mejora la coordinación y la cooperación (entre otros milagros).

Sin embargo, ninguno de los relatores propuso, por ejemplo, la participación activa de migrantes en el diseño de las políticas públicas que irán dirigidas a ellos mismos, premisa fundamental del enfoque de derechos humanos. Tampoco insistieron expresamente en la importancia de cesar con la corrupción y la impunidad.

Mayor burocracia, nacional o internacional, no resuelve los múltiples estereotipos (es decir, ese componente político-cultural) que obstaculizan el acceso a derechos fundamentales por parte de los migrantes. Ello nos lleva al siguiente punto.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4.2. Igualdad y no discriminación

En la literatura jurídica argentina parece imposible pensar en igualdad y no discriminación y no citar a Roberto Saba.[24] Según él, existen dos tipos de igualdad: una formal o clásica (ante la ley) y otra real o estructural (igualdad como no subordinación, como la ha dado a llamar).

En este sentido, hablar de respetar y garantizar los principios/derechos de igualdad y no discriminación significa, desde nuestra perspectiva, transformar las relaciones patriarcales de subordinación que privan a los sujetos subalternos (migrantes, mujeres, niños) de derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿cómo se alcanza la igualdad real? Con compromiso (y para ello sí se precisa la institucionalidad y la gobernanza). Es preciso capacitar (seria y comprometidamente) en derechos humanos a todos los funcionarios públicos (desde la alta gerencia hasta el personal de atención al público), a docentes de primaria y secundaria, a profesores terciarios y universitarios, a niños y adolescentes. También es fundamental realizar campañas de sensibilización masivas en derechos humanos, en general, y en derechos de los migrantes, en particular, que lleguen hasta los lugares más recónditos de cada país y ayuden a deconstruir los dualismos naturalizados de hombre-mujer, adulto-niño, nacional-extranjero/inmigrante que afectan profundamente a la sociedad en su conjunto.

Asimismo, como recomendaba Rodríguez Pizarro, es importante poner los consulados al servicio de los migrantes y no a la inversa. Deben servir para informar, para dictar cursos de idioma, para asesorar y defender los derechos de las personas migrantes antes, durante y después del proceso, hasta su integración en el país de destino o retorno a salvo al país de origen.

Prueba de la importancia de interpretar la igualdad en términos estructurales es que la segunda observación general del Comité de la CTM se refirió a los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, retomando varias de las recomendaciones realizadas por los dos primeros relatores de la ONU.

Finalmente, en lo que refiere al acceso a la justicia (extremo también mencionado con frecuencia en los informes), resulta evidente que, en términos

[24] Saba, R., "(Des)igualdad estructural", *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 163-197.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dworkinianos, la concepción de igualdad que tengamos será concordante con la concepción de justicia que tengamos (y que queramos).[25]

4.3. Migración y desarrollo (y la eterna problemática del costo de los derechos)

Todos los relatores hablaron, de alguna manera u otra, e independientemente de los alcances y desafíos de cada término según la extensión e importancia que quiera dárseles (cuestión que excede ampliamente el objetivo y extensión posible de este artículo), del vínculo entre migración y desarrollo. Sin embargo, decididamente todos omitieron reflexionar sobre el costo de los derechos de los migrantes. En un mundo capitalista donde lo único que importan son las ganancias, no hablar de costos es, cuanto menos, ingenuo. Un país cuyo PIB se compone principalmente de las remesas enviadas por sus nacionales en el extranjero, ¿qué cambio estructural querrá hacer cuando su economía depende de ello? Un Estado que se beneficia de mano de obra a bajo costo para producir bienes y servicios que reclama el mundo desarrollado, ¿por qué modificaría, sin amenaza real o simbólica, su *modus operandi*? La política y la moralidad, lamentablemente, no van de la mano.

Crépeau decía que "siempre debe considerarse a los migrantes, ante todo, seres humanos con derechos humanos inherentes, en lugar de agentes de desarrollo. (...) Sólo cuando la migración se conciba desde el punto de vista de los derechos humanos podrá desarrollar su potencial para facilitar el desarrollo humano" (ONU, 2013, párr. 126). Desde un punto de vista dogmático, incluso humanitario, esta afirmación es convincente; en la práctica, no. Por supuesto, el relator también es de la idea que "si se gestionaran correctamente, todos ellos [los Estados] se beneficiarían de la migración",[26] entendida como un todo que incluye diversidad cultural y el intercambio de conocimientos y fundamentalmente, claro está, mano de obra para producir los bienes y servicios (que requieren los países desarrollados).

En este sentido, cabe aclarar que el relator no estaba sólo en su postura, sino que se encontraba inmerso en un contexto de negociaciones intergubernamentales para definir la Agenda 2030, que dio lugar a los objetivos

[25] Rodríguez, M. "Igualdad, democracia y acciones positivas", *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 619-656.
[26] Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau: Global migration governance, A/68/283, 7 de agosto 2013, párr. 87.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de desarrollo sostenible (ODS), que reconocen un vínculo indisoluble entre desarrollo y derechos humanos, y entre estos con las políticas públicas de los Estados y el sector privado.

En este marco, el Objetivo 10, destinado a reducir la desigualdad en y entre los países, menciona entre sus metas la misión de "facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas" (10.7), así como reducir, de 2015 a 2030, "a menos del 3% los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5%". El tiempo dirá cómo los Estados se ajustan a los nuevos desafíos (y promesas) mundiales.

4.4. Género y migración

El análisis particular de la situación de esta categoría específica de migrantes, al igual que la siguiente (niñez migrante), se vincula directamente con los sub-apartados anteriores. Tanto las mujeres como los NNyA, en tanto no son tratados como iguales a pesar de serlo y tener instrumentos específicos que los protegen, son funcionales al "desarrollo" (de otros). Las recomendaciones hechas por la relatora en 2004, en relación con los empleados domésticos migrantes, son tan "básicas" como alarmantes, y dan cuenta de la falta de aplicación efectiva de políticas de género específicas y de políticas públicas con enfoque de género. Las mismas vulneraciones a las que se ven sometidas las trabajadoras domésticas nacionales (dependencia, mal salario, cargas horarias excesivas, falta de acceso a la seguridad social, la salud, la educación, etc.) y sus respectivas consecuencias se ven exacerbadas en las empleadas domésticas migrantes.

Sin embargo, puede verse como un avance (al menos discursivo) que la primera Observación General (2011) del Comité de la CTM haya estado dedicada a esta problemática y haya retomado muchas de las observaciones y recomendaciones realizadas por la relatora. De esta manera, su trabajo sirvió para interpretar, de manera institucional, el alcance de los derechos contenidos en la CTM, y resulta de mayor utilidad para la implementación de aquella por parte de los Estados.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4.5. Niñez migrante

La protección de los más débiles siempre resulta un fin noble. El problema ocurre cuando los sujetos protegidos (NNyA) se transforman en "menores", en aquellos "otros" que no merecen un tratamiento acorde a su edad y circunstancias por ser "criminales". Esa es la conclusión a la que, indirectamente, llegaba Bustamante.

En su informe, el relator evidenciaba que, lejos de ser respetados como sujetos de protección (tal como indica la CDN), los niños migrantes son considerados objetos de control social, en flagrante contraposición con el sistema de protección integral.

Aquí lo importante es diseñar y llevar a cabo políticas públicas que aseguren el acceso, goce y ejercicio de todos los NNyA de todos sus derechos, independientemente de sus condiciones personales o las de sus familias. Es preciso, también, que los Estados siempre se guíen por los principios rectores de la CDN (interés superior del niño, derecho a la igualdad y no discriminación, a la vida y a ser oído, y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta). Mientras los Estados criminalicen a los NNyA migrantes, les apliquen sanciones extremas y los traten como adultos, los Estados (todos "menos" Estados Unidos, que no ratificó la CDN, afirmación totalmente discutible ya que incluso ello tampoco lo eximiría) estarán incurriendo en responsabilidad internacional. De allí la importancia de aplicar, como guía interpretativa, la OG núm. 6 del Comité de Derechos del Niño (de hecho, muchas de las recomendaciones del relator están basadas en esta OG), relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Asimismo, es dable destacar que (en este esfuerzo por mayor institucionalidad, gobernanza, interseccionalidad, etc., mencionada en el punto 4.1.), tanto a nivel regional como internacional, ha habido avances (una vez más, al menos discursivos) en la materia. En el sistema interamericano, en 2014 la Corte publicó la Opinión Consultiva 21, que arroja luz sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y en necesidad de protección internacional. En este sentido, los Estados no parte de este subsistema podrían (y deberían) tomar de referencia esta OC para el desarrollo de sus políticas púbicas.

Por su parte, en el sistema universal los comités rectores de la CDN y la CTM se propusieron realizar una Observación General conjunta, con el objetivo expreso de, entre otros, "elaborar, para los Estados partes y otros actores

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

clave, directrices para el desarrollo de políticas migratorias, de infancia y otras relacionadas, dirigidas a la protección y garantía de los derechos de NNyA en el contexto de la migración", que alcance a todos los niños migrantes (todas las categorías señaladas por el relator, sumado los que retornan a sus países de origen).

5. Conclusiones

Es de público conocimiento que el eje central de la obra de la filósofa Hannah Arendt reside en el famoso "derecho a tener derechos". De alguna manera, ella sostiene que sólo nos dimos cuenta de que los derechos de la modernidad dependían del Estado cuando millones de personas fueron despojadas de todo: su espacio, su bienes materiales e inmateriales, incluso su nacionalidad. Por ello, en el marco de la posguerra, el Estado-Nación es fundamental. Ahora bien, el problema ocurre cuando acaece lo que Benhabib denomina "la perversión del Estado moderno", es decir, un Estado "que pasó de ser un instrumento del derecho a uno de discrecionalidad sin derechos",[27] y ello es lo que se observa de los informes y recomendaciones de los relatores.

Hoy en día, la migración es entendida por algunas personas y algunos Estados como un derecho y como "la legítima búsqueda de oportunidades en el exterior".[28] Sin embargo, las ideas sistematizadas hasta aquí dan cuenta de que, pese a los varios esfuerzos internacionales y nacionales, generalmente los migrantes siguen siendo vistos como agentes para el desarrollo o como el enemigo común a quien endosarle todos los problemas y librarse de toda culpa. Escasas veces son vistos como seres humanos con derechos humanos que les son inherentes.

Por lo tanto, sigue siendo necesario ampliar el concepto de *migrante*, sumarle el manto protectorio de los derechos humanos y hacer efectivos los derechos, siguiendo hasta la sombra de los Estados y proponiendo alternativas creativas para hacerlos realidad. Hasta que ello pase, seremos todos responsables de un desarrollo no merecido y de las desigualdades que alejan cada vez más a los "unos" de los "otros".

---

[27] Benhabib, Seyla, "'El derecho a tener derechos': Hannah Arendt y las contradicciones del Estado-nación", *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 45-59.
[28] Martínez Pizarro, J., "Migración internacional en la agenda de derechos. Expresiones, avances y perspectivas", Ponencia presentada en Reunión de Expertos en Población y Derechos Humanos, CEPAL-CELADE, octubre de 2006, p.2.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 27-50

Los derechos difusos en México. Una mirada desde el Derecho Comparado*

Diffused Rights in Mexico. A View from the Comparative Law

Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda**
Carlos Bonzo Morales Arzate***

RESUMEN

El presente artículo ofrece un análisis jurídico de los derechos difusos en el Estado mexicano, en perspectiva comparada con los ordenamientos de los Estado Unidos de América, la República Federativa del Brasil y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Palabras clave: derechos colectivos, derechos difusos, acciones difusas, class action.

ABSTRACT

The present article offers a legal analysis of the Extended Rights in Mexico, in comparative perspective with the regulations from The United States of America, The Federative Republic of Brazil and the Collective Processes Model Code for Ibero-America.

Keywords: Collective rights, extended rights, action diffuse, class action.

* Artículo de investigación recibido el 29 de noviembre de 2016 y aceptado para publicación el 10 de octubre de 2017
** Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. (rrelizaldec@uaemex.mx) orcid.org/0000-00018680-3581
*** Maestrante en Justicia Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. (ius_mora@hotmail.com) orcid.org/0000-0002-5575-7559

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Origen y desarrollo de los derechos difusos / 3. Teoría de los derechos difusos / 4. Los derechos difusos en los sistemas jurídicos comparados / 5. Deficiencias de la normativa mexicana / 6. Conclusiones

1. Introducción

La presente investigación se refiere al tema de los derechos difusos en México, desde una perspectiva del Derecho Comparado. Se trata de un tema trascendente y de actualidad que por sí mismo cobra interés y relevancia para legisladores, para operadores jurídicos y para la doctrina de los derechos humanos, pues estamos frente a una visión ya superada de los derechos individuales. Los derechos difusos son intereses de índole supraindividual, es decir, van más allá de la esfera particular de cada persona; buscan unificarse con el objeto de lograr el bien común y se encuentran inmersos en los llamados derechos sociales.

El problema que se plantea es que la regulación constitucional y legal que se ha implementado en México sobre esos derechos no es la más apropiada, pues consideramos que está incompleta y que fue tardía al no tomar en cuenta experiencias de otras naciones. Por ello, el objetivo de este trabajo es analizar las reformas constitucional y legal en México desde el Derecho Comparado, así como las legislaciones de Brasil y Estados Unidos de Norteamérica, además del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, con el fin de conocer si con dichas reformas se posibilita el acceso fácil, sencillo y eficiente a una justicia pronta y expedita.

2. Origen y desarrollo de los derechos difusos

La Constitución de 1917 nace a consecuencia del movimiento armado más significativo para nuestro país en el siglo XX, el cual buscaba, entre otras cosas, la igualdad de los sectores de la población. Señalan algunos autores[1] que

[1] Lugo Garfias, María Elena, "La determinación de las acciones colectivas para el fortalecimiento del Estado mexicano", en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 15, septiembre-diciembre 2010, pp. 67-90; Cárdenas Gracia, Jaime, "La Constitución de 1917 y las reformas estructurales", en Guerrero Galván, Luis Rene y Pelayo Moller, Carlos María, *100 años de la Constitución Mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, 2016, p. 119.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esta normativa fue la primera del mundo que contenía un sentido nacional y social, pues fue la primera que abordó derechos referentes a la propiedad y a las condiciones laborales, principalmente; con ello se vislumbraban por primera vez derechos de índole colectiva en nuestro sistema jurídico, sin utilizar esta terminología de manera expresa. Sin embargo, no se contemplaron las garantías para su adecuada protección. Casi habría de pasar un siglo para que se considerara una reforma puntual donde se incluyera la garantía de esos derechos como acciones colectivas.

Efectivamente, fue con la reforma del 29 de julio de 2010, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), como se aprobó el decreto[2] por el cual se adicionó el párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), donde se establece la posibilidad de promover las acciones colectivas.[3]

Por otra parte, el dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y Estudios Legislativos,[4] que dio pie a dicha modificación, señala que la reforma constitucional debe establecer los mecanismos e instrumentos procesales "accesibles y sencillos" que hagan posible el ejercicio pleno de los derechos colectivos, que permitan su defensa y que contribuyan a mejorar el acceso a la justicia. El destacado jurista Jorge Carpizo,[5] refiriéndose a la citada reforma, señala que "con la protección de los intereses difusos y colectivos se persigue la defensa y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad o del grupo".

Asimismo, con el objeto de regular los temas mencionados, el 30 de agosto de 2011 se publicó en el DOF el decreto[6] por el que se reforman y adicionan

---

[2] Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la CPEUM, México, DOF, 29 de julio del 2010. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_191_29jul10.pdf. Consultado el 29 de noviembre de 2016].

[3] Armienta Hernández, Gonzalo y Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, "Las acciones colectivas, una visión de Jorge Carpizo", en Miguel Carbonell *et al.* (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. estudios en homenaje a jorge carpizo*, tomo III, Justicia, México, UNAM, 2015, p. 2.

[4] Cámara de Senadores, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos respecto a la iniciativa que adiciona el artículo 17 de la CPEUM en materia de acciones colectivas", *Gaceta Parlamentaria*, México, núm. 68, 2009.

[5] Carpizo, Jorge, "Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre 2012, p. 1104.

[6] Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, México, DOF, 30 de agosto del 2011. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5206904&fecha=30/08/2011. Consultado el 29 de noviembre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diferentes códigos y leyes, destacando la adición del libro quinto, "De las acciones colectivas", al Código Federal de Procedimientos Civiles.

De lo anterior se desprende que el Congreso de la Unión ha realizado esfuerzos para reconocer y garantizar nuevos derechos supraindividuales que con anterioridad no aparecían en el espectro jurídico. Sin embargo, aquí está el problema que planteamos: consideramos, coincidiendo con el jurista Armando Cruz Espinoza,[7] que la regulación que se ha implementado sobre los derechos difusos en México no es la más apropiada, pues está incompleta y es tardía. Por lo anterior, el objetivo de esta investigación será analizar las mencionadas reformas constitucional y legal en México, desde el Derecho Comparado, así como las legislaciones de Brasil y los Estados Unidos de Norteamérica, además del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, con el fin de conocer si con dichas reformas se posibilita el acceso fácil, sencillo y eficiente a una justicia pronta y expedita.

Las preguntas que guiarán esta investigación son: ¿El modelo de las acciones colectivas adoptado por México con las reformas constitucional de 2010 y legal de 2011 permite a los gobernados un acceso fácil, sencillo y eficiente para lograr el derecho humano de acceso a la justicia? ¿Cuáles son las semejanzas y diferencias que existen entre el modelo jurídico de las acciones colectivas adoptado por México y los modelos adoptados por los Estados Unidos de América y Brasil, así como por el Código Modelo de Acciones Colectivas para Iberoamérica?

El estudio comparativo de los derechos difusos que proponemos es un tema que ha tomado relevancia debido a los cambios radicales, la interrelación social con las nuevas tecnologías, la industria y el mundo global en el que vivimos. Además, es de gran trascendencia tanto para los legisladores como para los operadores jurídicos, así como para la doctrina jurídica en general, en virtud de que los resultados que arroje dicha investigación pueden ofrecer otras alternativas para hacer más eficaz el derecho humano de acceso a la justicia.

3. Teoría de los derechos difusos

Los derechos difusos y los derechos colectivos son intereses de índole supraindividual, es decir, van más allá de la esfera particular de cada persona,

[7] Cruz Espinosa, Armando, "Las acciones colectivas en México", en Castillo González, Leonel y Murillo Morales, Jaime (Coords.), *Acciones colectivas, reflexiones desde la judicatura*, México, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2013, p. 145.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y buscan unificarse con el objeto de lograr el bien común. Estos derechos se encuentran inmersos en los llamados derechos sociales; por ese motivo, recurrimos a la doctrina de Robert Alexy,[8] en su obra *Teoría de los derechos fundamentales,* quien sitúa a estos derechos como acciones positivas del Estado (prestaciones en un sentido amplio), lo que quiere decir que el Estado se encuentra obligado a realizar un acto positivo para proteger en esencia la dignidad de los individuos. Asimismo, el jurista alemán explica que estos derechos se encuentran en un esquema trivalente entre el titular del derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. En este entendido, los derechos sociales gravitan a favor de los individuos que no pueden por sí mismos alcanzar algún aspecto de su desarrollo humano, y que además garantizan el equilibrio social. Por su parte, el maestro Gregorio Peces-Barba[9] considera que de la misma estructura intelectual de los derechos sociales aparecen los derechos específicos, que ya no son de todos, sino que exigen un trato desigual para conservar la igualdad y la equiparación con las personas que gozan de plenitud de derechos, de aquellos colectivos que se encuentran en la vida social en inferioridad de condiciones. En estos derechos se encuentran inmersos los derechos de carácter difuso, que han tomado gran relevancia debido a elementos como la ciencia, la tecnología, las guerras, el comunismo, el capitalismo, el desarrollo industrial, el consumismo, las epidemias y, principalmente, la globalización, que nos ha llevado al actual proceso de crisis, restructuración y cambio mundial.[10] Por globalización entendemos, en opinión de Therbons Góran, "la tendencia hacia el alcance mundial, impacto o interconexión de los fenómenos sociales o hacia una conciencia mundial entre los actores sociales".[11]

Por otra parte, Armienta y Mariscal[12] conceptualizan los derechos difusos dentro de los derechos humanos, y señalan que estos son los "derechos subjetivos o intereses legítimos que corresponden a un número indetermina-

---

[8] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudos Constitucionales, 1993, p. 419.

[9] Peces-Barba, Gregorio, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en García Manrique, Ricardo (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 91.

[10] *Cfr.* Aguirezabal Grünstein, Maite, "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 33, núm. 1, enero-abril 2006, p. 69; Armienta Hernández, Gonzalo y Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, *op. cit.*; Moreno Cruz, Maricela, "La globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos", *Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, México, núm. 3, julio-septiembre 2011, p. 216.

[11] Citado por Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p.49.

[12] Armienta Hernández, Gonzalo y Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, *op. cit.*, p. 8.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

do de sujetos, pertenecientes a diversos grupos sociales, que se encuentran distribuidos en amplios sectores, de tal manera que no resulta fácil el establecimiento de los instrumentos adecuados para la tutela de los propios intereses". Asimismo, Antonio Gidi[13] señala que "los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que si se satisface a un miembro del grupo, ello implica la satisfacción de las pretensiones de todos ellos". En ese mismo sentido, Luis Carlos Sáchica[14] refiere que la tercera generación de derechos humanos sobresale no sólo por su generalidad, que supera la miopía del individualismo, sino por su realismo, que sobrepasa la concepción socialista de regresar a la raíz profunda de lo humano.

Además, los derechos difusos son transindividuales, supraindividuales, transpersonales o interpersonales. Por tal motivo, agrega Héctor Fix-Zamudio que no resulta sencillo conocer ni identificar a los lesionados en su esfera jurídica, pues pertenecen a grupos sociales amplios y no identificados.[15] Mientras que Gidi sostiene, en este mismo ámbito, que el derecho no es individual, sino que existe como entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos.[16] Por ello, refieren Gidi y Ferrer Mac-Gregor que esos derechos no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social pero sin personalidad jurídica.[17] Por su parte, nos dice Mauro Cappelleti que esos derechos se encuentran entre el Derecho público y el Derecho privado.[18] También, son conocidos como derechos difusos, confusos o profusos.[19] En opinión de Lucio Cabrera, se encuentran entre el Derecho interno y el Derecho internacional, es decir, no basta con una regulación interna. Por otro lado, el maestro brasileño José Carlos Barbosa[20] refiere que son derechos indivisibles, puesto que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye *ipso facto* la lesión de toda la comunidad.

---

[13] Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil,* traducido por Cabrera Acevedo, Lucio, México, UNAM, p. 54.
[14] Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, México, UNAM, 2002, p. 208.
[15] Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, p. 425.
[16] Gidi, Antonio, *op. cit.*, p. 53.
[17] Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, p. 32.
[18] Cappelleti, Mauro, "La protección de los intereses colectivos y difusos", *XIII Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 247.
[19] Cabrera Acevedo, Lucio, "La tutela de los intereses colectivos o difusos", *XIII Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 214.
[20] Barbosa Moreira, José Carlos, "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Uruguay, número 2, 1992, p. 54.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4. Los derechos difusos en los sistemas jurídicos comparados

Los derechos de pertenencia difusa —explican Jorge González, María del Pilar Hernández y Alfredo Sánchez— poseen una gran relevancia en diversas aristas; por ejemplo, en el ámbito jurídico protegen un gran número de personas que, en virtud de su género, raza, condición económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica y funcional, sufre la omisión, precariedad o discriminación.[21] Por estas razones, compartimos la afirmación de Jorge Carpizo[22] cuando señala que "lo característico de los derechos difusos radica en que se protege el interés general o de la comunidad".

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

Fue en mayo del año 2002, en la ciudad de Roma, cuando el maestro Antonio Gidi propuso ante el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal un ordenamiento que regulara las acciones colectivas, que sería considerado como el anteproyecto del mencionado código, que finalmente fue aprobado en octubre del 2004, en Caracas, Venezuela.[23] A partir de ese momento, dicho código se convirtió en un punto de referencia obligado para el estudio y reglamentación de las acciones colectivas más allá de América Latina.

En su artículo 1, señala que los derechos colectivos se dividen en dos rubros: derechos difusos y derechos individuales homogéneos; con ello, se entiende que la primera categoría subsume a los derechos colectivos *estricto sensu* y a los derechos difusos, y los define como supra individuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la contra parte por una relación jurídica base.

En el artículo 2 se establece la necesidad de una adecuada representación y de que los derechos protegidos por este ordenamiento sean de relevancia social, ya sea por la propia naturaleza del bien jurídico afectado, las características de la lesión o por el gran número de personas afectadas. En el artículo

---

[21] González Galván, Jorge; Hernández, María del Pilar y Sánchez-Castañeda, Alfredo, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadez, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos Humanos Memoria del IV Congreso Nacional de Derechos Constitucional*, tomo III, México, UNAM, 2001, p. 227.
[22] Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 1104.
[23] Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MwkdbT9gLOoJ:osunalegal. com/yahoo_site_admin/assets/docs/CodigoModelodeProcesosColectivosParalberoamerica.4711354.doc+&tcd=1&thl=es-419&tct=clnk&gl=mx. Consultado el 19 de octubre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3 se describe la legitimación activa: 1) toda persona física, titular de un grupo; 2) cualquier miembro del grupo que sea titular del mismo, 3) el Ministerio Público, el defensor del pueblo y la Defensoría Pública; 4) las personas jurídicas de Derecho público, 5) las entidades y órganos de la Administración pública, 6) las entidades sindicales, 7) las asociaciones legalmente constituidas y 8) los partidos políticos. La legitimación es concurrente y lo más amplia posible, lo que permite que cualquier sujeto agraviado se encuentre dentro de sus supuestos.

Los artículos 6, 7 y 8 señalan que las resoluciones en los procesos colectivos podrán ser de hacer, no hacer, de dar e indemnizatorias. La competencia para conocer sobre este tipo de derechos se encuentra en el artículo 9, considerándose coadyuvantes para que intervengan tanto órganos locales del lugar donde hubiere ocurrido o pudiera ocurrir el daño, así como órganos de competencia nacional. Por otra parte, cabe resaltar la posibilidad de una amigable composición como solución al conflicto colectivo, a través de una conciliación que será homologada a sentencia definitiva; lo anterior se establece en el artículo 11.

Respecto a las costas y honorarios, el demandado, si fuera vencido, será condenado a costas, emolumentos, periciales, honorarios del abogado de la parte actora y cualquier otro gasto. El actor, si su pretensión no fuera exitosa, no será condenado a ningún gasto procesal salvo que se comprobara mala fe, según el artículo 15.

Otro punto relevante son los efectos de las sentencias colectivas, ya que poseerán efectos *erga omnes* excepto cuando la pretensión sea rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra acción con el mismo fundamento pero distintas pruebas, como lo dicta el artículo 33. Una característica más del código modelo se encuentra en el artículo 35, donde se establece la posibilidad de entablar cualquier clase de pretensión colectiva en contra de cualquier colectividad organizada o que tenga representante adecuado, siempre y cuando el bien jurídico sea supraindividual y revestido de interés social. Con ello, se otorga un medio de protección en contra de asociaciones particulares que conculquen los derechos colectivos de la sociedad.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Common law

El término *common law* hace referencia al sistema jurídico anglosajón, naciente en Inglaterra,[24] que se caracteriza, en términos generales, por unificar las reglas derivadas de las costumbres. Por ello, antes de solucionar algún conflicto, se deben examinar las decisiones anteriores emitidas por otros jueces en sus sentencias, en casos similares, de tal forma que este sistema es creado por las resoluciones y jurisprudencia de los tribunales.[25]

Estados Unidos de América

Hoy en día, el Derecho norteamericano contiene muchas diferencias respecto al Derecho inglés contemporáneo, y tales diferencias lo han posicionado como pionero en la defensa de los intereses supraindividuales en los sistemas jurídicos del *common law*; en especial, a través de las *class action,* que se encuentran previstas en la regla 23 de la Federal Rules of Civil Procedure desde el 16 de septiembre de 1938, que fueron reformadas y perfeccionadas en 1966. La regla federal 23[26] establece, en su apartado (a):

> (1) que la clase sea tan numerosa que resulta imposible o impráctico que todos sus miembros sean parte de la demanda; (2) que las cuestiones de hecho o derecho sean comunes a todo el grupo; (3) que los elementos de las acciones o de las excepciones y las defensas son comunes a todos los miembros, y; (4) que los representantes protegen los intereses del grupo de manera justa y adecuada.[27]

---

[24] Este sistema jurídico abarcó todos los estados de Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Estados Unidos de América, a excepción del estado de Louisiana y Canadá, con excepción de Quebec, así como muchos otros países asiáticos, como la India, Pakistán, Israel y cierto número de naciones africanas que fueron colonias de la Corona británica. Cfr. Jolowicz, John Anthony, "Vistazo al *common law*", *Boletín del Instituto de derecho comparado de México*, año XX, septiembre-diciembre de 1967, p. 501. Asimismo, cabe resaltar que en la actualidad ya no existe un sistema completamente puro, pues ahora predominan los sistemas híbridos.

[25] Rosales Sánchez, Juan José, "Introducción a las acciones colectivas", en Castillo González, Leonel y Murillo Morales, Jaime (coords.), *Acciones colectivas, reflexiones desde la judicatura*, México, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial. 2013, p. 23.

[26] El numeral 23 es la norma rectora y establece ciertos requisitos previos para su procedencia, que son los que definen esta acción y se encuentran establecidos en las *Federal Rules of Civil Procedure*, *Rule 23 class actions*. Disponible en: https://www. law.cornell.edu /rules /frcp/rule_23. Consultado el 16 de marzo de 2015.

[27] *Ibidem*, *Rule* 23.(a) Prerequisites.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Señala el magistrado Armando Cruz[28] que las *class action* son el medio más idóneo para lograr la reparación, compensación o prevención de daños causados o futuros a favor de un grupo o clase de personas. Por ello, pueden ser consideradas como el mecanismo más eficaz con el que cuenta el sistema jurídico norteamericano para proteger los derechos colectivos.[29]

De la regla 23(a) debemos realizar las siguientes precisiones: del requisito (1) no exige un número legalmente predeterminado de sujetos agraviados, ya que no es una cuestión numérica lo esencial, sino una serie de factores trasgredidos a ser evaluados en el contexto de cada caso concreto; del requisito (2), deducimos que las cuestiones de hecho o de derecho deben predominar sobre cualquier cuestión que afecte a los miembros individualmente y la tutela colectiva sea una técnica superior a otros métodos disponibles para el justo y eficiente juzgamiento de la controversia; respecto al numeral (3), se exige que el representante tenga los mismos intereses que haya sufrido el mismo agravio, sea miembro del mismo grupo y las pretensiones tengan el mismo fundamento jurídico; por último, el requisito (4) tiene por objetivo el debido proceso legal, ya que pretende hacer que el representante actúe en forma adecuada.

Después de interpuesta la demanda referente a este tipo de acciones, el órgano jurisdiccional dictaminará su procedencia a través de la certificación, que no es otra cosa que el cumplimiento de los presupuestos de la regla 23 (a) y (b), en donde se definen la clase y sus reclamaciones, la publicación y sus defensas. Si la orden niega la certificación de clase, puede ser modificada antes de que termine el juicio.[30]

Una característica más del sistema norteamericano son los efectos generales de la sentencia, que es vinculante para todos los miembros de la clase, aun cuando no sea favorable a sus intereses.[31] Otro punto son los gastos y honorarios de los representantes de la clase, ya que cuando la estimación de la acción da lugar a una indemnización, se constituye un fondo patrimonial de donde los abogados tienen derecho a devengar unos honorarios razonables como un todo y no sólo respecto a sus clientes.[32]

---

[28] Cruz Espinosa, Armando, *op. cit.*, p. 129.
[29] Rosales Sánchez, Juan José, *op. cit.*, p. 24.
[30] *Ibídem*, *Rule* 23(c) *Certification Order* .1. A a C.
[31] Anglés Hernández, Marisol, "Acciones colectivas en materia de protección ambiental, fallas de origen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre 2015, p. 912.
[32] Barajas Villa, Mauricio, "La construcción jurisprudencial de la tutela efectiva de los derechos humanos, a través de método del derecho comparado: clave del éxito de las acciones colectivas en México", en Castillo González, Leonel y Murillo Morales, Jaime (Coords.), *Acciones colectivas, reflexiones desde la judicatura, México*, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2013, p. 96.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Afirma el magistrado Juan Rosales[33] que la *class action* facilita y optimiza el acceso a la justicia al evitar que un gran número de miembros acuda de forma particular a los órganos jurisdiccionales. Por otra parte, desde hace más de cinco lustros el jurista mexicano Rolando Tamayo y Salmorán[34] sostuvo que el legislador norteamericano tomó en cuenta las dificultades de realizar por separado los procesos de los miembros de la clase, por lo que las sentencias son uniformes y se dirigen a la clase como un todo considerando los principios de economía y celeridad procesal y dando una mayor posibilidad de acceso a la justicia. Ciertamente, la legislatura norteamericana previó mucho tiempo antes la debilidad que poseían los individuos frente a grandes grupos económicos, por lo cual creó medios y mecanismos para tutelar el interés de grupos numerosos de individuos. Estas previsiones han servido de precedentes para los diferentes sistemas iberoamericanos que han tomado a las *class action* como guía para la tutela de los derechos colectivos.

Civil law

El *civil law*, conocido como Derecho Continental Europeo, hace referencia al ordenamiento jurídico romano con influencia canónica-germánica.[35] El jurista mexicano José Ovalle[36] afirmaba, desde hace más de tres décadas, que la principal característica de este modelo es el método de creación normativa, en donde prima el Legislativo, por lo que se asigna un lugar primordial a la ley entre las fuentes del Derecho.

República Federativa del Brasil

En Brasil[37] los derechos colectivos hacen su aparición en la década de los setentas, cuando juristas brasileños se interesaron por los estudios que hacían sus pares italianos, como Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vicenzo

[33] Rosales Sánchez, Juan José, *op. cit.*, p. 24.
[34] Tamayo y Salmorán, Rolando, "Class action, Una solución al problema de acceso a la justicia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 58, enero-abril 1987, p. 156.
[35] Este sistema jurídico abarca los países de Francia, Holanda, Italia, Alemania, España y Portugal, así como Asia del Este y la gran mayoría de países de Centro y Sudamérica.
[36] Ovalle Favela, José, "Sistemas jurídicos y políticos, proceso y sociedad", en Kaplan, Marcos (comp.), *Estado derecho y sociedad*, México, UNAM, 1981, p. 142.
[37] La República Federativa del Brasil se ha caracterizado por ser, en América Latina, el principal estudioso de los derechos de naturaleza indivisible y trans-individuales en los sistemas del *civil law*.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Vigoriti,[38] sobre las *class action* norteamericanas.[39] Así, en 1977 se creó la Ley de Acción Popular; después, en 1985 se creó la denominada Acción Pública Civil, que constituyó la primera regulación sistemática de procedimientos para la protección de los derechos difusos y colectivos, a través de la cual se protegieron el medio ambiente, los derechos del consumidor y los derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.[40] Posteriormente, en 1988 se fortalecieron y consolidaron las acciones colectivas, al establecerse a nivel constitucional su naturaleza jurídica. Por su parte, señala Sonia Venegas [41] que este ordenamiento fue conocido como la Constitución Ciudadana debido al momento histórico y a los principios de democracia y protección ambiental que motivaron dicho ordenamiento. Finalmente, en 1990 se emitió el Código de Defensa del Consumidor,[42] cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todos y cualquier interés o derecho transindividual, pues establecía reglas detalladas para su protección y ampliaba las materias objeto de este procedimiento al transformarlo en transustantivo, es decir, aplicable a cualquier derecho de índole colectivo en cualquier materia.

El título III del citado Código de Defensa del Consumidor, en su artículo 81, contiene una división tripartita de los derechos colectivos, y establece como primer rubro los derechos difusos; en segundo, a los derechos colectivos en estricto sentido; y como último, a los derechos individuales homogéneos. Además, define como intereses o derechos difusos los que son transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas ligadas por circunstancias de hecho. Asimismo, en su artículo 82 señala que las entidades legitimadas para demandar son: 1) el Ministerio Público, 2) la unión, los estados, los municipios y el Distrito Federal; 3) los órganos administrativos y 4) las asociaciones privadas con al menos un año de constitución, que incluya entre sus fines la defensa de estos derechos.

---

[38] Michele Taruffo, "*I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 24, 1969, p. 618; Cappelletti, Mauro, "*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*", Rivista di Diritto Processuale, núm. 30, 1975, p. 361; Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e proceso la legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979.

[39] Gidi, Antonio, *op. cit.*, p. 18.

[40] Ovalle Favela, José, "Legitimación de las acciones colectivas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLVI, septiembre-diciembre 2013, p. 1065.

[41] Venegas Álvarez, Sonia, "La *class action* como solución a la demanda de justicia", en Fernández Ruiz, Jorge y Otero Salas, Filiberto (coords.), *Justicia constitucional administrativa. Congreso internacional*, México, 2013, p. 888.

[42] Código de Defensa del Consumidor de la República Federativa del Brasil, Ley número 8,078, 1990. Disponible en: http://librosrevistasderecho.vlex.es/vid/oacute-digo-defensa-consumidor-brasil-51555909. Consultado el 8 de julio de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, señala el magistrado Rosales[43] que los individuos de los grupos afectados carecen de legitimación para promover acciones colectivas y, con ello, acciones difusas.

Una característica de la legislación brasileña es la inexistencia de un procedimiento de certificación o de pre-admisibilidad, por lo que el tribunal no requiere determinar si los miembros de la colectividad son lo suficientemente amplios como para justificar un tratamiento colectivo,[44] si los problemas comunes prevalecen sobre los individuales o si la acción colectiva es un mecanismo superior para resolverlos.

Las sentencias que se lleguen a dictar son: de hacer, no hacer o indemnizatorias. Mientras que el artículo 103 del citado código se refiere a los efectos de la cosa juzgada, y establece que: 1) una sentencia colectiva obliga a todos los miembros del grupo pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales; 2) si la acción es decidida en favor del grupo, todo los miembros ausentes de éste se beneficiarán de la cosa juzgada; y 3) si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva, ya que aún pueden ejercer acciones particulares en protección de sus derechos individuales. En cuanto a los derechos de índole difusa, las resoluciones tienen efectos generales, "salvo que la sentencia no sea favorable o se rechace por insuficiencia de pruebas, caso en el que cualquier interesado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nuevas pruebas".[45]

Otro aspecto innovador lo constituye la creación de un fondo especial para la protección de los intereses difusos. El fondo se compone de los pagos por daños otorgados por las acciones colectivas difusas que involucran este tipo de intereses. El objeto del fondo es que sus recursos deben ser usados para financiar la restauración de los derechos que fueron vulnerados por los demandados. En relación con el pago de gastos y costas de los procedimientos colectivos, la regla "el que pierde paga" no se aplica, siempre y cuando el demandante no litigue de mala fe, según artículo 87.

---

[43] Rosales Sánchez, Juan José, *op. cit.,* p. 29.
[44] Barajas Villa, Mauricio, *op. cit.*, p. 97.
[45] Rosales Sánchez, Juan José, *op. cit.*, p. 29.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

México

Previo a las reformas al principio mencionadas, de los años 2010 y 2011 sobre aspectos colectivos, el maestro Ferrer Mac-Gregor[46] indica que la legislación federal involucraba un cúmulo de acciones ante distintas entidades administrativas, y que propiamente no constituían una acción colectiva, ya que no se presentaban ante autoridades jurisdiccionales, además de que se encuentran dispersas en distintas leyes, por ejemplo, Ley Federal de Competencia, Ley General de Salud, Ley General de Asentamientos Humanos, Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente, Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable y Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

En el mismo sentido, María Elena Lugo[47] menciona que en 1988 la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Medio Ambiente implementó la figura procesal de la "denuncia popular", en donde se legitimaba a toda persona, grupo social, organización no gubernamental, asociaciones y sociedades para poder denunciar hechos, actos u omisiones que produjeran o pudiesen producir desequilibrio ecológico o daños al medio ambiente. En 1992, con la Ley Federal de Protección al Consumidor se creó la figura procesal de "acciones de grupo", que dio legitimación procesal a la Procuraduría Federal del Consumidor para que, a nombre de los consumidores afectados por hechos ilícitos contra su salud o su patrimonio, demandasen ante los tribunales la reparación del daño producido.[48]

Por otra parte, nuestro sistema jurídico, en el ámbito de la jurisprudencia, vislumbra un poco antes a los derechos colectivos y a los derechos difusos, en especial. Sin embargo, no realizaba una diferencia clara, ya que refiere que ambos derechos pertenecen a todos los miembros de una masa o grupo de la sociedad, sin posibilidad de fraccionarse ni defenderse mediante las acciones individuales, ni de ejercerse aisladamente, ya que la prosecución de procesos separados, por una o más personas, carecería de incentivos reales. Lo anterior se puede observar en el criterio enmarcado en la tesis aislada I 4º C 137 C.[49]

---

[46] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM, 2016, p. 361.
[47] Lugo Garfias, María Elena, *op. cit.*, p. 72.
[48] Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 1084.
[49] Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2381 del Semanario Judicial de la Federación y Gaceta, tomo XXVII, abril del 2008, novena época, de rubro "INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA".

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, el Estado mexicano ha realizado múltiples reformas sobre aspectos relacionados con los mecanismos para la protección de los derechos humanos. Dentro de este lapso, se ha intentado establecer la creación de figuras jurídicas que protejan a una pluralidad más amplia de sujetos, dando pie a situaciones de supremacía social. Ello dio origen en nuestro panorama constitucional a novedosos conceptos sobre la protección de los derechos humanos, dejando de lado el carácter personal y dando mayor valor a lo colectivo. Efectivamente, Juan Manuel Gómez[50] señala que esos cambios implican una trasformación radical al sistema de protección de los derechos, que de un sistema de corte individualista pasa a incorporar en ciertos sectores a los derechos colectivos. Para ello, se amplía la cobertura de los derechos comunes con el fin de que sea la sociedad la facultada para oponerse. En relación con esos cambios, el jurista Jorge Carpizo[51] refiere que las modificaciones constitucionales que no conllevan rupturas ni violaciones se realizan primordialmente a través de reformas y mutaciones que se integran y que forman parte inherente de la evolución de nuestra constitución, con el propósito de proteger con mayor eficacia los derechos humanos. En ese mismo sentido, diversos autores[52] nos ilustran con la evolución del artículo 17 constitucional, que en su texto original preveía el derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter estrictamente civil, la prohibición de hacerse justicia por propia mano y el derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, pasarían casi siete décadas para la primera modificación de este artículo, en donde se reconoció que la impartición de justicia es un derecho de las personas. La segunda reforma fue en el año 2008, e introdujo diversos párrafos sobre distintas temáticas: mecanismos alternativos de solución de conflictos, juicios orales y servicios gratuitos de la defensoría de oficio. Ciertamente, fue hasta el 29 de julio del año 2010[53] cuando se incorporó a su texto el párrafo tercero, que a la letra dice:

---

[50] Gómez Rodríguez, Juan Manuel, "La contribución de las acciones colectivas al desarrollo regional desde la Perspectiva del Derecho Social", Revista *Mexicana de Derechos Constitucionales*, Cuestiones Constitucionales, México, núm. 30, enero-junio 2014, p. 60.

[51] Carpizo, Jorge, "La reforma constitucional en México. Procedimientos y realidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto 2011, p. 544.

[52] Cruz Espinosa, Armando, *op. cit.*, p. 145; y Saavedra Álvarez, Yuria, "Artículo 17 de la Constitución Política de los Estado Unidos de México. Acceso a la justicia", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentario de jurisprudencia constitucional e interamericana*, tomo II, México, SCJN, UNAM, Konrad, 2013, p. 1565.

[53] Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la CPEUM, *op. cit.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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

Con esta reforma se dio sustento constitucional a las acciones colectivas, pues incorporó por primera vez en nuestro panorama constitucional la figura procesal de "acciones colectivas". Dichos derechos, por su carácter transindividual, quedaban fuera del ámbito de protección de los mecanismos tradicionales de carácter individual, que son necesarios para garantizar a los interesados el acceso a la justicia.[54]

En ese mismo orden de ideas, el 6 de junio del 2011[55] se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de nuestra ley fundamental, los cuales son referentes de la máxima figura de protección jurisdiccional en el orden mexicano en relación con los derechos humanos, nos referimos al juicio de amparo. Con esta reforma nació el amparo colectivo como una herramienta para combatir actos de autoridad, normas jurídicas u omisiones que afecten los derechos humanos. De esta forma, el citado artículo 107 en su texto contempla el amparo colectivo, al mencionar que "el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica".

Más tarde, como ya se ha mencionado, el 30 de agosto del 2011[56] se reformaron y adicionaron siete ordenamientos jurídicos: Código Federal de Procedimientos Civiles (se reformaron los artículos 1, 24 y se adicionaron los artículos 578 al 626), Código Civil Federal (se adicionó un nuevo artículo 1934 bis), Ley Federal de Competencia Económica (se reformó el primer párrafo y se adicionó un segundo párrafo del artículo 38), Ley Federal de Protección al Consumidor (se reformó el artículos 26), Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

---

[54] Rosales Sánchez, Juan José, *op. cit.*, p. 11.
[55] Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la CPEUM, México, DOF, 6 de junio del 2011. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/6Junio.html. Consultado el 29 de noviembre de 2016.
[56] Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal... *op. cit.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(se reformaron y adicionaron los artículos 53 y 81), Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección del medio Ambiente (se adicionaron los párrafos segundo y tercero del artículo 202) y Ley de Protección y Defensa de Usuarios de Servicios Financieros (se adicionaron los artículos 11, 91 y se reformó el artículo 92), además de que se incorporó el término *colectivo* y se regularon deficientemente por primera vez las llamadas acciones colectivas en México.

Cabe resaltar que la principal reforma en materia de acciones colectivas tuvo lugar en el Código Federal de Procedimientos Civiles[57] y, de forma homogénea, las diferentes leyes secundarias se encuentran adecuadas a lo preceptuado en los once capítulos del libro quinto "De las acciones colectivas", en donde se adicionan disposiciones normativas referentes a los órganos competentes para conocer de estos derechos (tribunales federales exclusivamente), los rubros de protección (consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente), procedencia de las acciones colectivas (pretensiones de una colectividad), los derechos objeto de tutela (derechos difusos, colectivos y derechos individuales de incidencia colectiva), tipo de acciones colectivas (acciones difusas, acciones colectivas en estricto sentido y acciones individuales homogéneas), objeto de las pretensiones (declarativas, constitutivas y de condena), principios que rigen los procesos colectivos (interpretación compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos), plazos de prescripción (tres años y seis meses), la legitimación activa (la Procuraduría de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia), la representación adecuada (actuar con diligencia, pericia y buena fe), la sustanciación del proceso, requisitos de la demanda, requisitos de procedencia y causales de improcedencia, la sentencia, resoluciones y sus efectos; las medidas precautorias (orden de cesación, orden de realizar actos u acciones, aseguramiento), medios de apremio (auxilio de la fuerza pública, el cateo y el arresto); cosa juzgada, gastos y costas; los requisitos de las asociaciones civiles y el fondo de los derechos difusos.

Posterior a las reformas ya mencionadas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 23 de septiembre del 2016, contempló de forma convincente los intereses supraindividuales, y los clasificó en difusos y colectivos; los primeros no deben ser entendidos como una suma de intereses individuales, sino

[57] Código Federal de Procedimientos Civiles. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio /pdf/6.pdf. Consultado el 8 de julio del 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como aquellas situaciones jurídicas no referidas a un solo individuo que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común. Además, este criterio jurisprudencial señala de forma expresa que lo trascendental de estos derechos radica en que, en ambos, ningún individuo es titular de un derecho al mismo tiempo, pues todos los miembros lo poseen. Finalmente, de forma sorprendente, el Poder Judicial de la Federación hace alusión a la falta de leyes y procedimientos para que los ciudadanos cuenten con nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos colectivos, a pesar de que hicieron diferentes reformas y adiciones a las leyes secundarias de nuestro país. Lo anterior se encuentra establecido en la jurisprudencia por reiteración XI. 1Oa.t.J10 (10ª).[58]

En consecuencia, consideramos que la reforma que contempla los derechos difusos tiene grandes deficiencias; presenta fallas de origen que limitan la eficacia, refleja omisiones, lagunas, ambigüedades, limitantes y contradicciones, y es una regulación mínima, discreta y modesta que nos deja en el último peldaño de rezago; carece de la ambición y de alcance para poder compararse en la materia con otros sistemas jurídicos, tanto iberoamericanos como internacionales; limita el acceso a la justicia a millones de personas, contiene vacíos que dilatan la justicia y pretende dar una apariencia de tutela de derechos tras el velo de la ley.[59]

5. Deficiencias de la normativa mexicana

En la realidad jurídica de México no se deben soslayar los esfuerzos que el Constituyente permanente ha realizado para reconocer y garantizar los derechos difusos, haciendo reformas que implican un gran avance en nuestro sistema, al considerar y tutelar derechos que con anterioridad no aparecían en el espectro jurídico. No obstante, compartimos la idea de Marisol Anglés,[60]

---

[58] Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación, 23 septiembre del 2016, Decima Época, de rubro: "INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO".
[59] Cruz Espinosa, Armando, *op. cit.*, p. 152; Anglés Hernández, Marisol, *op. cit.*, p. 899; Barajas Villa, Mauricio, *op. cit.*, p. 94; Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, "Proyecto de decreto que reforma los artículos 578 y 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles", *Gaceta Parlamentaria*, núm. 3356-VI, México, 2011. Disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2011/sep/20110927-VI/Iniciativa-15.html. Consultado el 8 de julio de 2016; González Ramírez, Claudia Milena, "Las acciones colectivas en México", *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, enero-junio 2012, p. 137.
[60] Anglés Hernández, Marisol, *op. cit.*, p. 924.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

al señalar que los titulares del Poder Legislativo, en lugar de trabajar en aras de la progresividad de la tutela de los derechos difusos, está empeñado en limitar su garantía, al restringir el acceso a la justicia. En concordancia con lo anterior, manifestamos que nuestras leyes son demasiado rudimentarias, pues denotan grandes huecos y vacíos en puntos importantes; y que a la luz del Derecho Comparado, los diferentes ordenamientos jurídicos han subsanado y complementado de mejor forma que nuestra legislación, como podemos observar a continuación.

El Estado mexicano establece como limitación que tribunales del fuero común conozcan sobre este tipo de derechos, a pesar de que la mayor parte de violaciones sucede a nivel estatal y municipal, dejando la exclusividad de competencia a órganos federales y limitando al actor para recurrir al órgano jurisdiccional más cercano a la demarcación de la afectación. En contra posición, el Estado brasileño ha dado una gran apertura para que cualquier órgano jurisdiccional tanto federal como local pueda conocer sobre el asunto. Asimismo, los Estados Unidos de América no contemplan un ámbito especial para conocer de dichas acciones, ya que los órganos jurisdiccionales estatales y federales coadyuvan para la prosecución de las demandas colectivas. En la doctrina, el Código Modelo señala la competencia territorial local y la competencia nacional o regional; la primera se refiere al lugar donde hubiera ocurrido o pudiera ocurrir la trasgresión; la segunda se ejercerá en la capital del país, de forma que el código en comento no limita al actor para recurrir al órgano jurisdiccional más cercano a su demarcación o a la afectación.

La prohibición por parte de nuestra legislación para que sólo en tres rubros se pueda ejercer una acción colectiva (consumo de bienes, servicios financieros y medio ambiente), sin importar que estos derechos abarcan una gran cantidad de aristas, dejando de lado el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho al patrimonio cultural de la humanidad, sobre todo, deja sin protección el derecho fundamental de acceso a la justicia. Por el contrario, la República Democrática del Brasil, desde hace más de tres décadas, ha otorgado un abanico más amplio de materias de protección: medio ambiente, derechos de valor artístico, estético, turístico y del paisaje. Más tarde, con el Código del Consumidor, los procedimientos colectivos son tran-sustantivos (las reglas procesales son aplicables a litigios en cualquier área del derecho sustantivo); por lo tanto, es aplicable a la protección de todos los derechos de grupo que involucren derechos difusos. Por su parte, el sistema norteamericano establece, en la regla

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

23 *Federal Rules of Civil*, como requisitos de viabilidad que las cuestiones comunes entre la clase y los demandados predominen ante los conflictos individuales, así como que la acción colectiva goce de un estatus superior a las demandas individuales; de esta forma, la legislación norteamericana no limita el ejercicio de los derechos difusos. Finalmente, el Código Modelo advierte que para ser considerado como un derecho difuso bastará con la relevancia social que posea la tutela del bien jurídico colectivo.

La restricción a la legitimación procesal activa a unos cuantos sujetos y con ciertas restricciones (tener por lo menos 30 miembros afectados, que las asociaciones civiles sin fines de lucro tengan más de un año de haber sido constituidas, tener por objeto la protección de dichos bienes y encontrarse registradas ante el Consejo de la Judicatura Federal), con lo cual quedan excluidas todas las autoridades estatales y municipales, quienes, dada la cercanía con la problemática y con la gente de la localidad, tienen mayor interés en su atención y en la defensa de los derechos difusos. Asimismo, la representación común de al menos 30 miembros resulta arbitraria y carente de sentido, debido a que no debe estar condicionada a un número de personas, ya que cualquiera debe encontrarse en posibilidad de representar al grupo. Por el contrario, la Republica Sudamericana ha otorgado una mayor tutela al legitimar a toda institución gubernamental y no gubernamental legalmente constituida, en funcionamiento cuando menos de un año y que incluya entre sus fines institucionales la defensa de estos derechos. En los Estados Unidos de América se encuentra establecido como único obstáculo la demostración de que la clase sea tan numerosa que resulte imposible o impráctico que todos sus miembros sean parte de la demanda. La norma no exige un número o personas determinadas, ya que lo esencial en este tipo de derechos será una base de factores comunes. Para el caso, el Código Modelo otorga legitimación activa a toda persona física o jurídica, autoridad, organización y asociación que tenga interés en proteger algún interés de grupo, categoría o clase.

La imposibilidad de demandar al Estado por el incumplimiento de acciones que protejan este tipo de intereses, a pesar de que éste es el principal sujeto vulnerador de derechos de incidencia difusa. No debemos omitir comentar que en México la única posibilidad de demandar actos u omisiones por parte del Gobierno, que trasgredan a grupos o clases de personas, se encuentra en el juicio de amparo. Por ello, compartimos la idea de Claudia González,[61] al

[61] González Ramírez, Claudia Milena, *op. cit.*, p. 127.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

señalar que la presente reforma "no visualiza la responsabilidad subsidiaria del Estado en la tutela de los derechos difusos". En cambio, en países como la República Federativa de Brasil, con el Código del Consumidor, tal y como lo hemos señalado, el procedimiento colectivo se convierte en tran-sustantivo, al dar la posibilidad de emplear demandas en contra de monopolios, impuestos y cualquier otra rama del Derecho, posibilitando a los interesados para interponer acciones colectivas en contra de actos u omisiones por parte del Estado. Por otra parte, el sistema jurídico norteamericano, en palabras de Antonio Gidi,[62] juega un amplio poder político y social. Los jueces con frecuencia crean políticas públicas de carácter sustantivo y regulan la sociedad por medio de los precedentes dictados en las sentencias. Por otro lado, como ya lo hemos mencionado, el Código Modelo advierte que para ser considerado como un derecho difuso bastará con la relevancia social que posea la tutela del bien jurídico colectivo. Con ello, se permite tutelar la totalidad de bienes jurídicos de índole difusa, trasgredido por cualquier sujeto.

La falta de incentivos particulares a los sujetos que intenten ejercer una acción difusa, más allá del beneficio social, ya que aquel grupo de personas que obtenga una sentencia favorable sólo tendrá la reparación a través de la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación; si no fuera posible, se condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo con la afectación, y la cantidad resultante se destinará a un fondo que administrará el Consejo de la Judicatura Federal. Por su parte, tanto el Código Modelo como la legislación brasileña han decidido otorgar como incentivo que las personas se beneficien de las sentencias colectivas aun cuando no hayan participado en el procedimiento, pero no que fueran perjudicadas por ellas. Así como la inaplicación de la regla, el que pierde paga, siempre y cuando el demandante no litigue de mala fe. En este mismo sentido, la legislación norteamericana incentiva la preparación de mejores abogados, ya que estos tienen derecho a devengar unos honorarios razonables respecto a la indemnización o fondo, como un todo y no sólo de sus clientes; esto influye para que el representante legal actué en búsqueda del éxito del proceso y la eventual condena con atingencia y lealtad.

La reticencia de los principios que regirán los procesos colectivos, ya que la ley sólo realiza la mención que los jueces interpretarán de forma compatible con los principios y objetivos de los derechos colectivos, sin especificar de forma clara cuáles son estos principios, y principalmente la ambigüedad

[62] Gidi, Antonio, *op. cit.*, p. 12.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

encontrada en la ley respecto a los derechos difusos y sus consecuencias. En materia de *class action*, tal como lo ha señalado Gidi,[63] el orden jurídico norteamericano funciona dentro de un sistema extremadamente práctico, enfocado en los hechos, lo cual lo hace un sistema flexible y complejo. Debido a que las reglas procesales están escritas en leguaje amplio y establecen limites moderados a las facultades del tribunal o a su creatividad, el juez tiene una discreción considerable en sus decisiones.

6. Conclusiones

A través de la presente investigación se logró el objetivo que nos propusimos y se dio respuesta a las preguntas que guiaron la investigación, es decir, analizamos, bajo una perspectiva de Derecho Comparado, los sistemas de acciones colectivas adoptadas por México, Estados Unidos de América, Brasil y el Código Modelo de Acciones Colectivas para Iberoamérica; establecimos sus semejanzas y diferencias. Como consecuencia de lo anterior, concluimos que la reforma constitucional de 2010 y legal de 2011 no proporcionan a los gobernados un acceso fácil, sencillo y eficiente para lograr el derecho humano de acceso a la justicia

La introducción, regulación o, en algunos casos, ampliación de los derechos difusos es una clara tendencia que en los últimos treinta años ha permeado en los sistemas constitucionales del mundo. Este tipo de herramientas es fundamental para proteger los intereses de la sociedad, a través de proporcionar un mejor acceso a la justicia a grupos en esquemas de debilidad o vulnerabilidad. La implementación de los derechos difusos en el sistema jurídico mexicano por parte del Constituyente permanente ha dado pie al preámbulo de la terminación del individualismo jurídico, lo cual significa un gran avance en la protección del bien común.

Los derechos difusos son conocidos como "derechos de tercera generación", y se encargan de proteger a un gran número de personas indeterminadas que se encuentran desorganizadas en sectores dispersos, amplios y variantes, sin ningún vínculo directo (jurídico o de otra índole) más que el hecho o circunstancia que los une; a ellos se les ha violentado una prerrogativa de forma masiva (medio ambiente adecuado, salud, seguridad, reglas de consumo, calidad de vida) con secuelas dañosas, y tienen por objetivo crear

[63] Ídem.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un impacto material y significativo en donde se unan los esfuerzos de todas las personas (solidaridad).

Las reformas del 10 de julio del 2010 y del 30 de agosto del 2011, referentes a la adición de un tercer párrafo al artículo 17 constitucional, y las regulaciones procesales en las diferentes leyes secundarias sobre acciones colectivas implican un gran paso en la evolución del sistema jurídico mexicano y el acceso a la justicia colectiva, al adoptar en esencia los conceptos de los países pioneros de los diferentes sistemas jurídicos predominantes; sin embargo, el modelo que regula las normas y los mecanismos sobre los derechos difusos en México posee un marco jurídico limitante debido a que concede única y exclusivamente la facultad de conocimiento sobre estas cuestiones a los órganos jurisdiccionales federales. Es prohibitivo debido a que el titular del Poder Legislativo sólo contempló tres materias de aplicación, sin pensar que con ello se dejaba sin tutela a casi la totalidad de derechos difusos. Es restrictivo, ya que nuestro ordenamiento jurídico sólo posibilita a un cúmulo de sujetos legitimados con ciertas condiciones absurdas para ejercitar ante los tribunales. Es imposibilitante a razón de que sólo se contemplan las relaciones entre particulares establecidas en el Código Federal de Procedimiento Civiles, con lo cual se impide a los sujetos con legitimación activa la posibilidad de demandar al Gobierno por actos u omisiones en la tutela jurídica colectiva. Es reticente al no especificar todos y cada uno de los rubros que deben cubrir los principios que regirán los procesos colectivos. Por lo anterior, consideramos que, si bien la reforma toma la esencia de estos países, no va más allá, ya que no revisa de forma exhaustiva las experiencias otorgadas a través del Derecho Comparado.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 51-80

El desempeño institucional de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, 1993-2015*

The institutional performance of the Human Rights Commission of the State of Puebla, 1993-2015

Oscar Nicasio Lagunes López**

RESUMEN

En este artículo se describe el desempeño institucional de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, de 1993 a 2015. En general, se muestran las deficiencias institucionales en torno a la defensa de los derechos humanos en la entidad, entre las que destacan la ambigüedad y aplicación discrecional de los instrumentos de conclusión de quejas que tienen como finalidad restituir a las víctimas en el goce de sus derechos vulnerados. Ello, a raíz de que no se considera el nivel de satisfacción de las víctimas como criterio fundamental para dar solución a los expedientes de queja. En particular, se analizan dos recomendaciones emitidas por la Comisión, ya que éstas son el instrumento más fuerte del organismo para restablecer los derechos humanos de las víctimas, pero se encontró que las autoridades públicas del estado y las del organismo defensor simulan el cumplimiento de las recomendaciones, lo que genera una violación adicional a los derechos de los afectados, al no restituírseles sus derechos violentados.

Palabras clave: desempeño institucional, instrumentos de conclusión de quejas, recomendaciones en derechos humanos, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, México.

ABSTRACT

This article describes the institutional performance of the Human Rights Commission of the State of Puebla, 1993-2015. In general, the institutional deficiencies are shown around the defense of human rights in the entity, among which a spotlight is place on the ambiguity and discretionary application of the instruments for the conclusion of complaints that are intended to restore legal rights to the victims. This is due to the fact that a victim´s level of satisfaction is not considered as a fundamental criterion for solving the file complaints. In particular, two recommendations issued by the Commission are analyzed, since they are the strongest instruments towards restoring the victims' human rights, but it was found that the public authorities of the state and those of the advocate agency simulate the fulfillment of the Recommendations, which creates an additional violation of the rights of those affected as their rights are not restored.

Keywords: institutional performance, instruments for the conclusion of complaints, recommendations in human rights, Human Rights Commission of the State of Puebla, Mexico.

*Artículo de investigación recibido el 4 de agosto de 2017 y aceptado para publicación el 8 de marzo de 2018
** Profesor Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (oscar_lagunes@hotmail.com) orcid.org0000-0002-1449-8431

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Metodología / 3. Conceptos fundamentales / 4. El financiamiento público / 5. Control presupuestario y patrimonio propio / 6. La elección del ombudsman poblano / 7. Proceso de intervención y desempeño institucional / 8. El cumplimiento de las recomendaciones / 8.1 Recomendación 30/2009 / 8.2 Recomendación 15/2013 / 9. Conclusión / 10. Anexo: Cuadro de análisis de recomendaciones (037/1997, 26/2008, 30/2009 y 15/2013) / 11. Referencias

1. Introducción

En este artículo se presentan los resultados obtenidos del análisis realizado sobre el desempeño de la Comisión de Derechos Humanos del Estados de Puebla (CDHEP) durante el periodo 1993-2015. En general, se exhiben las debilidades institucionales en relación con la defensa de los derechos humanos en la entidad poblana, entre las que pueden contarse la falta de autonomía institucional y la aplicación discrecional e imprecisa de los instrumentos de conclusión de quejas, que tienen como finalidad la restitución de los derechos humanos vulnerados de las víctimas, especialmente las recomendaciones.[1] Lo anterior, a causa de que no se considera el nivel de satisfacción de las víctimas como el criterio principal para la conclusión de quejas.[2] En particular, se analizan dos casos de recomendaciones emitidas por la Comisión, puesto que son el instrumento más fuerte del organismo para reparar los derechos vulnerados de las víctimas, constatándose un proceso de simulación en el cumplimiento de las recomendaciones, tanto por parte de las autoridades públicas del estado como de la propia institución defensora.

La estructura del artículo consiste en seis apartados. En el primero de ellos se abordan las perspectivas teóricas que permiten comprender el objeto de estudio de esta investigación: el desempeño institucional de la Comisión poblana. En la segunda, tercera y cuarta partes, se describe el proceso por el cual el Gobierno del Estado ejerce control político y económico sobre la

[1] No se explican en qué consisten dichos mecanismos, a excepción de las recomendaciones.
[2] Las víctimas son excluidas para la calificación del cumplimiento de las recomendaciones y del resto de instrumentos de conclusión de quejas. De acuerdo con Faz Mora, el nivel de satisfacción de las víctimas debe ser el criterio fundamental para la calificación del cumplimiento de las recomendaciones. *Cfr.* Faz Mora, Martín, *Evaluación integral de la estructura y desempeño de la Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDH) de San Luis Potosí bajo parámetros internacionales*, Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democracia, México, FLACSO-México, 2008, p. 79.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comisión, contraviniendo con ello la autonomía jurídica de este organismo público; además, se explica su proceso de intervención en relación con la defensa y promoción de los derechos humanos. En la quinta parte se analizan dos recomendaciones emitidas por la Comisión poblana, que tienen el estado de cumplidas; ambas corresponden a violaciones graves a los derechos humanos. Finalmente, se realizan las conclusiones correspondientes.

2. Metodología

La metodología que se utiliza en este artículo es cuanti-cualitativa: estadísticas de datos duros y entrevistas a profundidad a los actores involucrados en la defensa y promoción de los derechos humanos en la entidad poblana, incluyendo a algunos funcionarios de la Comisión. Además, se analizan dos recomendaciones emitidas por la Comisión poblana (30/2009 y 15/2013), que tienen el estatus de cumplidas, para comprobar nuestra hipótesis de que su cumplimiento no repara los derechos vulnerados de las víctimas. Lo anterior, a raíz de que la finalidad de las recomendaciones es la restitución de los derechos humanos vulnerados de los afectados. Los datos duros fueron obtenidos de la revisión de los informes anuales de actividades de la Comisión y a través de solicitudes de acceso a la información pública.

3. Conceptos fundamentales

Existen algunos conceptos elementales para la comprensión del desempeño institucional de la Comisión poblana, como *autonomía* y *recomendación*. De acuerdo con algunos autores, la autonomía o independencia del *Ombudsman* es central para una institución dedicada a la salvaguarda y promoción de los derechos humanos, pues asegura buenos resultados en su gestión. En efecto, dice Venegas que "lo importante de dicha independencia no es solamente el plasmarla en un ordenamiento sino que sea observada en la práctica. En suma, independencia significa que el *Ombudsman* decide por sí mismo los problemas que investigará, las acciones que practicará y las resoluciones que emitirá".[3] En este sentido, las recomendaciones deberán ser autónomas, es decir, en la elaboración de dichas resoluciones no intervendrán autoridades

[3] Venegas, Sonia, *Origen y devenir del ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, Universidad Autónoma de México, México, 1988, p. 41.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

distintas a las del organismo que las emite, como los partidos políticos u otros agentes del Gobierno.

La autonomía de los organismos defensores de derechos humanos implica que éstos no sufrirán sujeción alguna por parte de las autoridades públicas que son objeto de vigilancia;[4] por medio de ésta, las instituciones públicas logran fortalecerse y adquirir legitimidad y credibilidad social.[5] No obstante, objeta Álvarez Icaza, la eficacia y vigencia de los OPDH no se explica sólo con la autonomía de los mismos, sino también con "los procesos de ciudadanización y profesionalización, así como la transparencia en la gestión pública".[6]

Por otro parte, las recomendaciones son el instrumento más fuerte de las Comisiones Defensoras de Derechos Humanos para concluir las quejas y reparar los derechos humanos vulnerados a las víctimas por parte de las autoridades públicas del estado o de los municipios. Deberán emitirse por violaciones graves a los derechos humanos, y su finalidad es restituir a las víctimas en el goce de sus derechos vulnerados. No tienen una naturaleza coercitiva, sino moral, por lo que su desacato no puede ser jurídicamente sancionable. En este mismo orden de ideas, Lachenal y Pulido explican que "las recomendaciones constituyen una forma de denuncia pública, la más relevante de hecho, con la que se busca ejercer toda la fuerza política, jurídica y moral del *Ombudsman* para combatir la impunidad, transformar las condiciones que permitieron esas violaciones a los derechos humanos y reparar a las víctimas".[7] En esta misma línea, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (*CNDH*) afirma que "a pesar de que las resoluciones no son obligatorias como las de los jueces, tienen una eficacia comprobada, dada su autoridad moral y la publicación de sus recomendaciones, de tal forma que la opinión pública ejerce presión para que éstas se cumplan".[8]

---

[4] *Cfr.* Lagunes López, Oscar Nicasio y Noriega Esparza, Guillermo, "Diagnóstico al desempeño de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora, 1992-2012", *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2016, p. 73.

[5] *Cfr.* Álvarez Icaza Longoria, Emilio, "Situación de los Organismos Públicos de Derechos Humanos de las entidades federativas", en Ibáñez Aguirre, José Antonio y Salcedo González, Sandra (Coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, Universidad Iberoamericana, México, 2013, p. 76.

[6] *Ibídem.*

[7] Lachenal, Cécile y Pulido, Miguel, "Un grito en el desierto. Notas sobre el (mal) uso del lenguaje institucional de la CNDH, a la luz de algunas de sus recomendaciones", en Ibáñez Gutiérrez, José Antonio y Salcedo González, Sandra (Coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, Universidad Iberoamericana, México, 2013, p. 22.

[8] CNDH, *Manual de Derechos Humanos: conceptos elementales y consejos prácticos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Cadenas Humanas, México, 2003, p. 38.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4. El financiamiento público

Antes de analizar el presupuesto de la Comisión poblana, es importante indicar que el sistema Ombudsman mexicano es el más caro del mundo.[9] Sin embargo, el presupuesto que se destina al sistema de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en México no se ha traducido en el óptimo desempeño de estos organismos.[10]

En relación a la autonomía financiera de las Comisiones de Derechos Humanos, existen trabajos que han probado empíricamente el control presupuestal al que están sometidas algunas de ellas, lo que limita sustancialmente su actuación.[11] Este control tampoco es ajeno a la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla ni al resto de las Comisiones, puesto que la ley de este organismo deja abierta esa posibilidad al establecer que el presidente de la Comisión tiene la atribución de "elaborar el proyecto de presupuesto anual de egresos de la Comisión, presentarlo al Consejo Consultivo para su aprobación y remitirlo al Ejecutivo del Estado, para su *inclusión* en el presupuesto de egresos de la Entidad".[12]

Esta deficiencia debe subsanarse y adecuarse a la normatividad internacional, como está establecido en el artículo 72 de la Convención Americana de Derechos Humanos para el caso de la Corte Internacional de Derechos Humanos: "... la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá *introducirle modificaciones*".[13] También *Los Principios de París* establecen este mismo principio al afirmar en relación con las Comisiones que:

---

[9] *Cfr.* Yáñez Velasco, David, "El sistema ombudsman más caro del mundo... ¿y el más ineficiente?" *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXII, núm. 63, mayo-agosto, 2015, pp. 194 y 214.

[10] *Cfr.* Mayer-Serra, Carlos Elizondo y Magaloni Kerpel, Ana L., *Nuestros caros defensores de los derechos humanos: el caso de la Comisión Nacional de Derechos humanos*, CIDE, México, 2010, pp. 8-15.

[11] Lagunes López, Oscar Nicasio y Poom Medina, Juan, "La negociación política de las recomendaciones. El caso de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora, 1992-2012", *Región y Sociedad*, número especial 5, 2017, pp. 156-159.

[12] Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Artículo 15, Fracción X [las cursivas son nuestras]. Reforma publicada en el *Periódico Oficial*, 19 de mayo de 2014 [Consulta: 23/03/2017]. Disponible en: http://atlixco.gob.mx/atlixco/transparencia/2014/marconormativo/LeydelaComisiónDeDerechosHumanosdelEstadodePuebla.pdf. En junio del 2017 se encontró que las únicas excepciones en establecer un candado a la injerencia del Ejecutivo y/o Congreso en el presupuesto de la Comisión son las leyes fundacionales de las Comisiones del Estado de México (Artículo 11), Campeche (Artículo 65), Veracruz (Artículo 24) y Yucatán (Artículo 5).

[13] CoIDH, *Informe anual 2012*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos humanos, 2012, p. 93. [Consulta: 07/04/2017]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf. Las cursivas son nuestras.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> la institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de créditos suficientes. Esos créditos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y *locales propios*, *a fin de lograr la autonomía respecto del Estado y no estar sujeta a controles financieros* que podrían limitar su independencia.[14]

5. Control presupuestario y patrimonio propio

El presupuesto y el patrimonio propios, como se establece en el artículo 142 de la Constitución Política del Estado de Puebla y en el artículo 2 de la Ley de la Comisión, son elementos importantes que el Legislativo ha establecido para que la Comisión pueda cumplir con sus funciones. Es más, pueden servir de indicador para medir la relevancia que tienen los derechos humanos para el Gobierno estatal y el grado de autonomía de la institución encargada de promoverlos y defenderlos. Por estas razones, es necesario revisar si la Comisión poblana cuenta con patrimonio propio y la evolución de su presupuesto a lo largo de sus 23 años de labores. En este sentido, cabe resaltar que el edificio que actualmente alberga al Organismo Defensor Local, conocido como Casa Agustín Arrieta (calle 5 poniente, 339, centro de Puebla), fue prestado por el Gobierno del Estado el 11 de mayo de 2012, en el cual comenzarían una nueva etapa a partir del 1 de enero de 2013.[15]

Lo anterior pone en evidencia que la Comisión no cuenta con un inmueble propio para su funcionamiento, como lo establece el mandato legal que la constituye, lo cual merma su autonomía al depender del Gobierno, no sólo porque éste último puede intervenir, de hecho lo hace, reduciendo el monto del presupuesto de egresos que anualmente el organismo defensor solicita al Ejecutivo estatal, sino también porque en cualquier momento puede exigir la devolución del inmueble en el que está alojada la institución.[16] El problema ha

---

[14] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios de París o Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, París, ONU, 1991, Apartado B, núm. 2. [Consulta: 01/08/2017]. Disponible en http://hrlibrary.umn.edu/instree/Sparisprinciples.pdf. Las cursivas son nuestras. El control que ejercen los partidos políticos y los gobernadores locales sobre las Comisiones de Derechos humanos del país ha sido suficientemente documentado. *Cfr.* Lachenal, Cécile, Martínez, Juan Carlos y Moguel, Miguel, *Los Organismos Públicos de Derechos Humanos en México. Nuevas instituciones, viejas prácticas*, Fundar, México, 2009, p. 25.

[15] *Cfr.* CDHEP, *Informe anual de actividades 2012*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2013, p. 61. Anteriormente la Comisión poblana rentaba otro edificio.

[16] En el año 2015, el Congreso del Estado de Puebla aprobó a la CDHEP un presupuesto de $21,034,470.00. Sin embargo, este monto fue reducido en $5,430,770.62, por lo que el organismo sólo obtuvo para este año un presupuesto

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sido tan evidente que en el informe 1999-2000 emitido por la Comisión poblana se hacían observaciones importantes en relación con la indisposición del Congreso local para reformar la ley de la Comisión y reconocer su autonomía.[17]

Por otro lado, la Comisión poblana es la que menos porcentaje recibe del Presupuesto de Egresos del Gobierno del Estado (0.03%) en comparación con el porcentaje del presupuesto asignado al resto de las Comisiones Estatales de Derechos Humanos del país.[18] De hecho, su presupuesto anual ha sido fuertemente recortado, ya que el porcentaje que recibe del presupuesto del Gobierno estatal ha experimentado una reducción constante a lo largo del periodo analizado. La *CDHEP* ha recibido durante el periodo 1993-2015 un promedio anual del 0.11% del presupuesto del Gobierno estatal. En 1994 recibió el 0.19%, pero en los últimos seis años de gestión, 2010-2015, se le asignó el 0.03% de ese presupuesto.[19] Esto demanda que se haga una adecuación al artículo 15, fracción X, de la ley de la Comisión poblana, para impedir que el Ejecutivo o el Congreso realicen recortes presupuestales y le otorguen cada vez menos porcentaje del presupuesto estatal. Además de incorporar esta restricción, dicho artículo deberá indicar que el presupuesto que se le autorice a la Comisión no será menor al asignado en el año inmediato anterior ni tampoco inferior al 0.11% del presupuesto anual del estado. De esta manera, los dos poderes señalados sólo podrían incrementar el presupuesto del organismo pero no reducirlo. Lo anterior es importante puesto que "una instancia que vea condicionada su supervivencia económica a cierto tipo de comportamientos ante quienes le asignan los recursos autorrestringirá su crítica en aras de su supervivencia, lo que le impedirá actuar para prevenir y sancionar

---

de $15,603,699.38, es decir, 25.82% menos del original. La Comisión aduce que este recorte en su financiamiento se debió a "la situación económica que atravesaron el país y el estado durante el año 2015, a consecuencia de la caída de los precios del petróleo; entre otros aspectos, provocó que el subsidio para el ejercicio fiscal 2015 que recibió la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla sufriera un recorte". CDHEP, *Informe anual de actividades 2015*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2016, p. 89.

[17] *Cfr.* CDHEP, *VII informe anual de actividades 1999-2000*, Comisión Estatal de Defensa de los Derechos Humanos, Puebla, 2000, pp. 15-16. Esta postura crítica del Ombudsman poblano, Jaime Juárez Hernández, se volvería a repetir en el último informe de su gestión 2000-2001. Posteriormente ya no se encontraría en ningún otro documento del organismo, a pesar del evidente control a la que está sujeta la institución.

[18] Este dato se obtuvo al analizar los porcentajes del presupuesto de egresos de los gobiernos estatales destinados a los OPDH durante los años 2012, 2015 y 2016.

[19] *Cfr.* Lagunes López, Oscar Nicasio, "La simulación en el cumplimiento de las recomendaciones. El caso de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, México, 1993-2015", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. XXVIII, núm. 1, 2017, pp. 152-153 [Consulta: 15 de diciembre de 2017]. Disponible en: http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/9679/11842.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las violaciones a derechos humanos, así como para promover y difundir una cultura de los derechos humanos".[20]

6. La elección del ombudsman poblano

Hasta hace poco, los presidentes de las Comisiones de Derechos Humanos eran elegidos por el Ejecutivo del estado, por medio de una terna de candidatos que éste proponía al Congreso.[21] Las reformas a la Constitución y a las legislaciones de estos organismos aún no logran democratizar el proceso de elección de los Ombudsman en México, pues no porque éste sea electo por el Congreso se evitará que los partidos políticos de mayoría y el Ejecutivo sigan controlando su designación. En el caso de Puebla, la ley de la Comisión deja abierta la posibilidad de que ex servidores públicos puedan ocupar el cargo de Ombudsman, pues no prohíbe que al término de su gestión ocupen dicho puesto.[22]

En el caso de la Comisión poblana, algunos de sus expresidentes han sido designados por el titular del Ejecutivo del estado como magistrados presidentes del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Puebla. Éste fue el caso de León Dumit Espinal, quien estuvo al frente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Puebla, antes y después de su gestión como presidente de la Comisión. Otro caso fue el de Jorge Ramón Morales Díaz, ex Ombudsman local, quien fue presentado en la terna para magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado y electo por el pleno del Congreso el 15 de julio de 2011.[23] Anteriormente se desempeñó en diferentes cargos dentro del Poder Judicial del estado; el 15 de mayo de 1993 fue nombrado juez propietario adscrito al Juzgado Séptimo Penal del municipio de Puebla, el 1 de agosto de 2007 reanudó actividades en el Juzgado de lo Civil y de lo Penal del distrito judicial de Chalchicomula de Sesma, y el 3 de agosto de 2008 se cambió al Juzgado Sexto Penal en Puebla.[24]

---

[20] Lachenal, Cécile, Martínez, Juan C. y Moguel, Miguel, *op. cit.*, p. 47.
[21] A partir del 20 de marzo de 2015, el cargo del Ombudsman guerrerense dejó de ser vitalicio. A la fecha, 24 de febrero de 2017, Guanajuato es el único caso de intervención del Ejecutivo estatal en la designación del Ombudsman local (Artículo 12 de la Ley de la Comisión). De acuerdo con un estudio reciente, hasta el año 2013 los presidentes de las comisiones de Guerrero, Hidalgo, Tabasco y Tamaulipas eran propuestos por el Titular del Ejecutivo local, *Cfr.* Álvarez Icaza Longoria, Emilio, *op. cit.*, en José Antonio Ibáñez Gutiérrez y Sandra Salcedo González (Coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, Universidad Iberoamericana, México, 2013, p. 79.
[22] *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., Artículo 10.
[23] Congreso del Estado de Puebla, Segundo periodo Ordinario de Sesiones, versión estenográfica, viernes 15 de julio de 2011.
[24] Shanik, David, "Jorge Ramón Díaz nuevo magistrado del TSJ Puebla", *Puebla Online*, 15 de julio de 2011. [Consulta: 22/02/2017]. Disponible en http://www.pueblaonline.com.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=15194:jo

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En toda su historia, la *CDHEP* ha tenido seis presidentes: León Dumit Espinal (28/07/1993-27/07/1996), Jaime Juárez Hernández (primer periodo: 28/07/1996-27/07/1999; segundo periodo: 28/07/1999-27/07/2002), Jorge Ramón Morales Díaz (28/07/2002-27/07/2005), José Manuel Cándido Flores Mendoza (28/07/2005-27/07/2008), Marcia Maritza Bullen Navarro (28/07/2008-27/07/2011) y Adolfo López Badillo (primer periodo: 28/07/2011-27/07/2014; segundo periodo: 28/07/2014-27/07/2019).[25] Originalmente se estipulaba que el Ombudsman poblano durara en el cargo tres años,[26] pero la reforma a la ley de la Comisión, publicada el 19 de mayo de 2014, amplió a cinco años el periodo de gestión de los presidentes del organismo. La ratificación de su titular está contemplada en su normatividad y se ha aplicado en un par de ocasiones.[27]

Previo a la reforma de la ley de la Comisión publicada en el *Diario Oficial* el 24 de marzo del 2000, el Ejecutivo del estado enviaba al Congreso una terna de candidatos a presidentes de la Comisión;[28] a partir de la reforma en comento, dicha designación pasó al Legislativo local.[29] En cuanto al Consejo consultivo, la elección de este cuerpo colegiado integrado por cinco ciudadanos "de reconocido prestigio en la sociedad [...] con conocimiento en materia de derechos humanos" corresponde al Congreso del Estado.[30] El artículo 10 de la ley de la Comisión deja abierta la posibilidad de que funcionarios del Gobierno participen en su conformación: "... cuando menos, tres de éstos no deberán desempeñar cargo o comisión como servidores públicos, durante el tiempo de su gestión". Sin embargo, la intervención del gobernador en la elección del titular de la Comisión y de los consejeros ha continuado a pesar de la reforma, pues estos no han surgido de las organizaciones de la sociedad civil organizada, sino que han sido personas afines al Ejecutivo estatal, lo

---

rgeramónd%C3%ADaz-nuevo-magistrado-del-tribunal-superior-de-justicia-de-puebla&tItemid=127.

[25] *Cfr.* Respuesta a solicitud de información pública por sistema Infomex Puebla, con número de folio 00701016, del 19 diciembre de 2017.

[26] *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Ley que crea la Comisión..., Artículo 11. Publicada en el *Periódico Oficial*, tomo CCXLVII, núm. 49, segunda sección, del 18 de diciembre de 1992 [Consulta: 28/07/2017]. Disponible en http://transparencia.cdhpuebla.org.mx/index.php/articulo-11/4-articulo-i; Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, artículo 2.

[27] *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, artículo 8, fracción IV. En toda la historia de la CDHEP, sólo han sido reelectos para un segundo periodo al frente del organismo Jaime Juárez Hernández y Adolfo López Badillo.

[28] *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Ley que crea la Comisión..., artículo 10.

[29] *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., artículo 8. La ley de la Comisión ha sido reformada cuatro veces: 24/03/2000, 11/09/2006, 14/01/2009 y 19/05/2014.

[30] *Ibídem*, artículo 10.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que implica que la Comisión no sea realmente independiente del gobierno ni autónoma.[31]

7. Proceso de intervención y desempeño institucional

La Comisión Estatal de Defensa de los Derechos Humanos fue creada el 18 de diciembre de 1992, pero el 28 de febrero de 2014 fue modificada su denominación a Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla.[32] En el artículo 2 de la ley de la Comisión se le constituye como "un organismo público *autónomo*, con personalidad jurídica y *patrimonio propios*. Estará dotado de *autonomía* operativa, *de gestión*, decisión y *presupuestaria*; tiene como *objeto* la *protección*, respeto, vigilancia, prevención, observancia, *promoción*, *defensa*, *estudio* y *divulgación de los derechos humanos*, según lo previsto por el orden jurídico mexicano".[33] Esta ley también establece cuál es la competencia de la institución defensora: recibir y tramitar quejas de parte o de oficio por presuntas violaciones a los derechos humanos ("por actos u omisiones"), cometidas por las autoridades públicas del estado[34] y de los municipios, a excepción de las del Poder Judicial.[35] La legislación vigente también limita al organismo para conocer de actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, resoluciones de carácter jurisdiccional y para ser consultada sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales.[36] Es importante resaltar que el reglamento interno de la Comisión la considera como un órgano de la sociedad y defensora de ésta.[37] Por otra parte, la ley de la Comisión de 1992 considera

[31] Entrevista a Rubén Alberto Curiel Tejeda, coordinador de la Maestría en Derechos Humanos, de la Universidad Iberoamericana, Puebla, 22 de febrero de 2017.
[32] Congreso del Estado de Puebla, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, Artículo 142. Reforma publicada en el *Periódico Oficial*, Tomo CDXXXV, No. 11, Séptima Sección, del 25 de julio de 2011. [Consulta: 28/07/2017]. Disponible en http://www.cdhpuebla.org.mx/transparencia/images/fraccionI/Periodico_Oficial_Estado_AutonomiaCDHEP.pdf; Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., Artículo 2. Congreso del Estado de Puebla, Ley que crea la Comisión..., Artículo 2.
[33] Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., Artículo 2. Las cursivas son nuestras.
[34] *Ibidem*, Artículos 4 y 13.
[35] Congreso del Estado de Puebla, Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Artículo 11. *Periódico Oficial*, Tomo CDLXVI, Número 11, Segunda Sección, "Cuatro Veces Heroica Puebla de Zaragoza", viernes 28 de febrero de 2014. [Consulta: 02/02/2017]. Disponible en http://transparencia.cdhpuebla.org.mx/index.php/articulo-11/4-articulo-i.
[36] Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., Artículo 14. Otros ámbitos de incompetencia del organismos defensor están señalados en el artículo 105, fraccs. I-XI del reglamento interno.
[37] Congreso del Estado de Puebla, reglamento interno de la Comisión..., artículo 3, reforma del 28 de febrero de 2014.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que "la autoridad moral de la institución [...] es por sí misma el fundamento de su propia eficacia".[38]

El reglamento interno de la Comisión poblana hace explícito que las violaciones graves a los derechos humanos son aquellas acciones u omisiones en las que se atenta contra "la vida [...] la integridad física o psíquica u otras que se consideren especialmente graves por el número de afectados o sus posibles consecuencias".[39] Aunque el reglamento interno y la ley de la Comisión no especifican que las recomendaciones deberán ser emitidas por violaciones graves a los derechos humanos, sino sólo por "violaciones a los derechos humanos",[40] la práctica común de la Comisión es emitirlas también por casos de violaciones graves a los derechos humanos ya mencionadas. En el caso de la conclusión de los expedientes de quejas por otros mecanismos como la conciliación, por ejemplo, la normatividad que rige la Comisión sí aclara que estos se aplicarán cuando no se trate de casos graves de violaciones a los derechos humanos.[41]

De acuerdo con el reglamento interno de la Comisión, artículo 104, las causas de conclusión de quejas son por a) incompetencia de la Comisión para conocer de la queja, b) orientación al no tratarse de una violación a los derechos humanos, c) desistimiento expreso del quejoso, d) falta de interés del quejoso en que continúe el proceso, e) acuerdo de acumulación de expedientes, f) solución por conciliación o durante el trámite, g) por quedarse la queja sin materia, h) recomendación, i) documento de no responsabilidad y por otros más contenidos en este ordenamiento.

La Comisión deberá "*procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades* señaladas como responsables, así como la *inmediata solución*

---

[38] Congreso del Estado de Puebla, Ley que Crea la Comisión Estatal de Defensa de los Derechos Humanos, Considerando.

[39] Congreso del Estado de Puebla, Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, artículo 97.

[40] Cfr. *Ibíd*., artículo 108; Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., artículos 44 y 46. Los estudios de Emilio Álvarez Icaza Longoria dejan en claro que las recomendaciones no sólo se emiten por violaciones graves a los derechos humanos. *Cfr. Para entender los derechos humanos en México,* Nostra, México, 2009, p. 68; *Idem*, "Situación de los Organismos Públicos de Derechos Humanos de las Entidades Federativas", en Ibáñez Aguirre, José Antonio y Salcedo González, Sandra (Coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, Universidad Iberoamericana, México, 2013, p. 102.

[41] Congreso del Estado de Puebla, Reglamento interno..., artículo 97. Los expedientes de quejas que se concluyen por otros mecanismos de conclusión de quejas, tales como los acuerdos de no responsabilidad y la resolución durante el trámite, deberán aplicarse para casos de violaciones no graves a los derechos humanos, aunque la normatividad que rige a la Comisión poblana no lo explicita claramente.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> *del conflicto planteado*, cuando la naturaleza del caso lo permita";[42] también podrá concluir las quejas por "acuerdos de trámite", con la finalidad de que las autoridades públicas comparezcan y aporten la información requerida.[43] "La recomendación será pública y autónoma",[44] pero no será obligatoria para las autoridades receptoras, que tendrán quince días para aceptarla y otros quince días para darle cumplimiento. Este "plazo podrá ser ampliado a criterio de la Comisión".[45] Las autoridades que no cumplan las recomendaciones "se harán del conocimiento de la opinión pública".[46] La ley de la Comisión indica expresamente que en la recomendación "se deberán señalar las *medidas necesarias* para una *efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales*, y en su caso, para la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado".[47]

En todo el periodo de estudio, la *CDHEP* recibió un total de 203 562 solicitudes de intervención, pero sólo 16.79% (34 182) calificó como quejas, es decir, como presuntas violaciones a los derechos humanos. De las quejas recibidas, 36.04% (12 320) se concluyó mediante el procedimiento, 14.50% por no violación a los derechos humanos, 12.71% por falta de interés del quejoso, 7.91% por desistimiento expreso, 3.32% (1 135) por recomendaciones, 0.46% mediante conciliación y 0.17% por acuerdo de no responsabilidad. Hasta el 31 de diciembre de 2016 se había cumplido 96.83% de las recomendaciones emitidas. Con estos instrumentos de conclusión de quejas, la Comisión informó haber dado conclusión a 96.5% de los expedientes de quejas.[48] Los datos analizados ponen de manifiesto que el mecanismo favorito del organismo defensor para concluir las quejas es la resolución durante el procedimiento, con más de un tercio de quejas resueltas mediante este instrumento, y no la conciliación, como lo establece la institución en su legislación.[49]

---

[42] Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., artículo 13. *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Reglamento Interno..., artículo 39, fracc. VII. Las cursivas son nuestras.
[43] Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., artículo 43.
[44] *Ibidem.*
[45] *Ibíd.*
[46] *Ibíd.*, artículo 47.
[47] Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., artículo 44. Las cursivas son nuestras.
[48] *Cfr.* Respuesta de la CDHEP a solicitud de información pública con número de folio infomex 00700616, del 19 de diciembre de 2016; Solicitud de Información pública núm. de folio Infomex 00093517, respuesta de la CDHEP con Oficio No. CDH/DPIT/029/2017, del 7 de marzo de 2017; solicitud de Información pública núm. de folio Infomex 00093617, respuesta de la CDHEP con Oficio No.: CDH/DPIT/035/2017, del 7 de marzo de 2017.
[49] Tanto la Ley de la Comisión como el Reglamento Interno indican que la Comisión deberá "*procurar la conciliación entre los quejosos*", como mecanismo de conclusión de quejas, *Cfr.* Congreso del Estado de Puebla, Ley de la Comisión..., Artículo 13; *Ídem*, Reglamento Interno..., Artículo 39, Fracc. VII.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A pesar de haberse detectado presuntas violaciones a los derechos humanos como consta por la emisión de quejas, llama la atención que sólo un pequeño porcentaje se concluyó por la emisión de recomendaciones. Esto significa, en particular, que la Comisión detecta muy pocos casos de violaciones graves a los derechos humanos, lo cual es cuestionable. Por otro lado, la resolución durante el procedimiento o durante el trámite es un mecanismo ambiguo que podría esconder el rechazo de quejas por presunta violación a los derechos humanos, como lo ha reconocido Marcia Maritza Bullen Navarro, ex Ombudsman de la Comisión poblana.[50] Algo similar sucede entre las solicitudes de intervención y las quejas, pues mientras el número de las primeras ha ido creciendo cada año, el porcentaje del número de las segundas ha ido en franco descenso.[51]

En relación con las quejas recibidas por año, el porcentaje de recomendaciones emitidas ha mostrado en el tiempo una tendencia descendente (figura 2), a pesar de que el número de quejas recibidas presenta una tendencia incremental en el periodo analizado (figura 1). En 1993, la Comisión recibió sólo 239 quejas y en 1994, 488 expedientes de quejas. Los años en que más quejas ha recibido el organismo fueron: 2004, con 2 927; 2005, con 2 595; y 2006, con 2 253 quejas. En 2015, el organismo apenas logró abrir 1 435 expedientes de quejas, lo cual significa un descenso de poco más de la mitad de quejas en relación al 2004, año en que se abrieron más expedientes de todo el periodo. En cuanto a las recomendaciones, el porcentaje más alto de quejas que se resolvieron mediante este mecanismo tuvo lugar en 1994, con 7.99% de las quejas (39 recomendaciones) recibidas; el segundo lugar fue en 1998, con 6.73% (50 recomendaciones). En cambio, 2012 fue el año con el menor porcentaje de quejas (1.44%) resueltas vía recomendación (26 recomendaciones).

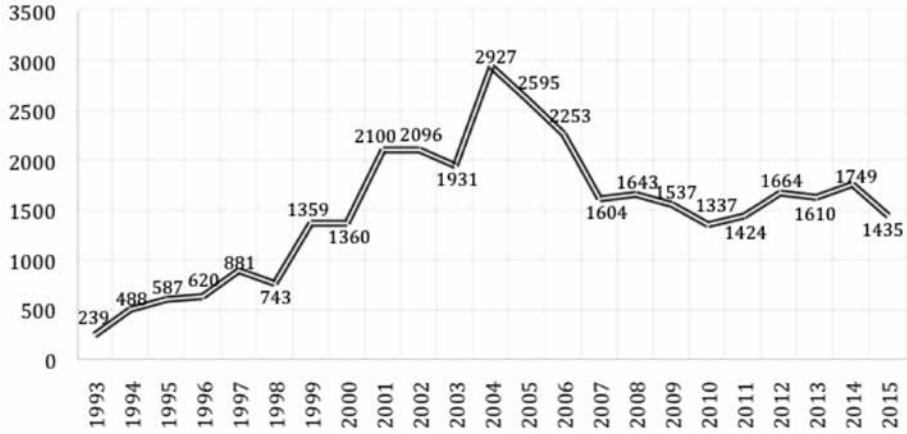
[50] *Cfr.* Entrevista a Marcia Maritza Bullen Navarro, ex Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, periodo 2008-2011, 8 de marzo de 2017.
[51] *Cfr.* Respuesta a solicitud de información pública infomex folio núm. 00700816 del 19 de diciembre de 2016; Respuesta a solicitud de información pública infomex folio núm. 00700916 del 19 de diciembre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Figura 1.

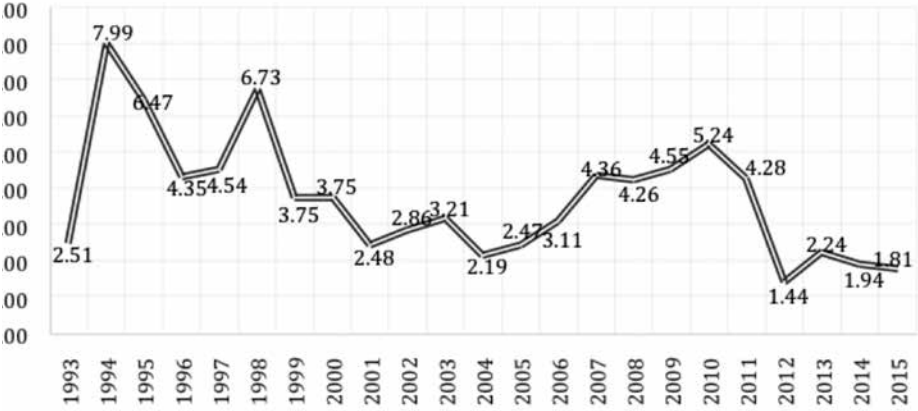
Número de quejas recibidas 1993-2015.



Fuente: Elaboración propia con base en la respuesta de solicitud de información pública.[52]

Figura 2.

Porcentaje de recomendaciones emitidas 1993-2015.



Fuente: Elaboración propia con base en la respuesta de solicitud de información pública.[53]

[52] Respuesta a solicitud de información pública Infomex, folio 00700816, del 19 de diciembre de 2016.
[53] Respuesta a solicitud de información pública Infomex, folio 00700016, del 19 de diciembre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En general, se puede observar un descenso en el tiempo del porcentaje de quejas que se concluyen mediante la emisión de una recomendación. Esto implica que a lo largo del periodo existe un aumento importante del número de presuntas violaciones a los derechos humanos o quejas (figura 1), a la vez que un decremento en el número de casos graves de violaciones a los derechos humanos o recomendaciones (figura 2). Lo esperado, como consecuencia lógica, es que al incrementarse el número de quejas también aumente el porcentje de número de recomendaciones emitidas en relación con las quejas. En entrevista, un funcionario de la Comisión adujo que "existen muchos casos en que se emitieron recomendaciones por casos no graves de derechos humanos".[54] De esta manera, la recomendación se trivializó y perdió fuerza como un instrumento eficaz para legitimar el trabajo del organismo. Esto ha conducido, de acuerdo con su dicho, a la reducción del número de recomendaciones que actualmente se emiten.

En cuanto a los derechos humanos presuntamente más violados en las quejas y en las recomendaciones, cabe decir que los informes del periodo 1993-2011 hablan de "hechos violatorios a los derechos humanos" señalados en las quejas recibidas, mientras que los informes del periodo 2012-2015 emplean la categoría "derechos humanos presuntamente vulnerados", lo cual conlleva que en ambos casos se empleen categorías de clasificación de violaciones distintas, puesto que no es lo mismo hablar de casos concretos de violaciones a los derechos humanos que hacerlo en términos abstractos.[55] En los informes del primer periodo, los hechos violatorios a los derechos humanos señalados en las recomendaciones fueron la privación a la libertad personal (462 casos), maltrato, lesiones y golpes (187 casos), cobro indebido (117 casos), incumplimiento de un deber (114 casos), no acceso al servicio público (106 casos), afectación de un inmueble (87 casos), malos tratos (80 casos) y la negación al derecho de petición (60 casos).[56] En cambio, los informes del

[54] Anónimo, entrevista con un funcionario de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, 11 de enero de 2017. Ejemplo de esto es la recomendación 19/97, que se refiere a la afectación a la construcción y propiedad del quejoso por parte del Ayuntamiento de Puebla, a raíz de la construcción del Circuito Interior. Tanto la ley que crea a la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Puebla como el Reglamento, ambos reglamentos vigentes, no explicitan que las recomendaciones deberán emitirse por casos graves de violación a los derechos humanos, pero de manera implícita se da por entendido, ya que el artículo 97 de ley de la Comisión poblana sí dice que el instrumento de la conciliación será empleado cuando se trate de violaciones no graves a dichos derechos.

[55] *Cfr.* CDHEP, *Informe anual de actividades 2012*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2013, pp. 40 y 44; *Informe anual de actividades 2013...*, pp. 48 y 67; *Informe anual de actividades 2014...*, pp. 44 y 72; *Informe anual de actividades 2015...*, pp. 52-53 y 79. El problema aquí es que el uso impreciso y ambiguo de los conceptos, lo que implica confusión para los lectores de los informes y para quienes revisan y sistematizan los datos.

[56] *Cfr.* CDHEP, *Informe anual de actividades septiembre 2010-agosto 2011 y anexo septiembre-diciembre 2011*, Co-

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

segundo periodo evidencian que la vulneración a la seguridad jurídica fue la principal violación a los derechos humanos en las recomendaciones emitidas. En este mismo orden, le siguen la legalidad, la integridad y seguridad personal, la libertad, trato digno, la vida, la igualdad, la accesibilidad, la conservación del medio ambiente y no discriminación, el derecho de petición, la propiedad o posesión, el agua, la libertad de expresión, el trabajo y la protección de la salud.[57] Además, en los informes 2012-2015 aparece un total de 525 casos de violaciones en las recomendaciones clasificadas por la Comisión como "otros hechos violatorios",[58] lo que oculta la materia de las violaciones cometidas por las autoridades públicas y si éstas constituyen violaciones graves a los derechos humanos.

Por otro lado, en ningún informe del periodo 1993-2015 se presentan enlistadas en una gráfica las autoridades que fueron señaladas en las recomendaciones como las que más violaron los derechos humanos. Sin embargo, al revisarse los informes de actividades de la Comisión se encontró que las autoridades que presuntamente más violaron derechos humanos en las quejas fueron las policías municipales, la Policía Ministerial, el Ministerio Público, la Dirección General de los Centros de Rehabilitación Social y la Secretaría de Educación.[59]

8. El cumplimiento de las recomendaciones

Se analizan a continuación dos recomendaciones (30/2009 y 15/2013) que tienen el estatus de cumplidas por las autoridades públicas municipales del estado de Puebla,[60] las cuales se caracterizan por ser dos casos emblemáticos de violaciones graves a los derechos humanos. Al respecto, cabe decir

misión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2012, p. 141.

[57] *Cfr.* Informes anuales de actividades 2012, p. 44; 2013, p. 67; 2014, p. 72; 2015, p. 79. Una recomendación puede involucrar más de una violación a los derechos humanos.

[58] *Cfr.* CDHEP, *Informe anual de actividades septiembre 2010-agosto 2011 y anexo septiembre-diciembre 2011*, *op. cit.*, p. 141.

[59] *Cfr.* CDHEP, *Informe anual de actividades septiembre 2010-agosto 2011 y anexo septiembre-diciembre 2011*, p. 140; *Informe anual de actividades 2013*, p. 138.

[60] En este trabajo sólo se tomó una muestra de dos recomendaciones sobre violaciones graves a los derechos humanos, a partir del hecho de que las recomendaciones emitidas por la Comisión poblana tienen la misma estructura y el mismo proceso de simulación en torno a la calificación de su cumplimiento. En realidad, las recomendaciones no restituyen los derechos vulnerados de las víctimas (véase el anexo en la sección X de este artículo), que es la finalidad principal de este instrumento de conclusión de quejas. *Cfr.* Lagunes López, Oscar Nicasio, *op. cit.*, pp. 161-162. En este mismo texto (*Ibid.*, pp. 163-167) el autor también analiza las recomendaciones (037/97 y 26/2008) emitidas por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla obteniéndose los mismos resultados en relación con su cumplimiento.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que la descripción del cumplimiento de las recomendaciones no se encuentra en ningún informe de actividades de la Comisión ni tampoco en su página electrónica, sino sólo el estatus entorno a su cumplimiento. Ello se debe, por un lado, a que el marco normativo del organismo no hace obligatoria la descripción del cumplimiento de las recomendaciones y, por el otro, al proceso de simulación política del cumplimiento de las recomendaciones. Lo anterior constituye una grave omisión, puesto que el cumplimiento real de las recomendaciones es el corazón y la razón de ser de este mecanismo de conclusión de quejas, el cual tiene por finalidad la restitución de los derechos vulnerados a las víctimas.

8.1 Recomendación 30/2009

Estatus actual: cumplida. Recomendación dirigida al presidente municipal de Acatlán de Osorio, Puebla. Derechos violados: abuso de autoridad, violación al principio de legalidad y seguridad jurídica y la vida. Fecha de emisión de la recomendación: 29 de mayo de 2009. Queja iniciada de oficio el 14 de octubre de 2008, por una nota informativa publicada en esta misma fecha en el periódico digital *La Primera de Puebla*, referente al asesinato de un joven de 14 años, de nombre Emmanuel Román Reyes, por policías de la región de Acatlán. De acuerdo con esta nota periodística, un grupo de jóvenes fue interceptado por elementos de la policía municipal de Acatlán de Osorio, la madruga del domingo después de salir de un baile público en el Rancho Sandía, ubicado en la población de Nuevos Horizontes, del municipio de Acatlán de Osorio. El agente Dimas Pérez Morales accionó accidentalmente su escopeta de cargo hiriendo por la espalda a Emmanuel, por lo que procedieron a trasladarlo al hospital general de aquel municipio, donde perdió la vida el día martes. Entre los agentes también se encontraban Alejandro Avilés Martínez, Víctor Manuel Moran Guzmán y el comandante Armando de Silvio Serna Noriega, que fueron identificados por los agraviados. Después de hacerles una revisión de rutina, los policías ordenaron que se retiraran del lugar si es que no querían ser detenidos también.[61]

Como resultado de la averiguación previa por el delito cometido en contra del joven que perdió la vida, se inició procedimiento penal en contra del agente Dimas por probable homicidio calificado de quien en vida llevara el

[61] *Cfr.* CDHEP, *XVI Informe Anual de Actividades*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2009, p. 134.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nombre de Emmanuel Román Reyes. Al confirmarse el delito de homicidio calificado, se le decretó al agente el auto de formal prisión o preventiva el 18 de octubre de 2008.[62] Por otro lado, la Comisión encontró que los policías, particularmente el agente Dimas, cometieron abuso de autoridad, violación del principio de legalidad y seguridad jurídica, toda vez que hicieron uso de la fuerza más allá de la legalidad, se detuvo a los agraviados sin una orden de detención, como lo señala la Constitución, y se vulneró "el bien jurídicamente tutelado y que en la especie es la vida".[63]

El policía inculpado adujo en su declaración ministerial que "para ser policía municipal no recibió curso de capacitación alguno".[64] Esta afirmación, a criterio de la Comisión, pone en evidencia que algunos elementos policiacos no cuentan con la capacitación y la formación básica necesaria que requiere el cargo para velar por la seguridad pública y cumplir sus funciones en estricto apego a la legalidad, salvaguardando siempre los derechos humanos de los ciudadanos. El organismo realizó dos recomendaciones al edil de Acatlán de Osorio. La primera, que "emita una circular al Director de Seguridad Pública y Tránsito Municipal de Acatlán de Osorio Puebla, a efecto de que instruya a los servidores públicos a su cargo, para que sujeten su actuar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las leyes que de ella emanan". La segunda, que se den cursos para capacitar a los elementos policiacos de su municipio, para que empleen de manera adecuada sus armas de cargo, "preserven la vida e integridad de las personas y les permitan el libre ejercicio de sus derechos".[65] Descripción del cumplimiento:

> 1. La autoridad responsable emitió la circular número MAP.07-09 al director de Seguridad Pública y Tránsito Municipal de Acatlán de Osorio, Puebla, a efecto de que sujetara su actuar a los lineamientos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respetando la misma y las leyes que de ella emanen. / 2. El director de Seguridad Pública y Tránsito Municipal de Acatlán de Osorio, Puebla, mediante escrito de fecha 13 de julio de 2009, solicitó al Instructor del Consejo de Seguridad Pública del Estado de Puebla, su apoyo para capacitar a los elementos de la policía a su cargo,

[62] Recomendación Número 30/2009, Expediente: 10243/2008-I, p. 23 [Consulta: 01/02/2017]. Disponible en: http://www.cdhpuebla.org.mx/pdf/Rec/09/30-2009.pdf.
[63] *Ibid.*, p. 28.
[64] *Ibid.*, p. 29.
[65] *Ibid.*, p. 30.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> capacitación que daría inicio en esa misma fecha, con una duración de cuatro semanas y una asistencia de 17 elementos de la Policía Municipal de Acatlán de Osorio, Puebla.[66]

En cuanto a la descripción del cumplimiento de las dos recomendaciones sugeridas por la Comisión, las autoridades responsables dan cuenta de que fueron acatadas. Sin embargo, dichas recomendaciones buscan la prevención futura de la violación cometida por los agentes policiacos, mas no la reparación de los derechos que fueron vulnerados. Esto se deduce del hecho de que el organismo no solicita proceso administrativo de los policías que detuvieron arbitrariamente a las víctimas, a pesar de haber probado que los agentes judiciales cometieron abuso de autoridad y violaron el principio de legalidad y seguridad jurídica; todas ellas, faltas sancionables de acuerdo con la normatividad establecida, que llevarían a la inhabilitación de sus cargos y la indemnización económica a los deudos del joven finado. Sólo se da cuenta del delito del agente Dimas por homicidio calificado y de la declaración de Auto de Formal Prisión o Preventiva, pero no se menciona si fue suspendido de sus funciones. Las dos recomendaciones se quedaron a nivel de realizar investigaciones para considerarse cumplidas, pero no toman en cuenta los resultados positivos como parte fundamental para la reparación efectiva los derechos vulnerados.

8.2 Recomendación 15/2013

Estatus actual: cumplida. Enviada al presidente municipal de Tehuitzingo, Puebla, el 30 de junio de 2013. "Derechos Humanos vulnerados: Seguridad Jurídica, Legalidad, Igualdad, Integridad y Seguridad Personal y Trato Digno".[67] Queja presentada ante la Comisión el 23 de marzo de 2012 por V1 a favor de V2 en contra de los elementos de la policía municipal, juez calificador, secretario general, regidor de Gobernación y coordinadora del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia; todas, autoridades de dicho municipio. En relación con los hechos que son motivo de la queja, se desprende que el día 3 de marzo de 2012 seis elementos de la policía municipal de dicha localidad detuvieron a V1, el cual fue sometido con diversos golpes en distin-

---

[66] *Ibidem*.
[67] CDHEP, *Informe anual de actividades 2013*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2014, p. 140.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tas partes del cuerpo y esposado mientras se encontraba fuera de su domicilio, ubicado en D1. Al llegar V2, pareja del agraviado, preguntó a los policías por qué lo trataban de esa manera, por lo que de inmediato fue arrestada por los agentes a base de jalones, retorciéndole el brazo y lanzándola a la batea de la unidad oficial de la policía municipal (ambos fueron detenidos por presentar intoxicación etílica y por hacer escándalo en la vía pública). V1 les informó a los oficiales que la trataran con cuidado porque estaba embarazada, pero ellos se rieron aduciendo que las machorras no se embarazan. V1 y V2 fueron subidos a la patrulla y trasladados a la comandancia municipal de Tehuitzingo; posteriormente, fueron ingresados a la cárcel a empujones.

Más tarde, la señora V2 comenzó a sentir molestias al grado de presentar sangrado vaginal y dolor en caderas y vientre, suceso que hicieron del conocimiento de los elementos policiacos que se encontraban en la comandancia, pero ignoraron la llamada de auxilio.[68] Transcurridas algunas horas, un policía municipal entró a la celda de V2 para insultarla y propinarle varias patadas en su vientre, a partir de este momento la hemorragia no se pudo detener y se produjo el aborto. V1 le comentó al juez calificador del suceso, quien le dijo que el asunto lo tratarían después. Pasadas dos horas, entró el comandante de la Policía Municipal a la celda donde se encontraba la mujer V2, para trasladarla a la clínica de los Servicios de Salud Pública, donde le señalaron que necesitaría un ultrasonido y un legrado. Más tarde, la trasladaron al Hospital General de Acatlán pero no la hospitalizaron en ese momento, porque su esposo (V1) se encontraba en la comandancia. El juez calificador dejó en libertad a VI, para que pudiera acompañar a su esposa y le prestaran los servicios médicos correspondientes.[69]

La Comisión emitió dicha recomendación porque las autoridades señaladas en la queja, "elementos de la Policía Municipal y juez Calificador de Tehuitzingo", cometieron violaciones graves a los derechos humanos de las víctimas: "seguridad jurídica, legalidad, igualdad, integridad y seguridad personal y al trato digno".[70] Sin embargo, esta institución no pudo comprobar que el aborto fue ocasionado por el maltrato que recibió la mujer al ser detenida:

[68] *Cfr.* CDHEP, Recomendación Número: 15/2013. Expediente: 2727/2012-C, pp. 2-3 [Consulta: 05/04/2017]. Disponible en http://www.cdhpuebla.org.mx/pdf/Rec/13/15-2013.pdf.
[69] *Cfr. Ibíd.*, p. 3
[70] *Ibíd.*, p. 12. Véase también p. 33.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> Por cuanto hace a las manifestaciones de queja por parte de los agraviados en el sentido de que el aborto que presentó V2, fue originado por los diversos maltratamientos y golpes inferidos por los elementos de la Policía Municipal de Tehuitzingo, Puebla, durante su detención y estancia en la primera sección de la Comandancia de dicha localidad, con lo que se podría haber vulnerado el derecho humano a la vida del producto de su embarazo; sin embargo, este organismo constitucionalmente autónomo, no contó con evidencia suficiente que así lo acreditara; por lo que no se hace pronunciamiento respecto de ese derecho humano, habida cuenta que los agraviados denunciaron ese hecho dentro de la averiguación previa AP1, misma que continua siendo integrada hasta la fecha de emisión de esta Recomendación; en consecuencia será el agente del Ministerio Público Investigador respectivo quien determinará sobre esa situación como delito, en términos de los artículos 15, 16 y 19, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Puebla.[71]

Las acciones recomendatorias que el organismo defensor dirigió al presidente de Tehuitzingo, Puebla, fueron cinco. La primera, "instruir a quien corresponda, a fin de que se tomen las medidas necesarias para reparar el daño ocasionado a los señores V1 y V2, respecto al pago de los gastos generados y que se generen por la atención médica y psicológica, que se haya requerido o requiera, derivada de las afectaciones a la integridad de su salud que se le ocasionaron [...] y remita a este organismo las pruebas de su cumplimiento".[72] La segunda, "dar vista al contralor" para que "determine iniciar el procedimiento administrativo de investigación en contra de los elementos de la Policía Municipal [...] el juez Calificador [...] y en su oportunidad determine lo que en derecho proceda", lo cual deberá hacer del conocimiento de este organismo. La tercera recomendación, que se capacite a los elementos policiacos de Tehuitzingo, Puebla, y al juez calificador municipal en relación con el "respeto y protección a los derechos humanos" consagrados en la legislación internacional, nacional y local, con la finalidad de evitar la repetición de dichos actos. Lo anterior deberá comunicarse a esta Comisión. La cuarta sugerencia, "emita una circular" con el objetivo de instruir a los elementos policiacos de Tehuitzingo y juez calificador, para que "sujeten su actuar al Orden Jurídico Mexicano, a los Tratados Internacionales" de los que México

[71] *Ibíd.*, pp. 27-28.
[72] CDHEP, *Informe anual de actividades 2013*, pp. 141-142.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

forme parte "y se abstengan de realizar actos que atenten contra la seguridad jurídica y legalidad de las personas; debiendo remitir las evidencias que demuestren su cumplimiento a este organismo".[73] Por último, la quinta recomendación, que se proporcione a la Procuraduría General de Justicia del Estado la información que tenga a disposición, para que ésta "integre la averiguación previa" en contra de autoridades anteriormente señaladas como responsables de violar los derechos humanos de las víctimas".[74]

Descripción del cumplimiento:

1. Mediante oficio MTP/SG/0146/2013, de fecha 23 de agosto de 2013, suscrito por la autoridad responsable, dirigido a la presidenta del Sistema DIF Municipal de Tehuitzingo, Puebla; se advierte que se solicitó girara instrucciones para proporcionar atención médica y psicológica a los peticionarios, esta a su vez solicitó colaboración a la presidenta del Sistema DIF Municipal de Acatlán de Osorio, Puebla, a efectos de que la atención médica y psicológica les fuera proporcionada en la unidad básica de rehabilitación a su cargo, en virtud de lo anterior se señalaron diversas fechas para que los quejosos recibieran dicha atención.
2. Con oficio MTP/0125/2013, de fecha 31 de julio de 2013, suscrito por la autoridad responsable y dirigido al Contralor de ese Municipio, le instruyó para que en el ámbito de su competencia iniciara procedimiento administrativo de responsabilidades a los funcionarios involucrados, y con fecha 7 de agosto de 2013, el contralor municipal determinó iniciar dicho procedimiento.
3. Por cuanto hace a la capacitación de los elementos de la Policía Municipal y juez calificador de ese municipio, esta se llevó a cabo en el mes de septiembre de 2013, con una duración de 4 horas, bajo el tema Jornadas de actualización en Derechos Humanos, en colaboración con la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Puebla. La autoridad anexó copias de los reconocimientos expedidos a los asistentes.
4. Emitió las circulares números MTP/0136/2013, MTP/0137/2013 y MTP/0134/2013, de fecha 14 de agosto de 2013, mediante la cual instruyó al juez Calificador, al director de Seguridad Pública de Tehuitzingo, Puebla y a elementos de la Policía Municipal de Tehuitzingo,

[73] *Ibídem.*
[74] *Ibíd.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Puebla, a efecto de procurar respeto a la dignidad humana y a garantizar los derechos fundamentales de las personas.

5. Con el oficio MTP/0142/2013, de fecha 21 de agosto de 2013, suscrito por la autoridad responsable dirigido al agente del Ministerio Público investigador de Tehuitzingo, aportó pruebas dentro de la averiguación previa que se inició con los hechos que motivaron la presente recomendación.[75]

A partir de los datos anteriormente expuestos, se infiere que la queja tardó año y tres meses para ser concluida por emisión de una recomendación, y un año dos meses para ser cumplida por la autoridad a la que fue emitida. Sin embargo, al igual que en la recomendación anteriormente analizada, dicho cumplimiento no repara los derechos humanos vulnerados de las víctimas. En el detalle del cumplimiento de la primera acción, se observa que no se aporta información respecto a la indemnización de V1 y V2, a consecuencia de los gastos derivados de la atención médica recibida una vez puestos en libertad. En la descripción del cumplimiento de la segunda acción, se dice que fue comunicado a la Comisión que la Contraloría Municipal, que se inició procedimiento administrativo contra los responsables de violar los derechos humanos de las víctimas anteriormente señaladas. No obstante, no se proporcionan los resultados de dicho procedimiento, es decir, si fueron sancionados los responsables y qué tipo de sanción se les aplicó. Estas primeras dos acciones y la quinta son las que podrían haber permitido presionar a las autoridades para reparar el daño, pues son correctivas, pero la Comisión las ha calificado como cumplidas aunque no se mencionen los resultados y si estos repararon los derechos humanos vulnerados.

En cambio, las siguientes tres acciones son de carácter preventivo. Los cursos de capacitación en derechos humanos y la emisión de circulares a las autoridades señaladas como responsables de violar derechos humanos en la presente recomendación, para que respecten la dignidad humana y garanticen sus derechos fundamentales, son insuficientes y no logran prevenir la repetición futura de los actos violatorias que dieron lugar a la presente recomendación (acciones 3 y 4), puesto que la función preventiva de la Comisión se centra en casos particulares, a pesar de ser sistemático el origen de la vulneración de los derechos humanos. En cumplimiento de la quinta

[75] Solicitud de información pública, Infomex, folio 00093817, Respuesta de la CDHEP con Oficio CDH/DPIT/048/2017, del 7 de marzo de 2017. Clasificación Archivística: Expediente 48/2017, Sección 12C, Serie 6.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

acción, tampoco logra reparar los derechos vulnerados. La redacción de la recomendación es estratégica, puesto que hace posible el cumplimiento de la recomendación desde la emisión de oficios por parte de la autoridad a quien fue dirigida la recomendación, pues tales acciones se cumplen desde el momento en que las autoridades refieren mediante oficios haberlas iniciado. La Comisión no toma en cuenta los resultados de dichas acciones sugeridas o recomendaciones para calificar cumplida una recomendación.

9. Conclusión

El desempeño de la Comisión poblana ha sido deficiente, puesto que los indicadores no muestran con objetividad si la conclusión de una queja, por cualesquiera de los instrumentos de conclusión, implica la restitución de los derechos vulnerados de las víctimas.[76] Lo anterior, a pesar de que los datos obtenidos muestran un alto nivel de conclusión de quejas y un alto porcentaje de recomendaciones cumplidas; los números pueden manipularse por la institución, por esa razón el análisis de las dos recomendaciones mostró que su cumplimiento no es sinónimo de reparación de los derechos humanos de los afectados.[77] La institución defensora local se encuentra sometida a un fuerte control político y financiero, lo cual merma sustantivamente su desempeño e impide que realice un trabajo serio en la defensa de los derechos humanos de las víctimas.[78]

---

[76] En un artículo especializado, Rubén A. Curiel hace referencia al deficiente desempeño de la Comisión de Puebla en los siguientes términos: "... nos encontramos a una Comisión estatal de Derechos Humanos debilitada y sometida, sin que haya podido tener nada más que una gestión gris y opaca frente a la cantidad tan grande de afrentas a los Derechos Fundamentales". Curiel Tejeda, Rubén Alberto, "Análisis de las violaciones cometidas a Derechos Humanos durante el sexenio de Rafael Moreno-Valle (2011-2017) en Puebla", en Hernández Avendaño, Juan Luis (coord.), *Rafael Moreno-Valle Rosas (2011-2017). La persistencia del autoritarismo subnacional*, Universidad Iberoamericana Puebla, Puebla, 2017, p. 108.

[77] Aplica para el caso poblano la conclusión que Alfredo Zavaleta extrae de su análisis sobre la gestión de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Veracruz, al afirmar que la lógica institucional de estos organismos es la siguiente: "... si se recomienda no se acepta; si se acepta no se cumple, y si se cumple no se hace daño. La condena moral de los responsables de violaciones que pertenecen a estas instituciones no pasa en la mayoría de los casos de simples recomendaciones sin efectos jurisdiccionales". Zavaleta Betancourt, Alfredo, "Los derechos humanos en Veracruz (1991-2006)", en Olvera, Alberto J. (coord.), *La democratización frustrada. Limitaciones institucionales y colonización de la política de las instituciones garantes de derechos y de participación ciudadana en México*, CIESAS/UV, México, 2010, p. 421.

[78] Ramírez, Gloria (coord.), *Ombudsman y sociedad civil: retos y propuestas*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, 2007, p. 73. Este texto refiere que la posición de la Comisión poblana fue de franca alienación con el gobernador del estado en tres casos representativos de violaciones graves a los derechos humanos durante el 2005: las detenciones arbitrarias de la periodista Lydia Cacho y del defensor laboral Martín Barrios y la ingobernabilidad en el municipio de Ajalpan, puesto que "nunca representó un contrapeso para el mismo ni fue una mirada crítica ante los hechos".

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El control político y económico impide que la Comisión de Derechos Humanos de Puebla sea realmente autónoma. Éste es un factor crucial que explica la baja eficiencia del organismo. El control político se da mediante la intervención del Ejecutivo en el proceso de elección del Ombudsman, pues esta designación no se hace de manera democrática. No está ciudadanizada. En cambio, el control financiero se da a través de la reducción anual del presupuesto de la Comisión, puesto que el Congreso local ha recortado anualmente el porcentaje del presupuesto de egresos del gobierno del estado destinado a la Comisión. Tal es así que la institución defensora poblana es la que ha recibido el menor porcentaje del presupuesto (0.03%) del Gobierno estatal, si se le compara con el de los 31 organismos públicos de derechos humanos (*OPDH*) del país. Este dato también revela que para el Gobierno poblano cada vez es menos importante la defensa de los derechos humanos dentro del territorio estatal.

Para evitar el control financiero, debería establecerse en el artículo 15, fracción X, de la ley de la Comisión poblana que su presupuesto no podrá ser menor al del año inmediato anterior; asimismo, que se le incremente el porcentaje del presupuesto de egresos que recibe del Gobierno estatal, por lo menos al porcentaje promedio anual (0.11%) que ha recibido durante el periodo estudiado (1993-2015). En cuanto al proceso de elección del Ombudsman, debería ciudadanizarse y democratizarse. Es decir, los Ombudsman locales habrán de provenir de *ONG* defensoras de los derechos humanos de reconocido prestigio y no haber desempeñado cargos en el Poder Judicial.

Por otro lado, es contradictorio que en el periodo estudiado la tendencia en el tiempo muestre un incremento en el número de quejas recibidas, a la vez que un descenso en la emisión de recomendaciones, pues ello implica que la Comisión detecta cada vez más casos de presuntas violaciones a los derechos humanos, pero pocos casos de violaciones graves a los mismos. Las víctimas son excluidas del proceso de conclusión de expedientes de quejas, particularmente del cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla no toma en consideración indicadores cualitativos, tales como el grado de satisfacción de las víctimas, para concluir los expedientes de queja. La satisfacción de las víctimas ante la "reparación" del agravio por parte de las autoridades públicas debería ser el indicador central para que la Comisión califique con mayor objetividad el cumplimiento de las recomendaciones.

Actualmente, el cumplimiento de las recomendaciones no es sinónimo de reparación de los derechos humanos vulnerados a las víctimas. La Comisión

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

poblana califica como cumplidas recomendaciones que no han sido realmente cumplidas, si se entiende por cumplimiento el restablecimiento de los derechos fundamentales de las víctimas. Esto es así porque las recomendaciones están diseñadas para ser cumplidas con envíos de oficios por parte de las autoridades responsables del cumplimiento, sin que necesariamente implique el acatamiento de las acciones sugeridas en los puntos recomendatorios. Lo anterior implica una violación adicional a los derechos humanos de los afectados: la negación del derecho de las víctimas a la efectiva reparación de sus derechos vulnerados y su acceso a la justicia. Por otra parte, la institución defensora no publica en sus informes anuales de actividades ni en su página electrónica la descripción del cumplimiento de las recomendaciones, sino sólo el estado en el que éstas se encuentran, por ejemplo, cumplida, no aceptada, parcialmente cumplida, etc., lo que constituye una grave omisión constitucional del principio de máxima publicidad y una violación al derecho a la información pública. La obligatoriedad de hacer pública dicha información habrá de ser incorporada en la ley de la Comisión poblana y en su reglamento interno.

10. Anexo: Cuadro de análisis de recomendaciones (037/1997, 26/2008, 30/2009 y 15/2013)

Recomendación	037/1997	26/2008	30/2009	15/2013
Autoridad receptora	Procurador General de Justicia del Estado	Procurador General de Justicia del Estado	Presidente municipal de Acatlán de Osorio, Puebla	Presidente municipal de Tehuitzingo, Puebla
Derecho violentado	Detención ilegal y tortura de Carlos y Jorge López Figueroa	Homicidio de un civil por un policía judicial	Abuso de autoridad, violación a principio de legalidad y seguridad jurídica y la vida	Seguridad Jurídica, Legalidad, Igualdad, Integridad y Seguridad Personal y Trato Digno
Lugar de los hechos	Zona metropolitana de Puebla	Tecamachalco, Puebla	Rancho la Sandía, Acatlá de Osorio	Tehuitzingo, Puebla
Autoridades señaladas	Policía Judicial del Estado	Policía Judicial del Estado	Policía municipal de Acatlán	Policía municipal, juez calificador, secretario general, regidor de Gobernación y coordinadora del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Acciones sugeridas	1. Se inicie averiguación previa. 2. Se inicie procedimiento administrativo y, si se determina algún delito, proceda a sancionar. 3. Gire la orden para que se inicie procedimiento administrativo y averiguación previa por posible delito del médico legista	1. Instruya a los mandos medios para que ejerzan mayor vigilancia sobre sus subalternos. 2. Se inicie proceso administrativo. 3. Emita una circular a la Policía Judicial del Estado para que cumpla con su deber 4. Se inicie procedimiento administrativo.	Abuso de autoridad, violación a principio de legalidad y seguridad jurídica y la vida.	1. Se tomen las medidas necesarias para reparar el daño. 2. Se inicie procedimiento administrativo. 3. Se capacite a los elementos policiacos y juez calificador. 4. Emitir una circular. 5. Proporcione información a la Procuraduría para que ésta integre la averiguación previa.
Descripción del cumplimiento	Recepción de oficios sin resultados. No se describen los resultados.	Recepción de oficios sin resultados. No se describen los resultados.	Recepción de oficios sin resultados. No se describen los resultados.	Recepción de oficios sin resultados. No se describen los resultados.
Sanciones	No	No	Auto de formal prisión	No
Restitución de derechos humanos	No	No	No	No
Tiempo de cumplimiento	6 meses	6 días	Mes y medio	1 mes 23 días

Fuente: información con base en los informes anuales 1997, 2008, 2009 y 2013, y en las respuestas a solicitudes de información pública: solicitud de información pública, folio Infomex 00093817, Respuesta de la CDHEP con Oficio CDH/DPIT/048/2017, del 7 de marzo de 2017. Clasificación Archivística: Expediente 48/2017, Sección 12C, Serie 6.

11. Referencias

Álvarez Icaza Longoria, Emilio, "Situación de los Organismos Públicos de Derechos Humanos de las entidades federativas", en Ibáñez Aguirre, José Antonio y Salcedo González, Sandra (coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, Universidad Iberoamericana, México, 2013.

____, *Para entender los derechos humanos en México,* Nostra, México, 2009.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios de París o Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, ONU, París, 1991, Apartado B, núm. 2. Disponible en http://hrlibrary.umn.edu/instree/Sparisprinciples.pdf.

CNDH, *Manual de Derechos Humanos: conceptos elementales y consejos prácticos,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Cadenas Huma-

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nas, 2003 [Consulta: 22/07/2017]. Disponible en http://www.cdhmorelos.org.mx/biblioteca/DH_4.pdf.

CDHEP, *Informe anual de actividades 2015*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2016.

_____. *Informe anual de actividades 2014*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2015.

_____. *Informe anual de actividades 2013*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2014.

_____. *Informe anual de actividades 2012*, Puebla, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, 2013.

_____. *Informe anual de actividades septiembre 2010-agosto 2011 y anexo septiembre-diciembre 2011*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Puebla, 2012.

_____. *XVI Informe Anual de Actividades*, Puebla, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, 2009.

_____. *VII informe anual de actividades 1999-2000*, Puebla, Comisión Estatal de Defensa de los Derechos Humanos, 2000.

_____. Recomendación Número 30/2009, Expediente: 10243/2008-I, p. 23 [Consulta: 01/02/2017]. Disponible en http://www.cdhpuebla.org.mx/pdf/Rec/09/30-2009.pdf.

_____. Recomendación Número: 15/2013. Expediente: 2727/2012-C, pp. 2-3 [Consulta: 05/04/2017]. Disponible en http://www.cdhpuebla.org.mx/pdf/Rec/13/15-2013.pdf.

CoIDH, *Informe anual 2012*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos humanos, 2012 [Consulta: 07/04/2017]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf.

Curiel Tejeda, Rubén Alberto, "Análisis de las violaciones cometidas a Derechos Humanos durante el sexenio de Rafael Moreno-Valle (2011-2017) en Puebla", en Hernández Avendaño, Juan Luis (Coord.), *Rafael Moreno-Valle Rosas (2011-2017). La persistencia del autoritarismo subnacional*, Universidad Iberoamericana Puebla, Puebla, 2017, p. 108.

Faz Mora, Martín, *Evaluación integral de la estructura y desempeño de la Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDH) de San Luis Potosí bajo parámetros internacionales,* Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democracia, México, FLACSO-México, 2008.

Lachenal, Cécile y Pulido, Miguel, "Un grito en el desierto. Notas sobre el (mal) uso del lenguaje institucional de la CNDH, a la luz de algunas de sus recomendaciones", en Ibáñez Gutiérrez, José Antonio y Salcedo González, Sandra (coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2013, pp. 15-38.

Lachenal, Cécile, Martínez, Juan Carlos y Moguel, Miguel, *Los Organismos Públicos de Derechos Humanos en México. Nuevas instituciones, viejas prácticas*, Fundar, México, 2009.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lagunes López, Oscar Nicasio y Noriega Esparza, Guillermo, "Diagnóstico al desempeño de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora, 1992-2012", *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2016, pp. 71-100.

Lagunes López, Oscar Nicasio, "La simulación en el cumplimiento de las recomendaciones. El caso de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, México, 1993-2015", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. XXVIII, núm. 1, 2017, pp. 147-173.

Mayer-Serra, Carlos Elizondo y Magaloni Kerpel, Ana L., *Nuestros caros defensores de los derechos humanos: el caso de la Comisión Nacional de Derechos humanos*, CIDE, México, 2010.

Ramírez, Gloria (Coord.), *Ombudsman y sociedad civil: retos y propuestas*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, 2007.

Shanik, David, "Jorge Ramón Díaz nuevo magistrado del TSJ Puebla", *Puebla Online*, 15 de julio de 2011 [Consulta: 22/02/2017]. Disponible en http://www.pueblaonline.com.mx/index.php?option=com_k2&view=item&tid=15194:jorge-ramón-d%C3%ADaz-nuevo-magistrado-del-tribunal-superior-de-justicia-de-puebla&Itemid=127.

Venegas, Sonia, *Origen y devenir del ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, Universidad Autónoma de México, México, 1988.

Yáñez Velasco, David, "El sistema ombudsman más caro del mundo... ¿y el más ineficiente?", *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXII, núm. 63, mayo-agosto, 2015, pp. 185-220.

Zavaleta Betancourt, Alfredo, "Los derechos humanos en Veracruz (1991-2006)", en Olvera, Alberto J. (Coord.), *La democratización frustrada. Limitaciones institucionales y colonización de la política de las instituciones garantes de derechos y de participación ciudadana en México*, México, CIESAS/UV, 2010, pp. 407-446.

Solicitudes de Acceso a la Información Pública

Respuesta a solicitud de información pública por sistema Infomex puebla con número de folio 00701016, del 19 diciembre de 2017.

Respuesta de la *CDHEP* a solicitud de información pública con número de folio infomex 00700616, del 19 de diciembre de 2016.

Respuesta a solicitud de información pública Infomex folio núm. 00700816 del 19 de diciembre de 2016;

Respuesta a solicitud de información pública Infomex folio núm. 00700916 del 19 de diciembre de 2016.

Respuesta a solicitud de información pública Infomex folio núm. 00700016, del 19 de diciembre de 2016.

Solicitud de Información pública núm. de folio Infomex 00093517, respuesta de la *CDHEP* con Oficio No. CDH/DPIT/029/2017, del 7 de marzo de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Solicitud de Información pública núm. de folio Infomex 00093617, respuesta de la *CDHEP* con Oficio No.: CDH/DPIT/035/2017, del 7 de marzo de 2017.

Solicitud de información pública, folio Infomex núm. 00093817, Respuesta de la *CDHEP* con Oficio CDH/DPIT/048/2017, del 7 de marzo de 2017. Clasificación Archivística: Expediente 48/2017, Sección 12C, Serie 6.

Entrevistas

Funcionario anónimo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, 11 de enero de 2017.

Marcia Maritza Bullen Navarro, expresidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, periodo 2008-2011, 8 de marzo de 2017.

Rubén Alberto Curiel Tejeda, coordinador de la Maestría en Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, Puebla, 22 de febrero de 2017.

Legislación

Congreso del Estado de Puebla, Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, Artículo 11. *Periódico Oficial*, Tomo CDLXVI, Número 11, Segunda Sección, "Cuatro Veces Heroica Puebla de Zaragoza", viernes 28 de febrero de 2014 [Consulta: 23/03/2017]. Disponible en http://transparencia.cdhpuebla.org.mx/index.php/articulo-11/4-articulo-i.

____, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla. Reforma publicada en el *Periódico Oficial*, 19 de mayo de 2014 [Consulta: 23/03/2017]. Disponible en http://atlixco.gob.mx/atlixco/transparencia/2014/marco-normativo/LeydelaComisióndeDerechosHumanosdelEstadodePuebla.pdf.

____, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, Artículo 142. Reforma publicada en el *Periódico Oficial*, Tomo CDXXXV, No. 11, Séptima Sección, del 25 de julio de 2011 [Consultado: 28/07/2017]. Disponible en http://www.cdhpuebla.org.mx/transparencia/images/fraccionI/Periodico_Oficial_Estado_AutonomiaCDHEP.pdf;

____, Ley que crea la Comisión Estatal de Defensa de los Derechos Humanos. Publicada en el *Periódico Oficial*, Tomo CCXLVII, No. 49, Segunda Sección, del 18 de diciembre de 1992 [Consulta: 28/07/2017]. Disponible en http://transparencia.cdhpuebla.org.mx/index.php/articulo-11/4-articulo-i.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 81-100

La recepción de la Teoría de los Sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana*

The reception of Luhmann's Theory of Systems in Colombian Constitutional Jurisprudence

Paola Margarita Ruiz Manotas**
Luis Fernando Bermeo***

RESUMEN
Este texto presenta algunas consideraciones sobre la influencia que ha tenido la Teoría de los Sistemas, de Luhmann, en las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana desde sus inicios. Para ello, encontraremos una mención general sobre los conceptos básicos de la teoría luhmanniana, sobre la interrelación de los sistemas sociales derecho, política y moral, y sobre algunas críticas que podrían plantearse desde Luhmann hacia el positivismo jurídico propiamente dicho. Es así como, partiendo de las tres sentencias en las que esta corporación cita la teoría de Luhmann, se observa la manera en que el Derecho corre el riesgo de permearse de los diferentes sistemas que lo rodean, así como la necesidad que tiene de autoproducirse y diferenciarse de otros sistemas o discursos sociales, como la moral y la política, con el fin de mantener su núcleo central, que es la validez.

Palabras clave: derecho, política, moral, sistemas, código binario.

ABSTRACT
This text presents looks at the influence that Luhmann's Theory of Systems, has had on the decisions of the Colombian Constitutional Court since its inception. A general view on the basic concepts of the Luhmann´s theory is necessary, as well as the interrelation of the Law, Political and Moral Social Systems, and on some criticisms from Luhmann´s towards legal positivism. Thus, starting from the three sentences in which this corporation cites Luhmann's theory, we observe that the Law is at risk of being permeated from the different systems that surround it, as well as the need that the law has to be and differentiate from the other social systems or social discourses, such as morality and politics, in order to maintain its central core, in order to prevail and be valid.

Keywords: legal, political, moral, systems, binary code.

* Artículo de investigación recibido el 1 de julio de 2016 y aceptado para publicación el 25 de agosto de 2017
** Profesora Investigadora en la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. (pmrm30@gmail.com)
*** Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, Cartagena, Colombia. (luisfernandobermeoalvarez@gmail.com)

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Preguntas guía. Referencias / 3. Conceptos clave para entender la concepción del fenómeno jurídico desde la Teoría de los Sistemas de Luhmann / 4. La recepción de la Teoría de los Sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana / 5. Breves críticas sobre el positivismo jurídico desde la teoría de los sistemas / 6. Conclusiones / 7. Referencias

—Y bien, señores del jurado, ¿cual es su veredicto?
—dijo el Rey por enésima vez en aquel día.
—¡No! ¡No! *—le atajó la Reina—. ¡La sentencia primero!... ¡Tiempo habrá para el veredicto!*
—¡Que insensatez! *—exclamó Alicia—. ¿Dónde se ha visto que la sentencia se dicte antes de saber el veredicto?*[1]

1. Introducción

El campo del Derecho es propiamente complejo, en él se sintetizan la mayor parte de los problemas sociales, desde conflictos económicos (Derecho privado por excelencia) hasta conflictos personalísimos como las libertades religiosas (Derecho constitucional). En este contexto, el Derecho es como un Rey Midas, a decir de Martínez,[2] que lo que toca lo vuelve jurídico, aunque propiamente no tenga un objeto de acción claramente determinado. No se sabe si el Derecho actúa sobre las normas (positivismo jurídico) o sobre la moral (iusnaturalismo). Asumir al Derecho como sistema social (Luhmann) implica superar estos paradigmas y ver lo jurídico desde otra óptica. Niklas Luhmann ha planteado el fenómeno jurídico de una forma muy diferente a la tradicional, teniéndolo como un sistema social autopoiético cerrado que no tiene un fin, sino sólo un sentido: determinar lo que es legal y lo que no. Consideramos a este autor fundamental dentro del paradigma neopositivista para la comprensión del fenómeno jurídico más allá de los argumentos clásicos de la tradición propia de la teoría y filosofía del Derecho hasta mediados del siglo XX.

[1] Carroll, Lewis, *Alicia en el país de las maravillas,* Madrid, Cátedra, 2013, p. 216.
[2] Véase Martínez, Jesús (1999). *La imaginación jurídica.* Madrid: Taurus.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este trabajo se presentará el resultado de una pequeña investigación sobre la forma en que se ha concebido la Teoría de los Sistemas de Luhmann y su concepción del Derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana. Para ello, i) se precisarán algunos puntos teóricos que se consideran centrales en la propuesta de la Teoría de los Sistemas sobre el Derecho; posteriormente, ii) se analizarán las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en las que se ha citado al profesor Luhmann; por último, iii) se realizará un análisis crítico sobre los puntos en común y diferentes entre la Sociología del Derecho de Luhmann y sus implicaciones en la Teoría del Derecho Positivista, especialmente de H. L. A. Hart. A continuación, para hacer más clara la exposición al lector, se exhibirán las preguntas guía que han sido objeto de indagación en este trabajo.

2. Preguntas Guía. Referencias

2.1. ¿Cuales son los planteamientos claves de la Teoría de los Sistemas de Niklas Luhmann para la comprensión del fenómeno jurídico?
2.2. ¿Cuál ha sido la recepción de esta teoría en la jurisprudencia constitucional colombiana?
2.3. ¿Qué criticas podrían plantearse hacia el positivismo jurídico desde la concepción del fenómeno jurídico de la teoría de los sistema de Luhmann?

3. Conceptos clave para entender la concepción del fenómeno jurídico desde la Teoría de los Sistemas de Luhmann

La consideración del mundo social como sistema es propiamente luhmanniana, toda vez que fue a partir de la Teoría de los Sistemas que llegó a concebirse un mundo casi completamente ordenado por comunicaciones.[3] Una ima-

[3] "La sociedad y sus subsistemas, según Luhmann, no se compone de individuos, sino de comunicaciones. La define como 'un sistema de comunicaciones que integra selectivamente el potencial físico, químico, orgánico y psíquico de la humanidad, y la conducción de esa selectividad encuentra su propia realidad y su autonomía como sistema'". García, Juan, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 157. En sentido similar: "La sociedad se percibe fragmentada en una multiplicidad de redes comunicativas cerradas (...) Cada una de estas redes construye una realidad propia, en principio incompatible con las construcciones de la realidad de las otras redes. Al mismo tiempo, la multiplicación y fragmentación de las individualidades se corresponde con una multiplicación y fragmentación de los discursos sociales (...) Sobre la base de sus códigos y programas específicos, cada red de comunicación especializada produce 'personas' —artefactos semánticos de actores individuales— a las cuales atribuye acciones". Teubner, Günter, "El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho", *Doxa*, núm. 25, 2002, p. 549.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gen de mundo, según la perspectiva luhmanniana, sería tal vez muy cercana a la representación que se hace en la película *Matrix* (1999) de los hermanos Wachowski, donde el cuerpo está en un lugar, estático, y la mente en otro, dinámica, proyectada hacia su interior en un enjambre de comunicaciones que crean lo que comúnmente se denomina realidad.

Sin embargo, esta representación de la consideración del mundo o, mejor, de la sociedad, como "la matrix", sería un tanto simplista. Conviene entonces explicar con mayor detalle los postulados teóricos más importantes para la comprensión de esta teoría en el ámbito jurídico. El concepto de *sistema* en Luhmann aparece a partir de la comparación entre la estructura celular y la sociedad, en la que la autopoiesis juega el papel fundamental.[4]

Este fenómeno puede ser considerado (a grandes rasgos) como la capacidad que tiene un sistema de auto reproducción. Tal como algunas células, los sistemas sociales se auto reproducen y generan sus propios elementos. De este modo, los sistemas son capaces de mantenerse, es decir, de sobrevivir o conservarse, a pesar de lo agreste del medio; de hecho, su contacto con el medio es mínimo.

Bajo esta primera aproximación a la Teoría de los Sistemas, del profesor Niklas Luhmann, se erige su consideración del Derecho como un sistema social (autopoiético) cerrado. La especie sistémica de ser *cerrado* la tiene el Derecho por su capacidad de producir en mayor medida sus propios elementos, sin requerir demasiado del entorno (medio), en contraste con los sistemas sociales *abiertos*, que necesitan interactuar en mayor medida con el entorno. Para el Derecho es suficiente reproducirse a partir de su código binario propio.[5]

---

[4] "Si los discursos sociales son sistemas autopoiéticos, esto es, sistemas que recursivamente producen sus propios elementos gracias a su propia red de elementos, entonces se basan en la autoreferencialidad". *Ibidem*, p. 546.

[5] Para el profesor alemán, el Derecho funciona como un "sistema jurídico como un contexto de comunicación operacionalmente cerrado y, a la vez, informacionalmente abierto, que se diferencia y delimita mediante sus propias operaciones en un entorno social y, al mismo tiempo, determina en qué aspectos se deja influir por el entorno. El sistema está especificado exclusivamente mediante sus propias estructuras. No hay un derecho que se pudiera introducir desde fuera del sistema y, por otra parte, tampoco un derecho que pudiera ser exportado desde el sistema al entorno. Todas las comunicaciones que son procesadas jurídicamente son procesadas en el sistema, se han de basar en el recurso al Derecho ya existente y, de este modo, contribuyen a la reproducción del Derecho. Pero precisamente porque ello es así el sistema puede reaccionar frente a todas las comunicaciones que puede tratar internamente como problema jurídico —al igual que el cerebro, es, ciertamente, un sistema nervioso operacionalmente cerrado de manera absoluta que, en el nivel de sus propias operaciones, no mantiene ninguna clase de contacto con el entorno, pero que precisamente por ello puede procesar de manera complejísima muy pocas irritaciones (por ejemplo, las fotoquímicas) provenientes de su entorno—". Luhmann, Niklas, "Dos caras del Estado de Derecho", *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 41.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este contexto, el Derecho funciona siguiendo el código *legal/ilegal*,[6] acudiendo al sentido de orden social obligatorio. Este código se realiza (de acuerdo con el sentido indicado), es decir, el Derecho opera, a través de comunicaciones. Este punto es sumamente importante en la conceptualización del Derecho como sistema[7] en Luhmann, y en general para toda su teoría de sistemas. Al respecto, conviene explicar algo más sobre el sujeto y el objeto en la consideración de la teoría de sistema luhmanniana.

Puede decirse que a partir de la Modernidad, concretamente, del *Discurso del método*, el conocimiento es fruto de la relación sujeto-observador *vs* objeto-observado.[8] En este sentido, el sujeto es el hombre, específicamente la *razón*, y el objeto es la *realidad* (exterior). Con este argumento cartesiano se rompió, en el Renacimiento, la pretensión epistemológica de la religión;[9] en adelante, todo conocimiento está sujeto a la experimentación.

A su vez, podría decirse que después de los avances científicos de la física (hasta la primera mitad del siglo XX) está relación "externa" sujeto/objeto cambió radicalmente. Después de la comprobación teórica del principio de incertidumbre de Heissenberg,[10] el conocimiento sólo será posible a partir de una síntesis entre sujeto-observador: objeto-observado. Con este argumento inderogable de la física contemporánea, las consideraciones filosóficas sobre el ser y la realidad quedan zanjadas (al menos en parte), dando casi la razón a la Hermenéutica.[11] A partir de allí, dejan de existir, por un lado, el ser humano y, por el otro, la realidad (si así se le puede llamar), el mundo, la naturaleza, etc.

---

[6] "El Derecho es un sistema autónomo funcional de la sociedad que determina por sí mismo aquello que regula y que somete todos los supuestos de hecho sobre los que comunica al código binario conforme a Derecho o contrario a Derecho (Recht/Unrecht)". *Ibidem*, p. 38.

[7] "El Derecho determina exclusivamente con referencia a normas jurídicas o a decisiones jurídicas, lo que es Derecho y lo que es contrario a Derecho (...) La comunicación sobre el Derecho solamente se puede llevar a cabo con referencia a comunicación adicional sobre el Derecho. Si se hace esto y en la medida en que esto se haga, se participa en el sistema jurídico...". *Ibidem*, p. 40.

[8] "La noción de sujeto individual que subyace a las anteriores apreciaciones es la del sujeto como conciencia individual pensante que arranca de Descartes y se erige en distintivo de la esas moderna". García, Juan, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 157.

[9] Conocer a Dios, la naturaleza y el universo a partir de la razón, que sólo debe servir para este fin.

[10] "No hay manera de eliminar el observador —nosotros— de nuestra percepción del mundo, creada por nuestro procesamiento sensorial y por la manera de en qué pensamos y razonamos. Nuestra percepción –y por lo tanto las observaciones sobre las cuales se basan nuestra teorías- no es directa, sino más bien está conformada por una especia de lente, a saber, la estructura interpretativa de nuestros cerebros humanos". Hawking, Stephen y Mlodinow, Leonard, *El gran diseño*, 2010, Barcelona, Crítica, p. 55.

[11] "El mundo es una construcción de nuestras sensaciones, percepciones y recuerdos. Conviene considerar que existe objetivamente por sí mismo. Pero no se manifiesta, ciertamente, por su mera existencia. Su manifestación está condicionada por acontecimientos especiales que se desarrollan en lugares especiales de este mundo nuestro, es decir por ciertos hechos que tienen lugar en un cerebro". Schrödinger, Erwin, *Mente y materia*, 1999, Barcelona, Tusquets, p. 9.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Este contexto filosófico-científico es en el que Luhmann plantea su teoría, con todas sus implicaciones. Dada esta conjunción entre sujeto=objeto, ya el hombre no puede ser el centro del conocimiento, no está llamado a ser el núcleo de la epistemología. Luego, ¿como se puede conocer? Esta pregunta queda sin respuesta en la teoría luhmanniana, teniendo en cuenta que i) a partir de estas precisiones toda consideración de conocimiento queda rodeada por la incertidumbre, y que ii) no es el objeto de la Teoría de los Sistemas. Sin embargo, para determinar cuál es el sujeto de ordenación de los sistemas sociales, eliminando de entrada al hombre, Luhmann responde que son las comunicaciones. En este sentido, el hombre también será un sistema, por lo que necesariamente implicará comunicación. Su definición teórica de *ser humano* es un sistema psíquico orgánico abierto.[12]

3.1. El Derecho, la política y la moral como sistemas sociales autopoiéticos

Un sistema se convierte en autorreferente cuando ha evolucionado sistémicamente;[13] en este contexto, el Derecho ha evolucionado[14] hasta convertirse en es un sistema cerrado que se comunica con su entorno bajo su código binario legal/ilegal, y que cuenta con unos elementos propios del sistema que además se autorreproducen creando otros elementos.[15]

El cierre del sistema Derecho hace referencia a la reproducción de sus elementos, instituciones y estructuras, es decir, cualquier comunicación bajo el código legal/ilegal es una comunicación jurídica. Cada elemento del sistema traspasa validez normativa a otros elementos del sistema; por ello, en el sistema Derecho no existe jerarquía normativa, sino que las leyes y normas judiciales se encuentran en posiciones asimétricas.[16] En términos de Luhmann,

---

[12] Vease, Luhamnn, Niklas, *La moral de la sociedad*, 2013, Madrid, Trotta, pp. 38-39. En este punto coincide el profesor Carlos Orozco Arcieri sobre la conceptualización del sujeto que hace Luhmann como "subsistema psicofísico". Orozco, Carlos, "Inconvenientes en la recensión de la sociología el derecho de Luhmann", *Aportaciones de Niklas Luhmann a la compresión de la sociedad contemporánea*, 2014, Barranquilla, Universidad del Norte, p. 105.
[13] Mejía, Oscar, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Themis, Bogotá, 2005, p. 210.
[14] "... la positivización del derecho, una conquista evolutiva que, tras numerosos intentos anteriores, solo se hizo plenamente efectiva en las modernas sociedades industriales". Luhamnn, Niklas, *La moral de la sociedad*, Trotta, Madrid, 2013, p. 55.
[15] "Como sistemas autopoiéticos (...) no pueden sino producir regularidades que se regulan a si mismas y que gobiernan la transformación de sus propias regularidades". Teubner, Günter, "El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho", Doxa, núm. 25, 2002, pp. 546-547.
[16] Mejía, Oscar, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Themis, Bogotá, 2005, pp. 200-201.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el símbolo del sistema Derecho se traduce en la validez jurídica; es el símbolo que reproduce la unidad del sistema dentro de su operación.[17]

La validez no es una norma ni una norma fundamental ni una metanorma. En el sistema Derecho se tiene o no se tiene validez; sin embargo, en concordancia con la autorreproducción del sistema, los elementos válidos se pueden modificar en no válidos. Esta modificación se realiza a través de un procedimiento que limita y regula cómo se puede llegar a esa validez, lo que nos permite concluir que, si bien la validez no es una norma, como ya se mencionó, sí se constituye en una forma.[18]

La validez reacciona a la dinámica propia del sistema y se hace indispensable cuando el sistema ya puede modificarse a sí mismo, cuando ya es un sistema autorreferente. La validez (el procedimiento) cualifica las normas en válidas o no válidas. La norma no puede ser más válida o menos válida, por eso las fuentes del Derecho a las que aluden los teóricos del positivismo no tienen cabida según Luhmann, toda vez que no puede hablarse de jerarquía normativa, sino de asimetría.[19]

En conclusión, el derecho no puede operar bajo una norma inválida. La norma inválida se traduce en no derecho, está por fuera del sistema; la invalidez es sólo un punto de referencia, válido/no válido, derecho/no derecho.[20]

Ahora bien, no toda comunicación jurídica transporta validez; no son válidas o inválidas las notificaciones de las pretensiones jurídicas; son válidas las decisiones jurídicas aplicables, no sólo las decisiones de jueces y legisladores, sino las corporaciones y los contratos que afectan y modifican situaciones jurídicas, como el testamento. La validez se traduce en las operaciones

---

[17] Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Herder. México, 2009, p. 154. En sentido similar se refiere Teubner: "La aplicación recursiva de las operaciones a los resultados de estas mismas operaciones no conduce necesariamente al bloque paradójico de la paradoja o a la mera arbitrariedad, sino que, bajo ciertas condiciones, conduce a que surjan los valores propios (Eigenvalues)". Teubner, Günter, "El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho", *Doxa*, núm. 25, 2002, p. 547.

[18] *Ibidem*, p. 160.

[19] *Ibidem*, pp. 161-162.

[20] Para Luhmann, "La forma validez/invalidez se distingue también del código derecho/no derecho, que también está estructurado de forma positiva/negativa. Por eso este código puede prever lo que no conforme a derecho (injusticia) tenga consecuencias jurídicas: castigos, responsabilidad por daños causados, ineficiencia jurídica de determinadas acciones. También los presos tienen derechos que pueden hacer valer en caso dado. Por lo demás, todo el mundo tiene derecho a que se determine de manera jurídica, el hecho de que actúa de manera ilegal. Por lo tanto, para cruzar de un lado a otro —cruzar el límite— del código derecho/no derecho, se requiere del símbolo de la validez. Las posibilidades de enlace se producen en relación con el derecho válido; tanto para determinar acciones particulares en calidad de jurídicas, como para el caso contrario de la antijuridicidad" *Ibidem*, p.163.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que efectúan las autopoiesis del sistema y sin las cuales no sería posible la diferenciación de un sistema jurídico, clausurado operativamente.[21]

Así las cosas, el sistema Derecho está cerrado normativamente y abierto cognitivamente, lo que quiere decir que no puede importar normas de otros sistemas pero sí toma referencias de otros sistemas que convierte en normas jurídicas para introducirlas al sistema.[22]

Por otro lado, el sistema Política, para Luhmann, también es un sistema autorreferente; se produce y reproduce por sí mismo a través de sus elementos, que para el caso son decisiones políticas, comunicándose bajo el código binario gobierno/oposición.

Según Luhmann, el sistema Política y el sistema Derecho comparten una característica similar por excelencia: su autopoiesis; adicionalmente, el sistema Política, haciendo uso de su código propio, *poder*, puede utilizar el código jurídico conjugando su propio código (poder legal/poder ilegal). Así mismo, el sistema Política suministra al sistema Derecho el derecho positivo, y el sistema Derecho le suministra al sistema Política la cobertura para la materialización del poder, lo que implica que el sistema Política hace uso del código jurídico como un subcódigo para estructurar el ejercicio del poder. Así, los sistemas sociales Política y Derecho, al compartir el mismo tipo de estructuras, sufren una interpenetración, una dependencia recíproca entre los sistemas, que hace difícil en ocasiones la operatividad cerrada de cada uno.[23]

Otra interrelación que presenta Luhmann entre los sistemas Política y Derecho es que el sistema Política es dependiente del derecho que produzca el sistema jurídico, pero con ello no quiere decir que los elementos del sistema Derecho se introducen en el sistema Política, sino que Luhmann contempla para este caso el Derecho como un mero instrumento.[24]

Del mismo modo, según Luhmann, entre los sistemas Política y Derecho con alta frecuencia se da lo que el autor denomina *acoplamiento* o *conexión estructural*. En términos de Luhmann, cuando se da un acoplamiento estructural entre dos sistemas, esto no quiere significar una especie de fusión o amalgamiento entre ellos, sino que existe una coordinación estable entre las operaciones de cada uno por momentos.[25]

---

[21] *Ibidem*, p. 164.
[22] Mejía, Oscar, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Themis, Bogotá, 2005, p. 202.
[23] *Ibidem*, p. 211.
[24] *Ibidem*, p. 212.
[25] Baraldi, Claudio; Corsi, Giancarlo y Espósito, Elena, *Acoplamiento estructural. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Universidad Iberoamericana-ITESO/Anthropos, México, 1996, pp. 19-21.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este sentido, un elemento del sistema jurídico puede ser al mismo tiempo un elemento del sistema Política, en un mismo acto de comunicación, los cuales se separaran inmediatamente después de la conexión, sin que por esta eventualidad exista una coincidencia en los procedimientos de cada uno de los sistemas.

El tercer sistema que nos ocupa en este análisis es el sistema Moral, entendiendo como moral, según Luhmann, un concepto generalizado, no subjetivizado, que pueda ser demostrable empíricamente y que se comunique bajo un código específico. Lo que constituye la autorreferencialidad del sistema Moral es la ausencia de la moral en otros sistemas, siendo entonces la moral un sistema autónomo que no interviene en el código de otros sistemas ni es intervenido.[26]

El código binario bajo el que se autoreproduce el sistema Moral es bueno/malo, resaltando que ningún sistema puede aplicarse a sí mismo su código binario, es decir, no nos podemos preguntar si el Derecho es legal o ilegal, o si la moral es buena o mala, porque esto constituye una paradoja que puede inmovilizar el sistema en su comunicación. El papel de la ética entonces dentro del sistema es la descripción de la moral, sin inclinarse hacia ninguno de los dos extremos del código binario.[27]

En síntesis, la legitimidad política y la justificación moral son externas al sistema Derecho, y no tienen significancia para éste, pues, como ya se explicó, en el Derecho los factores de eficacia y legitimidad se subsumen en la validez como unidad del sistema. En este sentido, el ordenamiento jurídico y el sistema político no requieren justificación moral alguna. La moral, la política y el Derecho son tres sistemas sociales independientes, autorreferentes, que lo que hacen es interconectarse o comunicarse a través de sus códigos binarios pero sin que ninguno se introduzca en el otro, lo cual deviene una importante conclusión, y es que el Derecho reduce complejidad creando expectativas de comportamiento desprovistas de fundamento moral e ideológico. El Derecho válido se crea desde el Derecho, sin fundamentaciones morales o políticas.[28]

Para finalizar este breve resumen sobre los supuestos teóricos de la Teoría de los Sistemas de Luhmann en relación con su concepción del Derecho, resulta necesario reseñar una cita que se considera importante para sintetizar la concepción del Derecho y la función judicial en Luhmann:

---

[26] Mejía, Oscar, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Themis, Bogotá, 2005, p. 213.
[27] *Ibidem*, p. 214.
[28] *Ibidem*, p. 215.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> El derecho positivo es hoy concebido como un sistema de normas que se lleva a cabo a través de la decisión y que puede ser cambiado a través de la decisión. En los procesos decisorios en que se imparte justicia tiene lugar un aprendizaje (...) que adapta el derecho a la evolución de la sociedad.[29]

4. La recepción de la Teoría de los Sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana

Para dar respuesta a esta pregunta, realizamos una búsqueda de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, en las que se citará expresamente al autor bajo análisis, desde la creación de la Corte hasta la fecha. El resultado de la pesquisa fueron tres sentencias en las cuales se menciona al autor en el salvamento de voto de dos de ellas, sin que se hiciera mención del mismo en el cuerpo de la providencia, y una tercera en la cual sí se menciona a Luhmann en la parte considerativa pero a manera de pie de página, al citar una de sus obras.

Evidenciadas las providencias mencionadas, se analizaron los problemas jurídicos planteados en cada sentencia y la forma en que fue utilizada la teoría de Niklas Luhmann en la argumentación de la Corte Constitucional, con el fin de determinar si la jurisprudencia constitucional colombiana utilizó la Teoría de los Sistemas de Luhmann en su consideración sobre el Derecho.

De las tres sentencias analizadas, escogimos una en la que se puede evidenciar claramente la influencia de la teoría Luhmanniana en las consideraciones de los magistrados que salvaron el voto, como es la sentencia C-319 de 1996, del magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, la cual mencionaremos en tercer lugar. Sobre las dos restantes se hará una alusión general, pues la mención que se hace de la teoría estudiada no representa, a nuestro juicio, una aplicación coherente u oportuna.

La primera de las sentencias que conforman la muestra analizada es la sentencia de tutela T-539 de 1993, del magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, en la cual se plantea como problema jurídico un conflicto de derechos entre la libertad de cultos, consagrada en el artículo 19 de la Carta, y la autonomía universitaria, establecida en el artículo 69. Al tomar la decisión sobre la violación del derecho a la libertad de cultos de la accionante, la Corte

[29] Luhamnn, Niklas, *La moral de la sociedad*, Trotta, Madrid, 2013. p. 55.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

considera que no se trata de un conflicto entre dos derechos consagrados en la Carta (la libertad de cultos y la autonomía universitaria) que deba desatar el fallador asignando una jerarquía más alta a alguno de ellos, sino de la verificación de que la universidad está actuando dentro de la más rigurosa órbita de juridicidad, que no está violando ni amenazando violar el derecho fundamental de nadie y, por ende, que la tutela invocada no es procedente.

En este caso, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien salva el voto, fundamenta su argumento en que la objetividad del derecho hace más seguro al sistema pero afecta la comunicación entre el derecho y la realidad, afirmando que la justicia del caso satisface las necesidades sociales de justicia pero hace inseguro y aleatorio el sistema, por lo que es necesario encontrar un punto intermedio en el cual beneficios y desventajas encuentren su mejor combinación.

Indica el magistrado Cifuentes, en su salvamento de voto, que esta preocupación por la tensión entre estos valores derecho/realidad ha sido explicada en detalle por Niklas Luhmann. Cita textualmente:

> De acuerdo con el sentido de esta tensión del sistema jurídico, se puede extraer una regla según la cual toda solución que consulte la justicia del caso debe ser introducida siempre y cuando la afectación que se ocasione al funcionamiento predecible y seguro del sistema sea mínima. Ni la objetividad del derecho ni la solución justa del caso concreto son fines absolutos que puedan ser aplicados con independencia de otros valores y principios. Negarse a la introducción de una excepción cuya aplicación no afecta de manera apreciable el buen funcionamiento institucional, la objetividad del derecho y la seguridad jurídica, es una manera de razonar empecinada en la protección de formas jurídicas insulsas y contrarias al estado social de derecho.

Sin embargo, no es claro al manifestar si lo anterior se trata de una cita del profesor Luhmann, si es el extracto de alguna de sus obras o si es una conclusión propia.

En segundo lugar, tenemos la sentencia de tutela T-884 de 2014, del magistrado ponente Martha Victoria Sáchica Méndez, relacionada con la demora en el pago de un subsidio de vivienda cuyo problema jurídico se pregunta si las entidades accionadas han vulnerado al actor su derecho fundamental a la vivienda digna, por la falta de adjudicación del subsidio de vivienda para

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

población desplazada, al que se postuló y se encuentra en estado de "calificado" desde el año 2007.

Sobre el particular, argumenta la Corte Constitucional en sus consideraciones que la calificación en la asignación de los subsidios, según lo expresan las entidades accionadas, no implica la existencia de "turnos" de asignación conforme a lo visto. Sin embargo, la calificación sí es un referente cuantitativo para la adjudicación de los subsidios, basado en el puntaje de cada postulado, que genera una expectativa normativa a los hogares en condición de desplazamiento que participan de la política pública. En relación con la palabra expectativa, encontramos la siguiente cita a pie de página:

> Para Luhmann "Las expectativas normativas terminan por limitar el ámbito de conductas posibles generando así una base de confianza que, a pesar de las incertidumbres futuras, permita tomar decisiones presentes" en Luhmann N, La paradoja de los derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014 pág. 21.

Al respecto, no encontramos una relación directa entre la semántica de la palabra *expectativa* como sinónimo de posibilidad o perspectiva, como lo usa la Corte, con el significado del término *expectativa* en la teoría Luhmanniana, que ya hemos abordado en este trabajo.

En tercer lugar, encontramos la sentencia C-319 de 1996, del magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, como ya mencionamos, dentro de la cual el problema jurídico a resolver es si la norma acusada, artículo 148 del Código Penal, subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995,[30] viola o desconoce las garantías sustanciales o procesales contenidas en la Constitución. Sobre el particular, cabe aclarar que la norma acusada ya no está vigente, pero el nuevo artículo que describe el tipo penal lo hace en los mismos términos demandados.[31]

---

[30] El texto de la norma acusada: "Artículo 148. El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal".

[31] El texto del artículo vigente: "Artículo 412 de la Ley 599 de 2000. Enriquecimiento ilícito. Modificado por el art. 29, Ley 1474 de 2011, Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años".

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para el caso concreto, el actor considera que el término "no justificado", previsto en la norma demandada, es violatorio del derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que, según él, traslada la carga de la prueba a quien no le corresponde probar nada dentro del proceso penal, es decir, al sindicado.

La Corte Constitucional declara exequible el articulado, toda vez que el delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos tiene un claro origen constitucional que se refleja en el interés que le asiste al Estado, no sólo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración pública, cuyo patrimonio se ve afectado por la conducta indebida de aquellos servidores que por el ejercicio de su cargo incrementan de manera injustificada su propio peculio con grave detrimento de la moral social.

Entre otros argumentos adicionales, afirma la Corte que el conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga, constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.), y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social, aclarando que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente pero, al aceptarla, están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

Sobre el particular, los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero se apartan respetuosamente de la decisión mayoritaria en cuanto a su fundamento, mas no en cuanto a la decisión de la honorable Corte, esgrimiendo principalmente que el argumento para declarar exequible el artículo demandado no se puede buscar por fuera del Derecho, haciendo énfasis en que, a pesar de que siempre ha existido la tensión entre política criminal y derecho fundamental, la razón que justifique la política criminal debe estar dada en la dogmática jurídico penal y no en otras esferas sociales como la moral.

La Corte argumenta que el hecho de que los bienes y rentas del servidor público deben ser de conocimiento del Estado es un deber constitucional, con el fin de proteger la función pública, y es un deber moral salvaguardando la moral social, afirmación sobre la cual se presentan en total desacuerdo los magistrados que salvan el voto, toda vez que de ninguna manera la moral debe ser la justificación de la política criminal, sino el Derecho.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Resaltan Gaviria y Martínez que en Colombia hemos tendido a basar la política criminal en valoraciones empíricas relacionadas con momentos políticos coyunturales particulares, sobre todo reactivos, y no en la dogmática penal, terminando el Derecho Penal resolviendo problemas que no le corresponden, lo que se traduce en la instrumentalización del Derecho Penal para intereses políticos coyunturales; situación que se exacerba si el juez constitucional confunde moral con Derecho o política criminal con política.

Para el caso concreto, aclaran los magistrados que el error interpretativo del artículo 34 de la Carta Política[32] reside en la falsa idealización de la *moral social* a la cual alude la disposición; el error se concreta en *moral social* como un bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito, cuando la misma Corte se ha pronunciado aclarando que se trata de una alusión a la función instrumental del enriquecimiento ilícito. El bien jurídico *moral social* no existe en el orden jurídico.

De este modo, indican los autores del salvamento de voto aludido, la Corte le da a la *moral social* efectos sobre la función punitiva estatal y la convierte en un bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito, dando a entender que lo injustificado de un patrimonio no es evaluado como un elemento de antijuridicidad que puede invadir la esfera de la tipicidad o simplemente como un elemento de tipicidad, sino que es transferido al universo de las leyes éticas.

Finalizan su intervención resaltando que la corrupción no es un asunto que deba resolver la justicia, haciendo hincapié en que exigir al sistema del Derecho y, más aún, del sistema del Derecho Penal una respuesta radical de justicia general entraña el riesgo de la ineficacia y la decepción.

Ahora bien, al momento de relacionar los argumentos del salvamento de voto con la teoría de Niklas Luhmann, se establece en el mismo salvamento que, haciendo alusión a la teoría de los sistemas del autor antedicho, mientras el sistema Política pretenda invadir el sistema Derecho, el sistema Derecho no podrá ofrecer justicia. El sistema del Derecho, o un subsistema suyo como el Derecho Penal, está incapacitado para ofrecer justicia si en su funcionamiento es invadido por la Política.

En este mismo sentido, resaltan los autores del salvamento que cuando dentro del sistema del Derecho se recurre a elementos de otro sistema como

[32] Artículo 34 CN: "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la *moral social*, se niega el sistema y se neutraliza su función, pues se bloquea con elementos extraños que aquel (el sistema derecho) no reconoce y no logra procesar.

Parafraseando a Luhmann, los magistrados en cuestión aluden que la Moral, el Derecho y la Política son sistemas autodiferenciados cada uno de ellos respecto a los demás. Ninguno constituye el centro de la sociedad, y cada cual debe "reducir complejidad", es decir, tematizar y resolver los dilemas y problemas que se le plantean, por lo que toda confusión de ámbitos y toda invasión de un sistema a otro causa trastornos e involuciones que repercuten negativamente sobre el funcionamiento de toda la sociedad en conjunto.

Con todo, como conclusión del análisis de la sentencia descrita, y dando respuesta a la pregunta que hoy nos ocupa, consideramos que la Teoría de los Sistemas de Luhmann, en relación con el Derecho, ha sido recibida en la jurisprudencia constitucional colombiana de manera precaria, teniendo consideraciones especialmente en salvamentos de votos y sólo como un híbrido creativo en una sola sentencia, que es la última a la que hacemos alusión.

En el salvamento de voto que hemos analizado encontramos un ejemplo claro y preciso de la aplicación de la Teoría de los Sistemas Sociales de Luhmann en el ordenamiento jurídico colombiano. Observamos cómo desde la Teoría de los Sistemas encontramos una fundamentación lógica sobre los problemas de nuestra realidad social, cuando pretendemos mezclar los elementos del Derecho con la Política o cuando pretendemos fundamentar las normas jurídicas en la moral o la ética.

Tal como lo describen los magistrados en el salvamento de voto, no es posible que nuestra legislación esté basada en elementos vagos o difusos como la moral o los valores, el *ethos*. Tampoco es válido pretender solucionar los problemas atenientes al sistema Política, como la corrupción de los servidores públicos, con elementos del sistema Derecho. Cuando el legislador busca con su articulado solucionar con el Derecho problemas morales o políticos, el Derecho no responde, simplemente porque dentro de su codificación, dentro de sus elementos, estructuras e instituciones no encuentra la salida sobre asuntos que no le competen ni le corresponden.

Como consecuencia de la intervención del sistema Moral en el sistema Derecho tendríamos que preguntarnos entonces si es válido penalizar a un servidor público que no justifique un incremento en sus bienes y rentas, por el hecho de que afecta la moral social de los demás, ofende a los ciudadanos y es un acto "mal visto", para luego preguntarle a cada uno de los ciudadanos si en realidad

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se siente ofendido o no y, con base en ello, emitir un juicio. Ésta es la manera en que el sistema Derecho se vuelve ineficaz o, en términos del observador externo, injusto.

5. Breves críticas sobre el positivismo jurídico desde la teoría de los sistemas

El propósito de este acápite es realizar unas breves consideraciones sobre los aportes que hizo la Teoría de los Sistemas de Luhmann frente al desarrollo del positivismo jurídico en sentido estricto. Para esto, se analizarán algunos planteamientos enfrentados entre la teoría del Derecho Luhmanniana y Hartiana.[33] Teniendo en cuenta que se ha hecho previamente una aproximación a la Teoría de los Sistemas de Luhmann y sus planteamientos sobre el Derecho, es importante hacer algo similar en relación con la Teoría del Derecho de Hart, para luego poder hacer el análisis de sus argumentos diferenciados.

Sobre la regla de reconocimiento

Quizás el mayor aporte de Hart a la Teoría del Derecho de corte positivista haya sido la introducción del concepto de *regla de reconocimiento* para superar la contradicción lógica a la que llegó la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

En este contexto, para el positivismo jurídico una norma jurídica será jurídica siempre y cuando pertenezca a un sistema jurídico; sin embargo, ¿cómo sabes que existe un sistema jurídico? De esta concepción se desprenden varios problemas, en tanto puede conllevar a un círculo vicioso, toda vez que ha de ser una primera norma (P1-Permisiva o Facultativa) la que autorice la existencia (vigencia o promulgación) de una segunda norma (P2-de cualquier índole); luego, ¿cuál es el criterio de existencia de la norma P1? ¿Otra norma de este tipo? Y en este sentido, ¿un regreso a P1´s ad infinitum?

Para Hart, el criterio fundamental de existencia de un sistema jurídico y, por ende, de las normas jurídicas pertenecientes a este sistema es la regla de reconocimiento. En este sentido, ésta es una regla secundaria que "especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata

[33] La obra *El concepto de Derecho* de Hart se considera una superación del positivismo jurídico hasta Kelsen, que había sido el punto culminante de esta teoría hasta mediados del siglo XX.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que esta ejerce".[34] Ahora bien, ¿quién determina la regla de reconocimiento? En este punto se distingue entre lo que funcionarios consideran como normas jurídicas aplicables y lo que los ciudadanos comunes entienden como Derecho. Mientras los primeros son los que fijan los significados de las disposiciones normativas creando las normas propiamente dichas y construyendo el sistema jurídico, los segundos aportan convenciones al sistema Derecho pero no determinan las normas jurídicas. En últimas, no importa lo que un ciudadano conciba como derecho (subjetivo) o deber (jurídico) en tanto no sea determinado así por algún funcionario con capacidad de producir normas jurídicas. Quienes por lo general definen estas normas son los jueces.[35]

Puntos comunes y desacuerdos centrales

Este aspecto coincide con el núcleo de la visión del Derecho y la función judicial en Luhmann; sin embargo, en la Teoría de los Sistemas no se tiene en cuenta este concepto de regla de reconocimiento que tanto ha dado de qué hablar en el ámbito jurídico.

Una observación que podría hacerse frente a lo anterior es la finalidad de cada teoría, toda vez que, a pesar de que ambas pueden considerarse como descriptivas, la una (sistemas) está pensando en describir toda la sociedad y al Derecho como un sistema especifico de esa sociedad, mientras que la otra (concepto de Derecho) está apuntando a resolver la contradicción en la que había dejado Kelsen al Derecho, y caracterizar al Derecho de forma más "ajustada a la realidad". Esta diferenciación se concreta en la forma de concebir el Derecho frente a la sociedad.

Mientras que para Hart el Derecho es eminentemente social, para Luhmann, si bien el Derecho está en la sociedad, no se subordina a ella (como puede interpretarse de la teoría Hartiana), sino que éste subordina a la sociedad, en el marco de la autorreproducción de su código binario.[36] Por otra parte, si bien para Hart la relación derecho-moral es contingente, para Luhmann la moral en ningún modo debe mezclarse con el Derecho, por lo que es posible identificar una diferencia de aspectos descriptivos y prescriptivos entre estos dos autores

[34] Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 117.
[35] "... el derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas (en especial, los jueces) creen que es". Vilajosana, Josep, *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 204.
[36] Luhamnn, Niklas, *La moral de la sociedad*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 55-56.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en cuanto a la relación derecho-moral. En este contexto, resulta evidente que para ambos existe una relación entre estos dos "sistemas"; sin embargo, para Hart esta observación resulta necesaria, es decir, no se puede evitar, aunque el resultado de esta relación sea contingente, mientras que para Luhmann esta relación se debe evitar para no bloquear el sistema Derecho.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la crítica fundamental y, en este sentido, el aporte fundamental que se ha considerado en este trabajo que hizo Luhmann al positivismo jurídico y al Derecho mismo es descubrir la inevitable tautología en que incurre el Derecho a la hora de funcionar, bien sea operando en la sociedad o tratando de definirse a sí mismo.[37]

6. Conclusiones

La Teoría de los Sistemas de Luhmann impactó en el ámbito académico de la segunda mitad del siglo XX. Esta teoría quiso, de alguna forma, abarcar una compresión universalista de la vida en sociedad. En este contexto, también se refirió al Derecho aportando algunos rasgos claves para el entendimiento de este fenómeno de forma más precisa y sincera, asumiendo su problematización como un rasgo distintivo e inevitable.

En Colombia esta teoría también fue objeto de utilización por parte de la Corte Constitucional para fundamentar algunas posiciones y conceptos específicos sobre temas concretos. Así las cosas, en tres sentencias de esta corporación fue citada la teoría de Luhmann, lo que indica una precariedad en cuanto a su consideración como una teoría "aceptada" por quienes hacen el Derecho en Colombia.

Tal como se mostró, en dos de las tres sentencias se refirieron a Luhmann para apoyar puntos de vista derrotados en las decisiones de la Corte, y sólo en una sentencia hizo parte de la estructura del fallo que hizo tránsito de cosa juzgada material (definitiva). Por otra parte, en esta última sentencia hubo una cita absolutamente descontextualizada sobre el concepto de *expectativa* en cuanto al Derecho para Luhmann. Mientras para éste las expectativas son un elemento integral (conceptual) de toda norma, especialmente de la jurídica, la Corte se refirió a éstas como un aspecto a considerar en el marco de un Derecho subjetivo de un ciudadano, lo que simplifica muchísimo este

[37] "El Derecho se ve obligado a producir una realidad jurídica autónoma, no pudiendo al mismo tiempo autoinmunizarse a sí mismo frente a las conflictivas realidades producidas por otros discursos sociales". Teubner, Günter, "El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho", *Doxa*, núm. 25, 2002, p. 559.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concepto. Para Luhmann, el carácter esencial de las expectativas es su papel dentro de la decisión judicial, como una reafirmación del sistema Derecho, ya sean cumplidas o defraudadas,[38] no simplemente como una forma de garantizar previamente la declaratoria favorable de un Derecho subjetivo.

Así mismo, encontramos una tercera sentencia en la que sí pudimos evidenciar en el salvamento de voto la influencia de la teoría de Luhmann de una manera precisa y coherente con los argumentos que lo fundamentan. En síntesis, en este salvamento de voto encontramos la descripción sobre cómo se bloquea el sistema Derecho cuando se pretende que, por medio de éste, se solucionen problemáticas propias de otros sistemas, como el sistema Política, por ejemplo, y cómo se vuelve ineficaz el sistema Derecho cuando las decisiones judiciales que lo componen se fundamentan en situaciones morales o éticas.

Por último, se considera que entre los mayores aportes de esta teoría a la comprensión del Derecho está la asunción de la tautología como el rasgo fundamental en toda conceptualización del Derecho, y la forma necesaria de autoproducirse y diferenciarse de otros sistemas o discursos sociales, como la moral y la política, para superar así las consideraciones de un Derecho natural.[39] Mientras que el positivismo jurídico trata de diferenciarse de estos sistemas sociales a través de un concepto único, trascendental y majestuoso, la Teoría de los Sistemas lo plantea como algo necesario y funcional, no en términos de pureza o de deber, sino de reproducción. En últimas, se considera que una y otra teoría coinciden en el núcleo central del Derecho, que es la validez, y que se replica en todas sus dimensiones; sin embargo, se distingue la Teoría de los Sistemas en que esta validez es necesaria como forma de ser del Derecho, pero puede ser contingente en cuanto a su determinación, es decir, al contenido material de las normas, ya sean sustanciales o procedimentales.[40] De ahí que se entienda por qué bajo la concepción luhmanniana del Derecho la sentencia tenga que venir, aunque eventualmente pueda venir antes del veredicto,[41] y tal vez pueda ser legítimo que se ordene que a alguien: *"¡le corten la cabeza!"*.[42]

---

[38] Luhamnn, Niklas, *La moral de la sociedad*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 55-56.
[39] *Ibidem*, pp. 29-33.
[40] Esto abre la puerta a las críticas profundas a esta teoría. Cabe mencionar la impactante pregunta que hiciera Gadamer sobre esta teoría en general: "... ¿usted no creerá sinceramente que Luhmann sostenía todas esas cosas en serio?". Gadamer, Hans, *Hermenéutica de la Modernidad. Conversaciones con Silvio Vietta*, Trotta, Madrid, 2004, p. 49.
[41] El procedimiento de decisión judicial que consiste en que primero se dicta el veredicto y posteriormente se profiere la sentencia es propio del sistema anglosajón, de donde proviene la alegoría a Lewis Carrol.
[42] Es tal vez la expresión más repetida por el personaje de la Reina de Corazones en: Carroll, Lewis, *Alicia en el país*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

7. Referencias

Baraldi, C; Corsi, G; Espósito, E., *Acoplamiento estructural. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana-ITESO/ Anthropos, 1996.

Carroll, L., *Alicia en el país de las maravillas*, Madrid, Cátedra, 2013.

Gadamer, H. *Hermenéutica de la Modernidad. Conversaciones con Silvio Vietta*, Madrid, Trotta, 2004.

García, J., *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Hart, H. 1963. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot. ISBN 9502000897.

Hawking, S; Mlodinow, L., *El gran diseño*, Barcelona, Crítica, 2010.

Luhmann, N., *Dos caras del Estado de Derecho. La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, México, 2014, pp. 11-42.

Luhmann, N., *El derecho de la sociedad*, México, Herder, 2009.

Luhamnn, N., *La moral de la sociedad*, Madrid, Trotta, 2013.

Martínez, J., *La imaginación jurídica*, Madrid, Taurus, 1999.

Mejía, O., *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Bogotá, Themis, 2005.

Orozco, C., Inconvenientes en la recensión de la sociología el derecho de Luhmann, *Aportaciones de Niklas Luhmann a la compresión de la sociedad contemporánea*, 2014, pp. 101-142.

Teubner, G., El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho, *Doxa*, 25, 2002, pp. 533-571.

Schrödinger, E., *Mente y materia*, Barcelona, Tusquets, 1999.

Vilajosana, J., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Normatividad.

- Constitución Política de Colombia.
- Sentencia T-884 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-316 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T – 539 a de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Ley 190 de 1995.
- Ley 599 de 2000.
- Ley 1474 de 2011.

---

de las Maravillas, Cátedra, Madrid, 2013.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 129-150

Violencia contra la mujer y regulación jurídica del femicidio en Ecuador*

Violence Against Women And Legal Regulation On Femicide In Ecuador

Lianet Goyas Cespedes**
Silvia Patricia Zambrano Noles***
Iris Cabanes Espino****

RESUMEN
La violencia contra las mujeres es reconocida como un problema social a nivel mundial, aunque es difícil de expresar en cifras por la cantidad de casos que no son denunciados; según datos de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género, en Ecuador la violencia por razón de género ha afectado a seis de cada diez mujeres. Ante esta situación, la sociedad civil y los gobiernos trazan estrategias para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, entre las que se encuentra la tipificación del femicidio en las legislaciones de varios países latinoamericanos, pero esto no ha parado las muertes de mujeres por razón de su género. Todo esto motiva el análisis de la regulación en varios países de América Latina respecto a la figura del femicidio, con especial referencia en Ecuador, que se presenta en este artículo como resultado del proyecto de investigación "Deberes y derechos ciudadanos", que se desarrolla en la Universidad Metropolitana del Ecuador.

Palabras clave: discriminación por el género, violencia contra la mujer, femicidio, feminicidio.

ABSTRACT
Violence against women is a worldwide social problem, although gender violence against women is difficult to express in terms of numbers or cases since they are not reported, according to data from the national survey on family relations and gender violence, gender violence in Ecuador affects 6 out of 10 women. In the face of this situation, civil society and government outline strategies for the eradication of all forms of violence against women, including the definition of femicide in the legislations of several Latin American countries, but this alone has had no impact on the death toll of women by gender reasons. Therefore there is a need for an analysis on the regulations in several countries of Latin America on the numbers of femicides with special reference to Ecuador, which is presented in this article as a result of Duties and Citizen Rights Project that was developed in the Metropolitan University of Ecuador

Keywords: gender discrimination, violence against women, femicide.

*Artículo de investigación recibido el 18 de junio de 2017 y aceptado para publicación el 18 de enero de 2018
** Profesora Investigadora en la Universidad Metropolitana del Ecuador, (Sede Machala). (lianetgoyascespedes@gmail.com) orcid.org/0000-0002-6634-2308
*** Profesora Investigadora en la Universidad Metropolitana del Ecuador, (Sede Machala). (silzam_79@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-2696-6447
**** Profesora Investigadora en la Universidad Metropolitana del Ecuador, (Sede Guayaquil). (iriscabanes2016@gmail.com) orcid.org/0000-0002-9990-0142

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La discriminación por el género como génesis y manifestación de todos los tipos de violencia contra la mujer / 3. Las cifras de violencia contra la mujer resultan alarmantes / 4. Creación de un Ministerio de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y varones / 5. Los esfuerzos institucionales por eliminar la violencia contra la mujer en Ecuador / 6. Tipificación del femicidio o feminicidio en la legislación de países de América Latina / 7. La tipificación del femicidio en Ecuador / 8. Conclusiones / 9. Referencias

1. Introducción

La situación de desventaja en que ha estado la mujer ha sido motivada por una estructura de poder que ha imperado en las culturas patriarcales, asignándole roles que perpetúan la dominación de los hombres y su subordinación, y que garantizan que se vuelvan invisibles los aportes de las mujeres a la sociedad. Los estereotipos creados a partir de supuestos papeles determinados por la biología de los sexos han justificado la discriminación a todo nivel, la desigualdad en el acceso a oportunidades y a los servicios de educación, salud y empleo, así como la exclusión de la que son sujetos. Como señala Magdalena Herdoíza: "Esta es una deuda del Estado con las mujeres, principalmente para con las mujeres indígenas, rurales y afrodescendientes".[1]

Las diferencias que persisten en las relaciones sociales entre hombres y mujeres en la sociedad generan manifestaciones de misoginia y, como su consecuencia más deplorable, femicidios que cobra anualmente miles de vidas de mujeres. Como expresa Ana Carcedo: "La muerte de mujeres a manos de sus esposos, amantes, padres, novios, pretendientes, conocidos o desconocidos no es el producto de casos inexplicables o de conducta desviada o patológica. Por el contrario, es el producto de un sistema estructural de opresión. Estas muertes son femicidios, la forma más extrema de terrorismo sexista, motivado, mayoritariamente, por un sentido de posesión y control sobre las mujeres".[2]

[1] Herdoíza, Magdalena, *Construyendo Igualdad en la educación superior. Fundamentación y lineamientos para transversalizar los ejes de igualdad y ambiente,* Senescyt/Unesco, Quito, 2015, p. 46.
[2] Carcedo, Ana, *Femicidio en Costa Rica 1990-1999,* INAMU, Colección Teórica Número 1, San José, Costa Rica, 2000, p. 13.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En ese sentido, son muchos los países que han tipificado esa figura en sus legislaciones, sin embargo, es un fenómeno que sigue en aumento; muestra de ello es que en los primeros días del año 2017 en Ecuador, no obstante tener regulado este tipo penal, ha crecido tanto la cifra de femicidios que el Consejo Nacional para la Igualdad de Género publicó un Pronunciamiento[3] en el que se hace un llamado a las instituciones estatales para redoblar esfuerzos que eviten esos actos en el país.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este trabajo se pretende valorar la posición adoptada por Ecuador en cuanto al enfrentamiento con el femicidio, a partir del análisis de las acciones institucionales realizadas para su prevención y erradicación, así como la comparación con su regulación en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, para así poder fundamentar las limitaciones del marco legal vigente en el Código Orgánico Integral Penal.

2. La discriminación por el género como génesis y manifestación de todos los tipos de violencia contra la mujer

La discriminación de la mujer ha sido institucionalizada a través de los siglos a nivel mundial. Al colocarla en una situación desventajosa en todos los ámbitos de las relaciones sociales, también se le hace blanco de las diversas formas de violencia. Depender económicamente de los hombres, no tener un adecuado nivel educacional y cultural, no poder acceder a determinados empleos, tener asignada la crianza de los hijos y el cuidado de la familia, entre otras cuestiones, han hecho que las mujeres sean violentadas en sus relaciones públicas y privadas.

En Ecuador, según el censo del 2010, 50.4% de la población corresponde a mujeres. Respecto a la educación, en diciembre de 2013 la prevalencia del analfabetismo a nivel nacional era de 6.71%, mientras que para las mujeres el promedio se elevaba un punto porcentual 7.78 %.[4] (Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2014).

En cuanto a la participación en la vida económica, los datos de diciembre de 2013 muestran que el subempleo y desempleo impactan principalmente a las mujeres, pues afectan a 58.70 % en la población femenina mayor de 10 años, en comparación con el 44.8 % en los hombres.

---

[3] Consejo Nacional para la Igualdad de Género. Disponible en: http://igualdadgenero.gob.ec/images/docs/Comunicac-2017/Pronunciamiento%20Enero%202017.jpg. Consultado el 1 de febrero de 2017.
[4] Comisión de Transición hacia el Consejo de Mujeres y la Igualdad de Género, 2014.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte, la encuesta específica sobre uso del tiempo, realizada en el 2012 en el marco de colaboración Instituto Nacional Estadísticas y Censo (*INEC*) y la Comisión de Transición hacia el Consejo de Mujeres y la Igualdad de Género (CDT), muestra que a nivel nacional el tiempo total de trabajo es de 66:27 horas por semana. Las mujeres reflejan una mayor carga en el trabajo no remunerado, con una diferencia de 22:40 horas frente a los hombres, señalando que esta diferencia se debe a la asignación cultural de las responsabilidades domésticas y de cuidado al género femenino.[5]

3. Las cifras de violencia contra la mujer resultan alarmantes

En la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, se define lo siguiente:

> Artículo 1
> Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado[6].

En ese sentido, en el texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, se muestra preocupación porque "la violencia en que viven muchas mujeres de América, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición, es una situación generalizada".[7]

En Argentina, cada 30 horas una mujer es asesinada y cada año aumenta el número de femicidios. Entre 2008 y 2014 murieron 1808 mujeres asesinadas por la violencia machista.[8] Las organizadoras de Ni Una Menos enviaron a los políticos cinco puntos a través de los cuales les exigen un compromiso público de aplicación de políticas específicas para combatir el femicidio:

---

[5] INEC. Disponible en: http://www.ecuadorencifras.gob.ec//documentos/web-inec/Uso_Tiempo/Presentacion_%20Principales_Resultados.pdf. Consultado el 20 de diciembre de 2016.
[6] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf. Consultado el 27 de enero de 2017.
[7] *Ibidem.*
[8] Dato disponible en: http://www.feminicidio.net/articulo/ni-menos-la-sociedad-argentina-indignada-la-ola-femicidios-azota-al-pa%C3%ADs. Consultado el 20 de diciembre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. Elaboración de estadísticas oficiales sobre violencia contra las mujeres y un índice de femicidios.
2. Creación de fueros regionales especializados en violencia contra las mujeres con competencia en materia civil y penal.
3. Reglamentación en su totalidad de la ley 26.485 y asignación de recursos.
4. Incorporación de la temática violencia contra las mujeres en todas las currículas educativas.

4. Creación de un Ministerio de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y varones.

En México, según la *ONU*, siete mujeres son asesinadas cada día. Esta terrorífica cifra convierte al país azteca en uno de los integrantes del G-20 en el que las mujeres se encuentran más desprotegidas después de India, Arabia Saudita, Indonesia y Sudáfrica, según un análisis de TrustLaw para la Fundación Thomson Reuters.[9]

Además de la violencia generalizada, las mexicanas se enfrentan a la impunidad en sus asesinatos, al tráfico de personas, al trabajo en condiciones de esclavitud y a la falta de acceso a la educación, a la política y a la tierra. Entre 2013 y 2015, 6488 mujeres fueron asesinadas, según datos desprendidos de las estadísticas del *INEGI*.[10]

En el estudio realizado en Costa Rica por Ana Carcedo, que comprende de 1990 a 1999 se señala que, tomando en cuenta únicamente los homicidios de mujeres en los que se conocen las circunstancias en las que ocurrieron (autor, relación, forma de muerte), es decir, si se excluyen los indeterminados, el porcentaje de femicidios asciende a 70% del total de los homicidios de mujeres.[11]

Cada año, entre 2004 y 2014, un promedio de 32 mujeres murió a manos de sus compañeros sentimentales en Costa Rica. En la gran mayoría de los casos —un 75 por ciento—, las víctimas nunca reportaron maltrato ante las autoridades ni presentaron denuncias formales de agresión contra sus asesinos. De las 316 muertes registradas esa década, sólo 16 víctimas tenían medidas de protección y únicamente 79 formularon denuncias por maltrato.[12]

[9] Dato disponible en: http://www.economiahoy.mx/nacional-eAm-mx/noticias/7406635/03/16/Siete-mujeres-mueren-al-dia-en-Mexico-victimas-de-la-violencia.html. Consultado el 2 de febrero de 2017.
[10] *Ibid.*
[11] Carcedo, Ana, *op. cit.*, p. 34.
[12] Dato disponible en: http://www.ameliarueda.com/especiales/feminicidios/. Consultado el 2 de febrero de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En Ecuador, seis de cada diez mujeres han sufrido algún tipo de violencia de género, es decir, 3 260 340.[13] La familia debe constituir el espacio donde el ser humano se siente más seguro y en el que puede desarrollar su afectividad; sin embargo, es una realidad que en la actualidad las mujeres y otros miembros del núcleo familiar son abusados psicológica y físicamente en el interior de sus hogares. Según la Encuesta Nacional de Violencia contra las Mujeres, realizada por *INEC* en coordinación con la *CDT* en 2011, 76% de estos actos de violencia es cometido por parejas o exparejas, quienes, en la mayoría de los casos, gozan de una legitimación arbitraria de este tipo de conductas y, por tanto, no son denunciadas.[14] En lo que va del 2017 han matado a 15 mujeres; posiblemente sus parejas o exparejas las asesinaron. En el mismo periodo del 2016, se registraron ocho casos.[15]

En cuanto a los impactos del femicidio como expresión más brutal de la violencia contra la mujer, ha señalado Ana Carcedo:

> Cuando una mujer muere a causa de la violencia de género es de esperar un fuerte impacto sobre las familias. Dado que la mayoría de las que fueron asesinadas en la década se encontraban en edad reproductiva, dejaron hijas e hijos menores. Por otra parte, cuando el homicida es el padre de estos niños y niñas, estos quedan sin su núcleo familiar. Además de la pérdida irreparable y el dolor que viven las y los hijos menores, las personas adultas de la familia interesadas en que se haga justicia tienen que enfrentar procesos judiciales para los que no están preparadas ni anímica ni legalmente, y para los que en ocasiones no cuentan con recursos de tiempo o económicos. Tienen que enfrentar también la frustración cuando el femicida evade la justicia o los Tribunales no actúan con la rigurosidad que la gravedad de estas muertes demanda.[16]

---

[13] Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género. Disponible en: http://www.igualdadgenero.gob.ec/estad%C3%ADsticas/57-encuesta-nacional-de-relaciones familiares-y-violencia-de-g%C3%A9nero.html. Consultado el 26 de diciembre de 2016. Este dato ha sido retomado en la exposición de motivos de la recientemente aprobada Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, Quito, 5 de febrero de 2018.

[14] Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género. Disponible en: http://www.igualdadgenero.gob.ec/estad%C3%ADsticas/57-encuesta-nacional-de-relaciones familiares-y-violencia-de-g%C3%A9nero.html. Consultado el 26 de diciembre de 2016.

[15] El Universo. Disponible en: http://www.eluniverso.com/noticias/2017/01/24/nota/6014020/casos-femicidos-ecuador-se-han-duplicado-2017-segun-dinased. Consultado el 1 de febrero de 2017.

[16] Carcedo, Ana, *op. cit.*, p. 48.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

5. Los esfuerzos institucionales por eliminar la violencia contra la mujer en Ecuador

Ecuador es signatario de los principales convenios y tratados del Sistema de Naciones Unidas, relacionados con la situación de la mujer, entre ellos la Convención sobre los Derechos Políticos de las Mujeres (1952), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (*CEDAW*, 1979), la Plataforma de Acción de Beijing (1995) y los Objetivos de Desarrollo del Milenio contenidos en la Declaración del Milenio (*ODM*).

La Constitución de la República del Ecuador, de 2008, regula la protección integral de la mujer a través de varios artículos. Entre los más significativos se encuentran los referidos al reconocimiento de las mujeres embarazadas como personas y grupos de atención prioritaria, lo que se realiza en los artículos 35 y 43. Dentro de la protección que se brinda a estas personas y grupos se da un tratamiento especial a las mujeres al protegerlas cuando además han sido desplazadas arbitrariamente o están privadas de la libertad, lo que constituye una forma de prevenir la discriminación aditiva.

De igual forma, al reconocer y garantizar los derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el artículo 57 establece que:

> Art. 57: El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

En sus artículos 65, 108, 116, 176, 183, 210, 224 y 434, entre otros, se establece que el Estado promoverá la representación paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación o designación de la función pública, y en los partidos y movimientos políticos. Asimismo, en materia de empleo los artículos 331, 332 y 333 establecen la obligación del Estado para garantizar a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo.

Específicamente en cuanto a la protección contra la violencia, en el artículo 66, numeral 3, inciso b), se regula.

> b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

Por último, en cuanto al análisis de la regulación constitucional, sin pretender agotarlo, debe señalarse que el artículo 70 establece:

> Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

En cumplimiento con el mandato constitucional, en abril de 2014 se publicó la Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017,[17] que es resultado de la concertación entre el Estado y la sociedad civil en torno a los derechos de género. Como señala Magdalena Herdoíza:

> Esta agenda reivindica a los sujetos de derechos y sustenta, a partir de argumentos jurídicos y políticos, las intervenciones públicas orientadas a superar las brechas de desigualdad. Su propósito es la transformación de las relaciones sociales discriminatorias encaminadas a la construcción efectiva de un Estado en el que la igualdad sustantiva sea garantizada como una macro- política pública[18].

El eje 2 de la Agenda se refiere a una vida libre de violencia, aglutina 15 lineamientos que se orientan a incrementar la cobertura del sistema de protección de víctimas de violencia, especializar al talento humano para una adecuada atención a las víctimas de violencia, fortalecer la ampliación y cobertura de los juzgados especializados, generar un subsistema integral de información, tipificar el femicidio como delito, la atención y sanción de los medios de comunicación y las *TIC*, sobre la difusión de contenidos y mensajes

[17] Consejo Nacional de Igualdad de Género, *Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017*, El Telégrafo, Quito, 2014.
[18] Herdoíza, Magdalena, *op. cit.*, p. 51.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

machistas, sexistas, misóginos o que promuevan la violencia de género, entre otras cuestiones.

En el proceso de elaboración de la Agenda de Igualdad de Género por parte de la Comisión de Transición, en 2011, se produjo el Plan para la Igualdad, No Discriminación y Buen Vivir para las Mujeres Ecuatorianas: Marco Conceptual, Ruta Metodológica y Estrategia de Transversalización 2010-2014.[19] El Plan establece como línea estratégica 6, "Erradicación de la violencia de género", el acoso sexual, laboral y político, y el femicidio en los diversos ámbitos en la vida social, escolar, académica y doméstica.

En la rendición de cuentas del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, correspondiente al año 2014, se manifiesta que:

> Para promover y garantizar una cultura de paz en la sociedad, el Gobierno Nacional consolidó un modelo de atención de calidad a las víctimas de violencia de género, a partir de estándares de atención e institucionalización de mecanismos de coordinación de los servicios. El proyecto desde el *MCDS* contribuyó en la construcción de la política pública de equidad género que se materializó en el Plan Nacional del Buen Vivir. En diciembre de 2014, se publicó la Norma Técnica de Atención a Víctimas de Violencia de Género para evitar la re victimización de las personas en los servicios de salud y del Sistema de Protección. Este fue un esfuerzo conjunto entre el Ministerio de Salud Pública, Consejo de la Judicatura y Fiscalía General del Estado. Se elaboraron guías de capacitación dirigidas a operadores de salud del *MSP* para la atención y direccionamiento de víctimas de violencia de género en el sistema de salud y se distribuyó material informativo sobre violencia de género en todas las salas de espera de los centros de salud. Además, se elaboraron guías para la atención en caso de delitos sexuales en ámbito educativo y se capacitó a 1.400 profesionales de los Departamentos de consejería estudiantil (dece) sobre protocolos y rutas de atención a víctimas de violencia en el sistema educativo.[20]

---

[19] Arboleda, María, *Cuaderno de Trabajo Plan de Igualdad, No Discriminación y Buen Vivir para las Mujeres Ecuatorianas. Marco conceptual, ruta metodológica y estrategia de transversalización 2010-2014,* primera edición, Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, Quito, 2011.

[20] Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. Disponible en: http://www.desarrollosocial.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/RENDICION-CUENTAS-20141.pdf, pp. 15-16. Consultado el 26 de enero de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el informe de rendición de cuentas de la Fiscalía General del Estado, del año 2015, se expresa: "En este campo se crearon 70 unidades de investigación especializada de los delitos de violencia contra la mujer. Femicidio: Desde agosto del 2014, hemos obtenido 44 sentencias condenatorias con penas de hasta 40 años".[21]

Un hito trascendental en el enfrentamiento a todas las formas de violencia contra la mujer lo constituye la recientemente aprobada Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, cuya exposición de motivos expresa:

> Esta Ley prevé de manera particular, enfocar la acción del Estado en la sensibilización y prevención de la violencia y con la participación de la ciudadanía, bajo el principio de corresponsabilidad. Estos dos actores deben garantizar a través de políticas, planes y programas, la transformación, de los patrones socioculturales y la erradicación de prácticas que naturalizan la violencia contra las mujeres. Esta Ley establece además tres componentes para la erradicación de la violencia: atención, protección y reparación de las mujeres víctimas de violencia para garantizar su seguridad e integridad y para retomar su proyecto de vida".[22]

6. Tipificación del femicidio o feminicidio en la legislación de países de América Latina

Como ha planteado Ana Carcedo:

> estas muertes causadas por la violencia intrafamiliar y la violencia sexual se originan en las relaciones desiguales de poder existentes en la sociedad entre la población masculina y la femenina, y se expresan al interior de las familias, en las relaciones de pareja y noviazgo y, en general, en las relaciones entre los géneros como relaciones de control de los hombres sobre las mujeres. Se trata de homicidios que no ocurren por casualidad, ni en los que las víctimas y los victimarios podrían ser

[21] Fiscalía General del Estado. Disponible en: fiscalia.gob.ec/informativo/Discurso_FGE_Rendicion_Cuentas_2016.pdf. Consultado el 26 de enero de 2017.
[22] Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres,* Registro Oficial 175, Quito, 5 de febrero de 2018.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> indistintamente una mujer o un hombre. Se trata de homicidios en los que el hecho de que la víctima sea una mujer es una condición necesaria para que ocurran.[23]

En opinión de Roxana Arroyo:

> La violencia contra la mujer no es un fenómeno aislado sino producto de una violencia estructural que impregna todo el tejido social estemos en tiempo de paz o de guerra, invisibilizar esto es negar las graves consecuencias que la violencia y la discriminación tienen en la vida de las mujeres y la responsabilidad de la Comunidad Internacional y los Estados en su ámbito interno para la prevención, sanción y erradicación de la violencia y la discriminación.[24]

Como expresa Ana Isabel Garita:

> A pesar de que el concepto de femicidio no se gestó en América Latina, es en esta región en donde, en las últimas dos décadas, se ha producido un amplio debate sobre el concepto como efecto natural de la situación de vulnerabilidad y violencia en que se encuentran las mujeres y, muy especialmente, por la ineficacia del sistema de justicia para contener y reprimir la muerte de mujeres.[25]

Tal como se expresa en el Informe sobre la Situación Mundial de la Prevención de la Violencia 2014: "Las leyes contra la violencia envían un mensaje claro a la sociedad acerca de los comportamientos inadmisibles y legitiman las acciones necesarias para garantizar la seguridad de la población en todo momento".[26]

---

[23] Carcedo, Ana, *op. cit.*, p. 36.
[24] Arroyo, Roxana, *Violencia Estructural de Género una Categoría Necesaria de Análisis para los Derechos Humanos de las Mujeres*. Disponible en: http://observatoriojyg.org/index.php/280-doctrina/1-derecho-de-humanas/2-igualdad/686-violencia-estructural-de-genero-una-categoria-necesaria-de-analisis-para-los-derechos-humanos-de-las-mujeres. Consultado el 26 de enero de 2017.
[25] Garita Vílchez, Ana Isabel, *La regulación del delito de Femicidio/Feminicidio en América Latina y El Caribe*, Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Ciudad de Panamá, p. 15.
[26] ONU *Informe sobre la Situación Mundial de la Prevención de la Violencia 2014,* Washington, D.C., 2016, p. 40. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/informe_sobre_la_situacion_mundial_de_la_prevencion_de_la_violencia.pdf. Consultado el 9 de marzo de 2018.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En América Latina, siete países habían aprobado, hasta 2012, leyes que tipifican este delito: Chile, Costa Rica, Guatemala, México, Perú, El Salvador y Nicaragua. Al referirse a tales leyes, Nadine Gasman señaló que:

> La tipificación de este delito obedece a la obligación de los Estados de adecuar sus legislaciones a los instrumentos internacionales pero también al incremento del número de muertes de mujeres y la crueldad con que la que se producen, a la ausencia de tipos penales especiales para describir adecuadamente el asesinato de mujeres basado en razones de odio, desprecio, y relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, así como a los altos índices de impunidad.[27]

La manera en que ha sido regulado en estas legislaciones difiere en cuanto a su denominación: Chile, Costa Rica, Guatemala y Nicaragua lo denominan femicidio, y El Salvador, México y Perú lo llaman feminicidio.

La diferencia entre uno y otro concepto se ha sustentado fundamentalmente en la impunidad. Al respecto, Marcela Lagarde ha desarrollado el concepto de feminicidio expresando que:

> para diferenciarlo, preferí la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres.[28]

Y añade la autora:

> Para que se dé el feminicidio concurren, de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes. Su ceguera de género

[27] Gasman, Nadine, "Presentación", *La regulación del delito de Femicidio/Feminicidio en América Latina y El Caribe*, Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Ciudad de Panamá, Panamá, p. 7.
[28] Lagarde y de los Ríos, Marcela, "Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres", *Retos teóricos y nuevas prácticas*, Margaret Bullen, Carmen Diez Mintegui (coordinadoras), pp. 216.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> o sus prejuicios sexistas y misóginos sobre las mujeres. Hay condiciones para el feminicidio cuando el Estado (o algunas de sus instituciones) no da las suficientes garantías a las niñas y las mujeres y no crea condiciones de seguridad que garanticen sus vidas en la comunidad, en la casa, ni en los espacios de trabajo de tránsito o de esparcimiento. Más aún, cuando las autoridades no realizan con eficiencia sus funciones. Cuando el Estado es parte estructural del problema por su signo patriarcal y por su preservación de dicho orden, el feminicidio es un crimen de Estado.[29]

Por su parte, Ana Carcedo conceptualiza el femicidio señalando que:

> la violación, el incesto, el abuso fisico y emocional, el acoso sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, etc., son todas expresiones distintas de la opresión de las mujeres y no fenómenos inconexos. En el momento en que cualquiera de estas formas de violencia resulta en la muerte de la mujer, ésta se convierte en femicidio. El femicidio es, por lo tanto, la manifestación más extrema de este continuum de violencia.[30]

No obstante esta disquisición teórica, en las legislaciones latinoamericanas se utilizan los dos términos, femicidio y feminicidio, para referirse a la muerte ocasionada a mujeres por razón de su género.

Por ejemplo, utilizan el término *feminicidio*: México, que en su Código Penal Federal,[31] en el capítulo V, se refiere al feminicidio (reformada la denominación mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2012); El Salvador, Ley Especial. Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, DECRETO 520, publicado en el Diario Oficial núm. 2, tomo 390, del 4 de enero de 2011.[32]

Otras legislaciones utilizan el término *femicidio*, por ejemplo: el Código Penal de Chile,[33] en su artículo 390; Costa Rica, en la Ley de Penalización

---

[29] *Ibid.*, pp. 216-217.
[30] Carcedo, Ana, *op. cit.*, p. 14.
[31] Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Disponible en: https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/codigo-penal-federal. Consultado el 27 de enero de 2017.
[32] Procuraduría General de la República. Disponible en: http://www.pgr.gob.sv/genero/descargas/ley%20especial%20integral%20para%20una%20vida%20libre%20de%20violencia%20para%20las%20mujeres_web.pdf. Consultado el 27 de enero de 2017.
[33] Biblioteca del Congreso Nacional (CL). Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&tidParte=0#parricidio0. Consultado el 27 de enero de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la Violencia Contra las Mujeres, Ley 8589, del 25 de abril de 2007,[34] en el artículo 21; Guatemala, en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, en el decreto número 22-2008;[35] Nicaragua, en la Ley 779, Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley 641, del Código Penal[36], en el artículo 9.

Importante es mencionar que Colombia reformó su Código Penal e incorporó, vía circunstancia de agravación, el homicidio cometido "contra una mujer por el hecho de ser mujer". En el caso de Argentina, mediante la Ley 26.791, se incorporó al artículo 80 del Código Penal la imposición de reclusión perpetua o prisión perpetua al que mate a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

7. La tipificación del femicidio en Ecuador

La muerte violenta de una mujer es la forma más extrema de violencia de género, y en Ecuador está tipificada como femicidio, por lo que es importante enfatizar que un hecho de esta naturaleza tiene un trasfondo de género, de poder y de dominación que determina que la víctima sea una mujer. Por lo tanto, no es un hecho violento aislado, sino que responde a una construcción social patriarcal.[37]

El Ecuador, en el marco de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, tipificó el femicidio en el Código Orgánico Integral Penal (*COIP*) vigente desde agosto de 2014. Este nuevo delito permite al Estado investigar, juzgar y sancionar la muerte de las mujeres en razón de su género. Contando con la norma penal, corresponde a la Fiscalía titular de la acción pública aplicar la norma y poner en movimiento la administración de justicia, como en efecto lo ha hecho:[38]

---

[34] Sistema Costarricense de Información Jurídica. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&tnValor1=1&tnValor2=60183&tnValor3=105224&tstrTipM=FN. Consultado el 2 de febrero de 2017.

[35] Disponible en: http://www.wpanet.org/uploads/News-Zonal-Representatives/wpa-policy-papers-from-zone3/Zone%203-Ley_contra_el_Femicidio_y_otras_Formas_de_Violencia_Contra_la_Mujer_Guatemala.pdf.

[36] Poder Judicial, República de Nicaragua. Disponible en: http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/Ley_No_779_Ley_Integral_Contra_la_Violencia_hacia_la_Mujer.pdf. Consultado el 26 de diciembre de 2016.

[37] Consejo Nacional para la Igualdad de Género Disponible en: http://igualdadgenero.gob.ec/images/docs/Comunicac-2017/Pronunciamiento%20Enero%202017.jpg [Consulta: 1 de febrero de 2017]

[38] Fiscalía General del Estado, *Femicidio. Análisis penológico 2014-2015*, 1ra edición digital, 2016, Quito, Ecuador, p. 8.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Código Orgánico Integral Penal
Capítulo Segundo
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LIBERTAD
Sección Primera
DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA
Art. 141.-Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.
Art. 142.- Circunstancias agravantes del femicidio.- Cuando concurran una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior:

1. *Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.*
2. *Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.*
3. *Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.*
4. *El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.*

Como se ha señalado por la Fiscalía General del Estado:

> Un nuevo tipo penal independiente se justifica solamente si ese delito va a proteger un bien jurídico diferente que justifique su existencia separado de otras figuras penales similares y de carácter neutro. En la especie, el homicidio es un tipo penal neutro que protege el bien jurídico "vida", entonces se podría pensar que este tipo penal es suficiente para proteger la vida de las mujeres que mueren por razones de género. Si aceptamos este razonamiento estaríamos olvidándonos que solamente las mujeres soportan femicidio o feminicidio y que el Estado está obligado a garantizarles el derecho a la vida, a una vida sin violencia, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación. Un tipo penal independiente permite distinguir las muertes que se producen por razones de género de otras muertes violentas. El femicidio o feminicidio se incluye en el

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> catálogo de delitos para que el Estado proteja el derecho a la vida de las mujeres.[39]

La inclusión de este delito en la legislación penal ecuatoriana es indudablemente la respuesta a un problema que ha adquirido dimensiones en el país, y pese a la existencia real de delitos cuyas víctimas directas son las mujeres, la legislatura demoró en introducir la figura penal en el catálogo de delitos. En vista de que no existía una norma punitiva específica, no se contaba tampoco con mecanismos de investigación y sanción de los ataques, la sistematicidad y la reincidencia, convirtiendo así en ineficaz la protección integral de los bienes jurídicos tutelados: la vida y la integridad personal de las mujeres.

Las normas internacionales sobre derechos humanos, como la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana de Belem do Pará, la Declaración y Programa de Acción de Viena, las corrientes socio-culturales que incluyen el enfoque de género en las leyes y en la justicia, e igualmente las legislaciones de otros países de la región, junto a los hechos dolorosos que se han presentado en el país, debieron ser razones suficientes para la inclusión del femicidio en el ordenamiento jurídico interno penal ecuatoriano.

La Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, en el informe para el segundo debate del proyecto del Código Orgánico Integral Penal (*COIP*), de fecha 4 de octubre del 2013, reconoce que la normativa internacional que se relaciona con el tema de la violencia o discriminación contra la mujer es el antecedente para tipificar el femicidio, y lo califica como un avance para luchar contra la violencia que sufren las mujeres. Por consiguiente, para el órgano legislativo este nuevo delito se encontraría íntimamente ligado con la violencia en contra de las mujeres.

Al respecto, conviene previamente delimitar la corriente que adopta el *COIP* que entró en vigencia en agosto del 2014, para analizar la norma que describe y sanciona el femicidio, y es así como, al tenor del artículo 18, el delito en general responde a una noción dogmática, por lo que contiene todas las características de la acción sancionada con una pena y, por tanto, es la conducta típica, antijurídica y culpable. En ese orden, el artículo 25, al tratar de la tipicidad, consigna que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes; en consecuencia, es la descripción

[39] *Ibíd.*, p. 11.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concreta de la conducta prohibida integrada por una parte objetivada y otra subjetiva.

Del texto del artículo 141 del *COIP*, transcrito *up supra*, se infiere que los elementos objetivos del tipo son:

- El sujeto activo del delito: es la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en esa norma, lo que significa que no es un sujeto calificado, pues no se exige que reúna ciertas calidades especiales, como sucede en las legislaciones de otros países.
- El sujeto pasivo del delito: es el titular del bien jurídico protegido, que en ocasiones puede tener ciertas calidades, como en el femicidio. El artículo 141 establece que es una mujer, por consiguiente la conducta o acción debe dirigirse en su contra y será sólo ella quien reciba el perjuicio por parte de cualquier persona.
- La acción o conducta: es el núcleo del tipo y se identifica como verbo rector; en el caso es matar. Está seguido por el resultado, que es el efecto y la consecuencia manifestada en el mundo exterior, y que incide tanto en el plano físico como en el psíquico.
- El bien jurídico: El bien jurídico permite descubrir la naturaleza del tipo, en tal forma que le da sentido y fundamento; es el bien tutelado por el derecho penal. En el femicidio: la vida de la mujer.
- Los elementos normativos: implican una valoración, y tienen por ello cierto grado de subjetivismo. En algunos casos se relacionan con la ley o instrumentos internacionales, mientras que en otros hay contenido cultural y están determinados con la sociología o la teoría política.

El artículo 141 tiene como elementos normativos las relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, la condición de mujer, la condición de género. Al efecto, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer delimita los tipos de violencia, y es claro que es resultado de un abusivo ejercicio del poder y de inequidad en las relaciones hombre-mujer.

Pero como ya se ha señalado, la condición de género como circunstancia motivante del femicidio es una construcción cultural y social que va más allá de las diferencias sexuales. La norma legal debe ser interpretada teniendo en cuenta el método histórico de interpretación; en ese sentido, no solamente se

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ha de revisar detenidamente el texto del artículo, sino que además se investigarán los criterios que el legislador imprimió en la redacción de la norma, en los debates previos y los antecedentes. Por esa razón, haber utilizado la conjunción *o* para separar las causas determinantes para dar muerte a una mujer y configurar de esa manera el femicidio podría considerarse un error, porque está creándose un delito abierto.

En realidad, la condición de mujer no es equiparable a la condición de género, porque es más amplia y su aplicación requiere de interpretaciones y razonamientos que en cada caso deberán hacer el fiscal y el juzgador, para tener claridad en la visión de género, que desde luego no tiene tan sólo el componente de la diferencia sexual.

En cualquiera de las formas de interpretación de la norma, aparece que el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, y que el sujeto pasivo es siempre una mujer, por lo que el ataque al bien jurídico vida puede provenir de un hombre, de otra mujer o de alguien que tenga diferente preferencia sexual. En consecuencia, es preciso analizar las relaciones de poder aun entre mujeres, como de la madre sobre la hija o de la empleadora frente a sus empleadas, por ejemplo.

El artículo 141 no asume todas las categorías del femicidio: íntimo, no íntimo y por conexión. Además, las diversas circunstancias en las cuales se puede cometer el delito están ubicadas en el artículo 142 en calidad de dos agravantes, y no como constitutivas del delito, lo que daría lugar a que algunas conductas quedarían por fuera del tipo.

8. Conclusiones

Sólo la transformación de los cánones establecidos en nuestras sociedades en cuanto a los roles de hombres y mujeres y una verdadera conciencia sobre la igualdad pueden contribuir a erradicar esta forma de violencia extrema.

La regulación del femicidio en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, así como en otras legislaciones de América Latina, es una muestra del compromiso del Estado con la eliminación de la violencia contra la mujer, pero no ha tenido el impacto necesario, teniendo en cuenta que los crímenes de este tipo siguen aumentando. Las limitaciones que presenta la actual regulación de este tipo penal en Ecuador permiten afirmar que el perfeccionamiento de la regulación del delito de femicidio en el *COIP* puede contribuir a enfrentar de modo más adecuado este flagelo que está presente en la sociedad.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

9. Referencias

Arboleda, María, *Cuaderno de Trabajo Plan de Igualdad, No Discriminación y Buen Vivir para las Mujeres Ecuatorianas. Marco conceptual, ruta metodológica y estrategia de transversalización 2010-2014,* primera edición, Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, Quito, 2011.

Arroyo, Roxana, *Violencia Estructural de Género una Categoría Necesaria de Análisis para los Derechos Humanos de las Mujeres*. Disponible en: http://observatoriojyg.org/index.php/280-doctrina/1-derecho-de-humanas/2-igualdad/686-violencia-estructural-de-genero-una-categoria-necesaria-de-analisis-para-los-derechos-humanos-de-las-mujeres. Consultado el 26 de enero de 2017.

AR#NiUnaMujerMenosCR. Disponible en: http://www.ameliarueda.com/especiales/feminicidios/. Consultado el 2 de febrero de 2017.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres,* Registro Oficial 175, Quito, 5 de febrero de 2018.

Biblioteca del Congreso Nacional (CL). Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&tidParte=0#parricidio0. Consultado el 27 de enero de 2017.

Carcedo, Ana, *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*, INAMU, San José, Costa Rica, 2000, p. 13.

Consejo Nacional de Igualdad de Género, *Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017,* El Telégrafo, Quito, 2014.

Consejo Nacional para la Igualdad de Género. Disponible en: http://igualdadgenero.gob.ec/images/docs/Comunicac-2017/Pronunciamiento%20Enero%202017.jpg. Consultado el 1 de febrero de 2017.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf. Consultado el 27 de enero de 2017.

Economíahoy.mex. Disponible en: http://www.economiahoy.mx/nacionaleAmmx/noticias/7406635/03/16/Siete-mujeres-mueren-al-dia-en-Mexico-victimas-de-la-violencia.html. Consultado el 20 de diciembre de 2016.

El Universo. Disponible en: http://www.eluniverso.com/noticias/2017/01/24/nota/6014020/casos-femicidos-ecuador-se-han-duplicado-2017-segundinased. Consultado el 1 de febrero de 2017.

Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género. Disponible en: http://www.igualdadgenero.gob.ec/estad%C3%ADsticas/57-encuesta-nacional-de-relaciones familiares-y-violencia-de-g%C3%A9nero.html. Consultado el 26 de diciembre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Femicidio.net. Disponible en: http://www.feminicidio.net/articulo/ni-menos-la-sociedad-argentina-indignada-la-ola femicidios-azota-al-pa%C3%ADs. Consultado el 20 de diciembre de 2016.

Fiscalía General del Estado, Femicidio. Análisis penológico 2014-2015, 1ra edición digital, 2016, Quito, Ecuador, p. 8.

Fiscalía General del Estado. Disponible en: fiscalia.gob.ec/informativo/Discurso_FGE_Rendicion_Cuentas_2016.pdf. Consultado el 26 de enero de 2017.

Fríes, Lorena; Hurtado, Victoria, *Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*, CEPAL, División de Asuntos de Género, Santiago de Chile, 2010. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5826/1/S0900880_es.pdf. Consultado el 9 de marzo de 2018.

Garita Vílchez, Ana Isabel, *La regulación del delito de Femicidio/Feminicidio en América Latina y El Caribe,* Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Ciudad de Panamá, p. 15.

Herdoíza, Magdalena, *Construyendo igualdad en la educación superior. fundamentación y lineamientos para transversalizar los ejes de igualdad y ambiente,* 1ra edición, Senescyt/Unesco, Quito, 2015, p. 46.

INEC. Disponible en: http://www.ecuadorencifras.gob.ec//documentos/web-inec/Uso_Tiempo/Presentacion_%20Principales_Resultados.pdf. Consultado el 20 de diciembre de 2016.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Disponible en: https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/codigo-penal-federal. Consultado el 27 de enero de 2017.

Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer. Disponible en: http://www.wpanet.org/uploads/News-Zonal-Representatives/wpa-policy-papers-from-/Zone%203Ley_contra_el_Femicidio_y_otras_Formas_de_Violencia_Contra_la_Mujer_Guatemala.pdf.

Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. Disponible en: http://www.desarrollosocial.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/RENDICION-CUENTAS-20141.pdf, pp. 15-16. Consultado el 26 de enero de 2016.

ONU, *Informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia 2014*, Washington, D. C., 2016, p. 40. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/informe_sobre_la_situacion_mundial_de_la_prevencion_de_la_violencia.pdf. Consultado el 9 de marzo de 2018.

Poder Judicial. República de Nicaragua. Disponible en: http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/Ley_No_779_Ley_Integral_Contra_la_Violencia_hacia_la_Mujer.pdf. Consultado el 26 de diciembre de 2016.

Procuraduría General de la República. Disponible en: http://www.pgr.gob.sv/genero/descargas/ley%20especial%20integral%20para%20una%20vida%20libre%20de%20violencia%20para%20las%20mujeres_web.pdf. Consultado el 27 de enero de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sistema Costarricense de Información Jurídica. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&tnValor1=1&tnValor2=60183&tnValor3=105224&tstrTipM=FN. Consultado el 2 de febrero de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dikê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 151-178

El derecho de los adultos mayores a la seguridad social y la pensión de vejez reducida*

The Right of Older Adults to Social Security and Reduced Old Age Pension

Verónica Lidia Martínez Martínez**

RESUMEN

Partiendo de los ordenamientos que fundamentan el derecho de los adultos mayores a la seguridad social en el sistema jurídico mexicano, así como de la forma de acceder al seguro de vejez, en el presente trabajo se expone el incumplimiento al convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima), ante la inexistencia de la pensión reducida de vejez en la Ley del Seguro Social. Fundamental fue el análisis de las disposiciones normativas nacionales e internacionales aplicables en el caso de México a los adultos mayores y, en especial, los ordenamientos que reglamentan el derecho a la pensión de vejez. Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió de la consulta de fuentes especializadas en Derecho Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Seguridad Social, que, en comunión con los métodos analítico y deductivo, nos permitieron comprender el tipo de prestaciones que resultan procedentes en el seguro de vejez, los requisitos para acceder a ellas y la inobservancia al convenio número 102 como norma internacional de derechos humanos.

Palabras clave: pensión de vejez, pensión reducida, Organización Internacional del Trabajo, Instituto Mexicano del Seguro Social, convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima).

ABSTRACT

Starting from the legal systems that support the right of older adults to social security in the Mexican legal system, as well as the way to access old-age insurance, in the present work, the breach of the Convention (number 102) social security (minimum norm) is exposed in the absence of the reduced old-age pension in the Social Security Law. Fundamental was the analysis of the national and international regulatory provisions applicable in the case of Mexico to the elderly and, especially, the regulations that regulate the right to an old-age pension. From the methodological point of view, the research required the consultation of specialized sources in constitutional law, international human rights law and social security, which in communion with the analytical and deductive methods, allowed us to understand the type of benefits that result from in old-age insurance, the requirements to access them and the non-observance of Convention No. 102 as an international human rights standard.

Keywords: old-age pension, reduced pension, International Labor Organization, Mexican Institute of Social Security, convention (number 102) on social security (minimum standard).

* Artículo de investigación recibido el 8 de enero de 2018 y aceptado para publicación el 16 de marzo de 2018.
** Profesora investigadora en la Universidad Anáhuac, Campus Norte de la Ciudad de México. (marb_cap@hotmail.com) orcid.org/0000-0002-7927-3006

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. La seguridad social de los adultos mayores en el sistema jurídico mexicano / 2. La pensión de vejez en el régimen obligatorio del seguro social / 3. Incumplimiento de México a la regulación del seguro de vejez en el convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima) / 4. Conclusiones / 5. Referencias

Cuando se ha comprendido lo que es la condición de los viejos no es posible conformarse con reclamar una "política de la vejez" más generosa, una aumento de las pensiones, alojamientos sanos, ocios organizados. Todo el sistema es lo que está en juego y la reivindicación no puede sino ser radical: cambiar la vida.

SIMONE DE BEAUVOIR

1. La seguridad social de los adultos mayores en el sistema jurídico mexicano

En México, el *corpus juris* a través del cual se reconoce el derecho humano de los adultos mayores a acceder a la seguridad social se encuentra conformado, en primer lugar, por el 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su ordenamiento reglamentario, que se analiza en el siguiente apartado de esta obra.

Conforme a la precitada fracción del texto constitucional, se dispone que es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá los seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.[1]

Además de que México cuenta en cada una de las entidades federativas con una legislación de protección de los derechos de las personas mayores, a nivel federal, la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores consigna la obligación del Estado de garantizarles las condiciones óptimas de

[1] Artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Consulta: 29 de diciembre de 2017]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social.[2] De acuerdo con este mismo ordenamiento, es objetivo de la política pública nacional sobre adultos mayores fomentar que las instituciones educativas y de seguridad social establezcan las disciplinas para la formación en geriatría y gerontología, con el fin de garantizar la cobertura de los servicios de salud requeridos por la población adulta mayor. [3]

Asimismo, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[4] consigna el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, además del derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.[5]

En términos generales, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social,[6] en el que de forma implícita se reconoce el derecho a las prestaciones de vejez.

En tanto que en el artículo 11, numeral 1, inciso e), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se consigna la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular el derecho a la seguridad social, en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.[7]

---

[2] Artículo 6 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores [Consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ldpam.html.

[3] *Idem*. Artículo 10 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores [Consulta: 29 de abril de 2017]. Disponible en: http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ldpam.html.

[4] De acuerdo con el artículo 2 de la Proclamación de Teherán, la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional. Vid Proclamación de Teherán. Adopción: Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, Irán, 13 de mayo de 1968 [Consulta: 26 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2016.pdf.

[5] Declaración Universal de Derechos Humanos [Consulta: 29 de septiembre de 2017]. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf.

[6] Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Consulta: 29 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

[7] Artículo 11, numeral 1, inciso e), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [Consulta: 21 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[8] dispone que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad, que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.[9]

De manera más específica, los artículos 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, textualmente rezan:[10]

> Artículo 9. Derecho a la seguridad social
> 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
>
> Artículo 17 Protección de los ancianos
> Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:
>
> a. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

---

[8] El carácter obligatorio de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue decretada en la Resolución 23/81, Caso Estados Unidos, párrafos 15-16 [Consulta: 21 de diciembre de 2017]. Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/Estados Unidos2141a.htm.

[9] Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [Consulta: 31 de diciembre de 2018]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

[10] Artículos 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte, en el seno de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, a pesar de que fue adoptada en Washington el 15 de junio de 2015, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación.

El objeto de esta Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Dentro de los derechos que se reconocen a los adultos mayores se encuentran el derecho a la igualdad y no discriminación por razones de edad, el derecho a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, el derecho a la independencia y autonomía, el derecho a la participación e integración en la comunidad, el derecho a la seguridad y a una vida libre de violencia, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte; los derechos de reunión y asociación, así como los derechos políticos, por mencionar algunos. Al día de hoy, sólo Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay han suscrito la Convención. México se encuentra en proceso de ratificar este instrumento.

A lo anterior se adicionan los instrumentos de *soft law* que consignan el derecho de los adultos mayores a la seguridad social. En el plano regional de las Naciones Unidas se encuentran el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, de 1982; la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, en la que se provee la provisión de sistemas amplios de seguridad social y la mejora de los sistemas de seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no pueden ganarse la vida, temporal o permanentemente.[11]

En las resoluciones 1405 (XLVI) y 1406 (XLVI), del 5 de junio de 1969, así como en la resolución 1751 (LIV), del 16 de mayo de 1973, del Consejo Económico y Social, se ha reconocido el derecho de los adultos mayores a la seguridad social. Dentro de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, referentes al derecho de la seguridad social de la población adulta mayor, se

[11] Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

encuentran la resolución 32/131, del 16 de diciembre de 1977, y la resolución 3137 (XXVIII), del 14 de diciembre de 1973; ambas resoluciones, referentes a la "Cuestión de las personas de edad y los ancianos", consignan la necesidad de desarrollar progresivamente medidas de seguridad social para garantizar que los ancianos, sea cual fuere su sexo, reciban ingresos adecuados. El otro instrumento que destaca por su importancia es la resolución 3138 (XXVIII), del 14 de diciembre de 1973, sobre la "Seguridad social para los ancianos". Igualmente, en el seno del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, las observaciones generales números 6, 19 y 20 consignan el derecho de los adultos mayores a la seguridad social.

En lo concerniente a la normatividad de la Organización Internacional del Trabajo (*OIT*), tenemos que en el preámbulo de la Constitución de la *OIT*, las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, adoptaron este instrumento, al considerarse que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos; dentro de esas condiciones, es urgente mejorar el texto constitucional de la *OIT,* señala las pensiones de vejez.[12]

Por su parte, la recomendación sobre los trabajadores de edad (número 162), adoptada el 23 de junio de 1980 en la 66ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, establece la aplicación de un programa que permita a los trabajadores prever las disposiciones necesarias, con el fin de preparar su jubilación y adaptarse a su nueva situación, proporcionándoles información apropiada. Según el texto de la recomendación, debe ofrecerse información al trabajador de edad mayor sobre los temas siguientes:[13]

- Ingresos y prestaciones de vejez a los que pueda tener derecho
- Posibilidad de continuar la actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, como también de constituirse en trabajador por cuenta propia
- Envejecimiento individual y cómo prevenirlo
- Utilización del tiempo libre

[12] Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo [Consulta: 6 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A14.
[13] Recomendación sobre los trabajadores de edad (número 162) [Consulta: 6 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p= NORMLEXPUB:12100:0:: NO::P12100_ILO_CODE:R162.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

– Facilidades disponibles para la educación del adulto, bien sea para responder a los problemas específicos de la jubilación, o mantener sus esferas de interés

En tanto, la resolución relativa a la seguridad social de la *OIT* hace un llamado especial a considerar las repercusiones que impone el envejecimiento de la población a la seguridad social, tanto en los sistemas de capitalización como en los de reparto, proponiendo que las soluciones atinentes a la transferencia intergeneracional deben centrarse en medidas destinadas a aumentar las tasas de empleo, en particular de las mujeres, los trabajadores de edad avanzada, los jóvenes y los discapacitados.[14]

La resolución relativa a la seguridad social —en concordancia con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— recalca que la seguridad social es un derecho fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social y, de ese modo, garantizar la integración social.[15]

En el caso de México, ante su carácter vinculante, el convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima) regula de una forma más especializada la rama de vejez. El análisis de este instrumento normativo se trata en el tercer apartado del presente trabajo.

Finalmente, en la comunidad de Iberoamérica destaca el Programa Iberoamericano de Cooperación sobre Adultos Mayores en la Región,[16] aprobado en 2011 por la XXI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, cuya unidad técnica ha sido asumida por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, teniendo como área temática la seguridad social y los servicios sociales de los adultos mayores.

2. La pensión de vejez en el régimen obligatorio del seguro social

De acuerdo con la actual Ley del Seguro Social, para que el asegurado tenga derecho al goce de las prestaciones del seguro de vejez, debe cumplir con los siguientes requisitos:

[14] Resolución relativa a la seguridad social [Consulta: 6 de enero de 2017]. Disponible en: http://white.lim.ilo.org/ssos/documentos/seguridadsocial-un-nuevo-consenso.pdf.
[15] *Idem.*
[16] Hasta la fecha, los países adheridos al Programa Iberoamericano de Cooperación sobre Adultos Mayores en la Región son Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, España, México, Paraguay y Uruguay.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- Haber cumplido sesenta y cinco años de edad.[17]
- Tener reconocidas por el Instituto Mexicano del Seguro Social un mínimo de mil doscientas cincuenta cotizaciones semanales (veinticinco años de cotizar al régimen obligatorio del seguro social).[18]
- Haber quedado privado de trabajo remunerado.[19]
- Estar en conservación de derechos.[20]
- Solicitar la pensión de vejez ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.[21]

Ante la negativa de otorgamiento de la pensión, es posible que el otorgamiento y pago de las prestaciones del seguro de vejez deriven de un laudo dictado por la Junta Especial de la Federal de Conciliación y Arbitraje del lugar en el que se encuentre la clínica del Instituto Mexicano del Seguro Social a la cual se encuentren adscritos los asegurados o sus beneficiarios.

De existir controversia sobre el número de semanas cotizadas en los ramos de aseguramiento y la vigencia de derechos,[22] la carga de la prueba recae

---

[17] Artículo 162 de la actual Ley del Seguro Social [Consulta: 1 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf.

[18] *Idem.*

[19] *Idem.* Artículo 163 de la actual Ley del Seguro Social.

[20] *Idem.* Artículos 150 y 151 de la actual Ley del Seguro Social. El período de conservación de derechos es lapso para acceder a las prestaciones de seguridad social previstas en la Ley del Seguro Social y sus disposiciones reglamentarias.

[21] *Idem.* Artículo 163 de la actual Ley del Seguro Social.

[22] Artículo 899-D de la Ley Federal del Trabajo [Consulta: 1 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf. Así mismo, las siguientes tesis: Tesis: 2a./J. 27/98, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Mayo de 1998, Página: 524, SEGURO SOCIAL. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS COTIZACIONES DE LOS TRABAJADORES QUE SIRVEN DE BASE SALARIAL PARA DETERMINAR LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PENSIONES QUE PREVÉ LA LEY RELATIVA, CORRESPONDE AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL [Consulta: 30 de diciembre de 2017]. Disponible en: http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1002100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=SEGURO%2520SOCIAL.%2520LA%2520CARGA%2520DE%2520LA%2520PRUEBA%2520DE%2520LAS%2520COTIZACIONES%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&tOrden=1&tClase=DetalleTesisBL&tNumTE=10&tEpp=20&tDesde=100&tHasta=-100&tIndex=0&tInstanciasSeleccionadas=2,7&tID=197601&tHit=9&tIDs=170283,170887,171684,179519,184290,188946,195730,196394,197601,198594&ttipoTesis=&tSemanario=0&ttabla=&tReferencia=&tTema=. Tesis: XIX.2o.P.T.2 L (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3. Página 2048, bajo el rubro: PENSIÓN POR CESANTÍA EN EDAD AVANZADA. PARA CUANTIFICARLA CORRESPONDE AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL LA CARGA DE LA PRUEBA DEL PROMEDIO SALARIAL DE LAS ÚLTIMAS 250 SEMANAS DE COTIZACIÓN, AL CONTAR CON MÁS Y MEJORES ELEMENTOS DE PRUEBA QUE EL ASEGURADO [Consulta: 30 de diciembre de 2017]. Disponible en: http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneral V2.aspx?Epoca=1e3210000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=PENSI%25C3%2593N%2520POR%2520CESANT%25C3%258DA%2520EN%2520EDAD%2520AVANZADA.%2520PARA%2520CUANTIFICARLA%2520CORRESPONDE%2520AL%2520INSTITUTO%2520MEXICANO%2520DEL%2520SEGURO%2520SOCIAL%2520LA%2520CARGA%2520DE%2520LA%2520PRUEBA%2520DEL%2520PROMEDIO%2520&tDominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&tOrden=1&tClase=DetalleTesisBL&tNumTE=1&tEpp=20&tDesde=-100&tHasta=-100&tIndex=0&tInstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&tID=2003100&tHit=1&tDs=2003100&ttipoTesis=&tSemanario=0&ttabla=&tReferencia=&t. Tema= Tesis: IV.4o.5 L, Novena Época. Instancia: Tribunales

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de manera directa en el Instituto Mexicano del Seguro Social al contar con más y mejores elementos de prueba que el asegurado, pues, en su calidad de organismo asegurador, es a quien le corresponde conservar los comprobantes e información idónea para acreditar el tiempo de cotización por tener a su cargo el registro e inscripción de los trabajadores para efectos del seguro social obligatorio, altas y bajas de estos, así como el registro de los salarios y sus modificaciones.[23]

El asegurado —que ha cubierto los anteriores requisitos— tendrá derecho en su carácter de pensionado por vejez, al otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad, así como al pago de las prestaciones en dinero que dependerán del saldo que haya acumulado en la cuenta individual.

Los recursos de su cuenta individual podrán ser utilizados por el asegurado para contratar el seguro de renta vitalicia o efectuar retiros programados. La renta vitalicia se contrata con una aseguradora que, al recibir los recursos acumulados en la cuenta individual, establecerá el seguro de sobrevivencia en favor de los beneficiarios del asegurado,[24] y determinará el monto de la pensión de vejez que cubrirá de manera mensual durante la vida del pensionado.

El monto de la pensión dependerá de los fondos acumulados en la cuenta individual y el estimado de vida del derechohabiente al momento del retiro realizado por la compañía aseguradora. La renta vitalicia se actualizará anualmente en el mes de febrero conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

En la forma de retiro programado, el asegurado contratará directamente con la Administradora de Fondos para el Retiro (Afore), para que le cubra la

---

Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Octubre de 1997, Página: 756, bajo el rubro: INVALIDEZ, PENSIÓN DE. CARGA DE LA PRUEBA DE LOS REQUISITOS RELATIVOS AL NÚMERO DE COTIZACIONES SEMANALES PAGADAS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL Y A LA CONSERVACIÓN DE DERECHOS, CONTEMPLADAS POR LOS ARTÍCULOS 131 Y 182 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL [Consulta: 30 de diciembre de 2017]. Disponible en: http:// 00.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100a1000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=INVALIDEZ%2C%2520PENSI%25C3%2593N%2520DE.%2520CARGA%2520DE%2520LA%2520PRUEBA%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,2,7&ID=197601&Hit=5&IDs=165975,179519,185147,189571,197601&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

[23] Artículos 251 de la Ley del Seguro Social, *op. cit.*, nota 17, en correlación con los artículos 47, 50, 55, 57, 112, 122 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de afiliación, clasificación de empresas, recaudación y fiscalización [Consulta: 29 de abril de 2014]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSS_MACERF.pdf.

[24] Con el seguro de sobrevivencia se otorga a los beneficiarios del pensionado la pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones en dinero previstas en el seguro de vejez, mediante la renta que se les asignará después del fallecimiento del pensionado hasta la extinción legal de las pensiones.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pensión de vejez. Bajo esta modalidad se obtendrá una pensión al fraccionar el monto total de los recursos de la cuenta individual y tomar en cuenta la esperanza de vida de los pensionados, así como los rendimientos previsibles de los saldos.

Para efectos del retiro programado, se calculará cada año una anualidad que será igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta individual entre el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia[25] para el asegurado y sus beneficiarios, por lo menos igual al valor correspondiente a la pensión garantizada. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad. Al igual que en el seguro de renta vitalicia, al saldo de la cuenta individual se le descuenta la cantidad necesaria para contratar el seguro de sobrevivencia que protegerá a los beneficiarios del pensionado.

Los fondos acumulados en la subcuenta de aportaciones voluntarias, aportaciones complementarias para el retiro o aportaciones voluntarias a largo plazo podrán formar parte del saldo para la determinación de los pagos de los retiros programados. En caso de fallecimiento del pensionado, sólo bajo la modalidad de retiro programado, los fondos restantes podrán ser reclamados por el beneficiario. De agotarse los recursos de la cuenta individual, se cubrirá al pensionado una pensión mínima garantizada (*PMG*) con los recursos proporcionados por el Gobierno.

A pesar de haber optado por la modalidad de retiros programados, en cualquier momento el pensionado podrá contratar una renta vitalicia. El pensionado no podrá efectuar el cambio de modalidad cuando la renta mensual vitalicia sea inferior a la pensión garantizada.

En caso de que el asegurado cubra los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero en su cuenta individual no existan los recursos suficientes para contratar un retiro programado o renta vitalicia junto con el seguro de sobrevivencia, el Instituto Mexicano del Seguro Social cubrirá una pensión mínima garantizada. La pensión mínima garantizada es equivalente a un salario mínimo vigente en el Distrito Federal al mes, siendo actualizada anualmente conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

Además de la pensión de vejez, el pensionado percibirá el pago de las asignaciones familiares o ayudas asistenciales. Ambas prestaciones, al consistir en una ayuda por carga familiar, se concederán de acuerdo con las reglas siguientes:

[25] Las tablas utilizadas para calcular la unidad de renta vitalicia se elaborarán anualmente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuadro 1. Asignaciones familiares y ayudas asistenciales.

Prestación	Grupo protegido	Requisitos	Monto de la cuantía de la pensión de vejez
Asignación familiar por esposa o concubina	Esposa Concubina	-- Acta de matrimonio. --Haber vivido con el pensionado durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte. La existencia de este requisito no opera en caso de existir un descendiente. -- Que el pensionado y la concubina hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.	15%
Asignación familiar por hijos	Hijos	-- Acta de nacimiento. -- Menores de dieciséis años. -- De 16 a 25 años, si se encuentra estudiando en planteles del sistema educativo nacional, tomando en consideración las condiciones económicas, familiares y personales del beneficiario, siempre que no sea sujeto del régimen obligatorio. -- No pueda mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, en tanto no desaparezca la incapacidad.	10% para cada hijo
Asignación familiar por padres	Madre y padre	-- Dependencia económica. -- No tener esposa o concubina ni hijos menores de dieciséis años.	10% para cada padre
Ayuda asistencial por soledad	Pensionado	No tener esposa o concubina ni hijos ni ascendientes que dependan económicamente del pensionado.	15%
Ayuda asistencial	Ascendiente	Tener un solo ascendiente.	10%
Ayuda asistencial	Pensionado	-- Estado físico que requiera ineludiblemente, que lo asista otra persona de manera permanente o continua. -- Dictamen médico que certifique el estado físico del pensionado.	20%

Fuente: Elaboración propia con base en los artículos 134, 138 y 140 de la Ley del Seguro Social en vigor.

Como puede advertirse en contravención al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y a la prohibición de discriminación, no se contempla en la actual Ley del Seguro Social el pago de las asignaciones familiares en favor del esposo o concubinario de la

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

asegurada, lo cual contraviene lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la Constitución mexicana.

Asimismo, la falta de pago de las asignaciones familiares para la asegurada o pensionada transgrede los tratados internacionales suscritos por México, que contemplan el derecho de igualdad y el principio-obligación básico de no discriminación, dentro de los cuales se encuentran el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 55 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas; los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los artículos 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como los artículos 2, 3, 20.2, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La cuota social que aporte el Estado en la cuenta individual para los asegurados que ganen hasta quince veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal es empleada para financiar las asignaciones familiares y las ayudas asistenciales. Para los trabajadores que no reciban cuota social en sus cuentas individuales, las asignaciones familiares y las ayudas asistenciales se financiarán con las aportaciones patronales y del Estado que se realicen a la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Las asignaciones familiares y las ayudas asistenciales cesarán con la muerte del familiar que las originó y se entregarán de preferencia al propio pensionado, pero la correspondiente a los hijos podrá entregarse a la persona o institución que los tenga bajo su cargo directo, en el caso de no vivir con el pensionado.

3. Incumplimiento de México a la regulación del seguro de vejez en el convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima)

En México, a consecuencia de la reforma realizada el 10 de junio de 2011 al artículo 1 constitucional, se amplió el contenido material de los derechos humanos al reconocerse no sólo los previstos en la Constitución, sino también los establecidos en los tratados internacionales de los que México sea parte por disposición expresa de los artículos 1, 15, 103, 105, 107 constitucionales.

Así, los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos se han transformado en derechos humanos nacionales de fuente

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

internacional con todas sus consecuencias,[26] lo que, en palabras de Ferrer Mac-Gregor, representa una constitucionalización del derecho internacional[27] que provoca la complementariedad de la supremacía constitucional y la primacía del derecho internacional, evitando así la competencia, controversia y jerarquía entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Una de las principales polémicas ha sido determinar la posición que ocupan los tratados internacionales dentro del sistema jurídico mexicano. A principios de la década de los noventa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que las leyes federales y los tratados internacionales se encuentran en el mismo nivel jerárquico.[28] Sin embargo, ese criterio fue abandonado por el Pleno de la Corte al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución general de la República señale algún caso especial.

---

[26] Fix-Zamudio, Héctor, "Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre derechos humanos del 10 de junio de 2011", en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 26-27.

[27] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 546-547.

[28] Octava Época. Instancia: Pleno. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Número 60, Diciembre de 1992. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. C/92. Página: 27, bajo el rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional [Consulta: 29 de octubre de 2017]. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=205596&Clase=DetalleTesisB.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Asimismo, el Pleno del Alto Tribunal —en la sesión privada celebrada el veintiocho de octubre de 1999— aprobó la tesis P. LXXVII/99, en la que determinó la jerarquía supralegal e infraconstitucional de los tratados internacionales.[29]

En 2007, el Pleno de la Corte, al realizar la interpretación del artículo 133 constitucional, reiteró que los tratados internacionales son parte integrante de la ley suprema de la Unión y que se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales.[30] Lo anterior evidencia que la Corte

---

[29] Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Noviembre de 1999. Tesis: P. LXXVII/99. Página: 46, bajo el rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal [Consulta: 29 de diciembre de 2017]. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/Detalle.GeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcfd&Apendice=1000000000000&Expresion=leyes%2520federales%2520y%2520los%2520tratados%2520internacionales%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&TOrden=1&TClase=DetalleTesisBL&TNumTE=101&TEpp=20&TDesde=-100&THasta=-InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&TID=192867&THit=60&TIDs=179532,180372,180322,180431,182175,182067,182769,182764, 185291,186044,186264,187099,187630,187817,188899,191112,191463,192298,192757,192867&TtipoTesis=&TSemanario=0&ttabla=&TReferencia=&TTema= (fecha de consulta: 18 de octubre de 2015).

[30] Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Abril de 2007. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. IX/2007. Página: 6 TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mexicana no había establecido la posición que los tratados internacionales tenían respecto a la norma constitucional. Previo a la resolución de la jurisprudencia 293/2011, existían al menos dos posiciones claramente definidas sobre este particular.

La primera postura, con base en el artículo 133 constitucional, sostenía que la Constitución es la (única) norma suprema del ordenamiento jurídico de la que derivan su validez todas las demás, incluidas las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales.

Por su parte, la segunda posición establecía que los tratados internacionales se encuentran al mismo nivel de la Constitución. Quienes razonan de esta última manera afirman también que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte quedan *ipso facto* incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional por disponerlo así el propio artículo 1 de la Constitución.

La jurisprudencia número 293/2011, comúnmente denominada Proyecto Zaldívar, tenía la encomienda de resolver la contradicción existente entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, que sostenía en tesis aislada que los tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que colocaba a los tratados internacionales en materia de derechos humanos jerárquicamente por debajo de la Constitución.

El 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Corte, al resolver la contradicción planteada, determinó que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y que los tratados internacionales

---

orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional [Consulta: 2 de enero de 2017]. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcfd&Apendice=1000000000000&Expresion=leyes%2520federales%2520y%2520los%2520tratados%2520internacionales%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=101&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-=6,1,2,3,4,5,50,7&D=172650&Hit=36&IDs=163673,166805,167254, 167598, 167589, 167850, 168977, 169118, 169108170089,170516,170570,170880,172641,172667,172650,175559,177199,177309,179533&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre derechos humanos se ubican a la par de la Constitución, pero que siempre que haya una restricción al ejercicio de un derecho humano en particular establecida por la Constitución debe estarse a lo previsto por la propia Constitución.[31]

De esta forma, tratándose de los derechos humanos, el texto constitucional se ha abierto para incluir con idéntica fuerza normativa las disposiciones de fuente internacional sobre la materia. Es decir, los derechos humanos constitucionales y convencionales, al erigir un conjunto único e indivisible de derechos que se relacionan entre sí en términos de armonización y coordinación mas no de jerarquía, conforman lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucional, al fungir como nuevo parámetro de validez del sistema jurídico mexicano, provoca que los órganos del Estado deban interpretar y aplicar conjuntamente los derechos humanos incluidos en la Constitución y los derechos humanos comprendidos en los tratados internacionales, pues ambos grupos de derechos —sin importar su origen normativo—, al tener jerarquía constitucional, comparten el mismo valor jurídico.

Es por ello que, de existir una colisión entre derecho interno y derecho internacional, debe mediar la ponderación y adoptarse, al amparo del principio pro persona, la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate en relación con las dos fuentes con las que se cuenta: la constitucional y la internacional.

De acuerdo con lo expuesto, el Convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima), al cumplir con los requisitos de forma para incorporarse al ordenamiento jurídico mexicano, en particular en materia de jubilaciones, pensiones u otras formas de retiro, puesto que entró en vigor en México el 12 de octubre de 1972, se encuentra ubicado a nivel de la Constitución, por lo que sus disposiciones deberán ser observadas por todas las autoridades y sus destinatarios.

---

[31] Consideramos que la determinación del Pleno de la Corte es desafortunada porque transgrede el artículo 1 constitucional, que incorpora con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales; además de contravenir el principio pro persona —que a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 se constituye como la columna vertebral del derecho mexicano— y transgredir lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro país, que impone al Estado que se adhiere a un tratado internacional la obligación de armonizar su derecho interno con el derecho internacional, pero no al revés, como indebidamente lo considera la Corte mexicana en la contradicción de tesis 293/2011, ya que la firma de un tratado internacional le impone al Estado signatario el deber de cumplirlo, lo cual se logra mediante el reconocimiento, adopción y constitucionalización de los derechos convencionales en el derecho nacional, generando su inobservancia una responsabilidad por parte del Estado como sujeto obligado.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El Convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima) —adoptado en la 35 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (28 de junio de 1952)— consta de quince partes. Las partes II a la X contienen disposiciones para cada una de las nueve ramas principales de la seguridad social, es decir, la asistencia médica, la enfermedad, el desempleo, la vejez, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la familia, la maternidad, la invalidez y las prestaciones de sobrevivientes.[32] Las partes restantes (I y XI a XV) contienen disposiciones comunes a todas las ramas.

El nivel mínimo de las prestaciones se fija en relación con el nivel de salarios del país interesado. Las exclusiones temporales están previstas en beneficio de los países cuya economía y recursos médicos no estén lo suficientemente desarrollados, por lo que las exclusiones autorizan la restricción del campo de aplicación del convenio, así como la extensión de las prestaciones garantizadas.

México ratificó en 1961 las ramas de asistencia médica, enfermedad, maternidad, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En lo concerniente a las prestaciones de vejez, el convenio 102 dispone que los pagos periódicos deben, por lo menos, alcanzar 40% del salario de referencia, y existe la obligación de revisar estos montos en caso de variaciones sensibles del nivel general de ingresos o del costo de vida.[33]

En el artículo 29, párrafo 2, del convenio 102 se consigna el otorgamiento y pago de una prestación de vejez reducida que ha de garantizarse como mínimo a una persona protegida que ha cumplido, antes de la contingencia, un período de calificación de quince años de cotizaciones o de empleo.[34]

En contraposición con esta disposición normativa, el último párrafo del artículo 162 de la actual Ley del Seguro Social dispone que el asegurado que tenga sesenta y cinco años o más y no reúna las 1250 semanas de cotización tendrá derecho a las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad, y podrá retirar el saldo de su cuenta individual en una sola exhibición o seguir cotizando hasta cubrir las semanas requeridas para que opere el pago de la pensión de vejez.

---

[32] México ratificó el 12 de octubre de 1961 las partes II, III, V, VI y VIII-X del convenio número 102 sobre la seguridad social (norma mínima).
[33] Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) [Consulta: 2 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102.
[34] *Idem.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dentro del mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas internacionales del trabajo (*NIT*),[35] basado en el examen de las memorias que presentan periódicamente los Estados miembros sobre las medidas que han adoptado para poner en ejecución los convenios de la *OIT* que han ratificado y en las observaciones que a este respecto remiten las organizaciones de trabajadores y de empleadores, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la *OIT* (*CEACR*) en lo referente a la pensión de vejez ha concluido lo siguiente:

> la opción de retirar el saldo de su cuenta individual en una sola exhibición ante la falta de cumplimiento de los requisitos para optar por la pensión de vejez, el seguir cotizando hasta cubrir las semanas necesarias para que opere este tipo de pensión y el otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad al asegurado que hubiese cotizado 750 semanas, no son suficientes para garantizar la aplicación del artículo 29, párrafo 2, del Convenio 102 con arreglo al cual una prestación de vejez reducida ha de garantizarse como mínimo a una persona protegida que ha cumplido, antes de la contingencia, un periodo de calificación de quince años de cotizaciones o de empleo.

Ante tal situación, se ha recomendado al Gobierno mexicano realizar las acciones pertinentes para que se garantice el otorgamiento de la prestación reducida a aquellos que cumplan con los requisitos exigidos para ello,[36] además de resultar necesaria la participación de los asegurados en la administración de las afores y de las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro, al igual que en las compañías de seguros, pues en el contenido de los artículos 29 y 49 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro no se

[35] Dado que la prolífica normatividad de la OIT se ocupa de regular aspectos referentes al campo de la seguridad social, se considera desafortunado el término de normas internacionales de trabajo, debido a que está acotado al ámbito de lo laboral, lo cual no expresa toda la gama de tópicos que son materia de regulación por parte de la organización. A nuestro entender, estimamos más loable el término normas internacionales sociales (NIS) por ser incluyente y representativo de la variedad de temas laborales y de seguridad social de los que se ocupa la organización desde su fundación, al encomendarse en el preámbulo de su texto constitucional la tarea de mejorar las condiciones de trabajo mediante la lucha contra el desempleo, la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, las pensiones de vejez e invalidez.

[36] CEACR, Solicitud directa, Adopción 2007. Publicación 97ª reunión CIT (2008) [Consulta: 28 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13101:0::fNO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375; CEACR Observación, Adopción 2000, Publicación 89ª reunión CIT (2001) [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375; CEACR, Observación, Adopción 1998, Publicación 87ª reunión CIT (1999) [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

advierte que los consejeros independientes representan los intereses de los trabajadores.[37]

Y es que la falta de pago de las prestaciones en dinero derivadas del otorgamiento de una pensión de vejez reducida se trata de un caso de responsabilidad por omisión al imperativo jurídico internacional establecido en el artículo 29, párrafo 2, del convenio 102.

Lo anterior, de acuerdo con Jiménez Aréchaga, da lugar al surgimiento de una nueva relación entre el sujeto, al cual la omisión le es imputable y debe responder mediante una reparación adecuada y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por incumplimiento,[38] al lesionarse su derecho subjetivo.

Así, de acuerdo con la doctrina,[39]en el caso que nos ocupa, la responsabilidad del Estado mexicano reúne como elementos constitutivos de la responsabilidad internacional los siguientes:

a. Tal como lo ha reconocido la Organización Internacional del Trabajo, se trata de una omisión imputable al Estado mexicano.
b. Existe una violación al orden jurídico internacional instaurado previamente, consistente en la transgresión al convenio 102 como norma de derecho interna e internacional vigente por disposición del artículo 1 constitucional, lo que provoca que la responsabilidad pueda ser exigida en el ámbito nacional e internacional.
c. El daño, producto de la omisión que se imputa al Estado mexicano, se trata de la violación al convenio 102, lo que provoca la privación del pago de la pensión de vejez reducida.
d. La reparación, como completo indispensable para la debida aplicación del Convenio.[40]

Precisamente en lo concerniente a la reparación, no sólo debe considerarse el otorgar y cubrir la pensión de vejez reducida e incrementos, sino que, bajo los lineamientos dados por la *OIT,* se estima necesaria la modificación del último párrafo del artículo 162 de la actual Ley del Seguro Social, para que a

---

[37] CEACR, Observación, Adopción 2013, Publicación 103ª [Consulta: 28 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375; CEACR, Observación, Adopción 2002, Publicación 91ª reunión CIT (2003) [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101P13101_COMMENT_ID:3150375.

[38] Jiménez Aréchaga, Eduardo, *Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 212.

[39] *Idem.*

[40] Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso Fábrica Chorzow (Alemania *vs* Polonia). Sentencia de 26 de julio de 1927. Fondo (Serie A), N. 13, septiembre de 1928, pp. 27-28.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los asegurados que, habiendo cumplido sesenta y cinco años o más y con un mínimo de 750 semanas de cotización, los adultos mayores puedan acceder a una pensión reducida sin recurrir a las instancias nacionales e internacionales, de acuerdo con el artículo 29, párrafo 2, del convenio 102, que, al haber sido ratificado por México, forma parte del bloque de constitucionalidad por disposición del artículo 1 constitucional.

De acuerdo con el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (Celade),[41] los ingresos provenientes de la seguridad social, especialmente las jubilaciones y pensiones, pueden convertirse en el único sustento de las personas durante el último tercio de sus vidas,[42] debido a que la mayoría de los adultos mayores dejan de producir ingresos o no se producen de la misma forma en que acontecía durante la juventud ante las limitaciones comunes de esta etapa de la vida o por la exclusión del sistema económico que, con frecuencia, ellos padecen ante las escasas oportunidades que oferta el mundo laboral.

Tan sólo en el primer trimestre de 2017, la tasa de participación económica de la población de sesenta y más años fue de 33.9%.[43] Por edad, esta tasa es 3.5 veces mayor en la población de 60 a 64 años, por lo que se ubicó en 49.6%; en tanto que en la población de 75 años en adelante representó el 14.3%. Cabe señalar que el porcentaje de la población de sesenta y más años que no es económicamente activa fue de 66.1%, y de estos, 54% se encontraba dedicado a los quehaceres del hogar, en los que no existe retribución alguna. [44]

Dos aspectos que se distinguen de la población ocupada que tiene sesenta y más años (4.8 millones), es que prácticamente del 49% que labora por cuenta, el 4.4% no percibe remuneración alguna por su trabajo. [45]

Por su parte, del 37.8% de los adultos mayores que se ocupan de manera subordinada, 60.8% no tiene acceso a instituciones de salud por su trabajo; 61.8% labora sin tener un contrato de trabajo formal y 47.7% no percibe ningún tipo de prestación.[46] De hecho, 73.2% de los adultos mayores laboran

[41] Desde 1997 el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (Celade) es la División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL),
[42] Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, Informe de actividades 2006-2008 sobre envejecimiento y desarrollo para el Comité Especial sobre Población y Desarrollo del período de sesiones de la CEPAL. DDR/2, Santo Domingo, 2008, p. 12.
[43] Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Estadísticas a propósito del día internacional de las personas de edad. Datos nacionales [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/edad2017_Nal.pdf.
[44] *Idem.*
[45] *Idem.*
[46] *Idem.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de manera informal,[47] lo que trae aparejada la evasión del pago de las cotizaciones de seguridad social y la falta de pago de los beneficios previstos en las leyes de seguros sociales.

La tasa de participación económica en los adultos mayores con discapacidad en 2017 representó 24.2%, y en aquellos que presentan alguna limitación fue del 38.3%. De la población ocupada de sesenta y más años con discapacidad, 56.4% se encontraba laborando de manera independiente; 18.1% era empleada y 13.7% no recibía contraprestación alguna. Mientras que de la población que presenta alguna limitación, 52.9% prestó sus servicios de forma independiente, 22.6% era empleada y 11% prestó sus servicios sin recibir ninguna remuneración.[48]

Otro aspecto que vulnera a las personas de edad es no tener un apoyo al interior del hogar. En 2017 en México existían 1.6 millones de personas de sesenta y más años que vivían solas.[49] Ante estas cifras, los sistemas de pensiones constituyen una de las formas básicas sobre las que se ha construido la seguridad de los ingresos de los adultos mayores, cuyo papel es además preponderante en el combate de la pobreza.

En México, conforme a los datos de la Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social levantada en 2013, una cuarta parte (26.1%) de los adultos mayores se encontraba pensionada. De estos, 40.9%, por jubilación; 33.9%, por retiro o vejez; 17.5%, por viudez, y 3.6%, por riesgos de trabajo, lo que representa un porcentaje mínimo que inobserva el principio de universalidad de la seguridad social.

Si bien es cierto que el establecimiento de pisos de protección social[50] y la pensión universal para adultos mayores son dos de los mecanismos deseables

---

[47] *Idem.*
[48] *Idem.*
[49] *Idem.*
[50] El Piso de Protección Social (PPS) es un concepto coherente de política social cuyo objetivo es garantizar que todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional. Véase OIT, ¿Porqué necesitamos una recomendación sobre *Pisos de Protección Social?* [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182276/lang--es/index.htm. Conforme a la recomendación número 202, los PPS deberán comprender por lo menos como garantías básicas de seguridad social el acceso a la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad; la seguridad básica del ingreso para los niños, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios; la seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y la seguridad básica del ingreso para las personas de edad avanzada.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para asegurar los ingresos en la vejez, no han sido implementados por la mayoría de los países.[51]

En nuestro país resulta complicado cotizar al régimen obligatorio del seguro social de manera continua y prolongada para poder acceder a una pensión completa que asegure una vejez con los mínimos satisfactores, debido a la precariedad de las relaciones laborales, la presencia de contratos por tiempo u obra determinada o el fraude de los contratos laborales por honorarios.

A lo anterior se adiciona el incremento del trabajo informal, dentro del cual el Instituto Nacional de Estadística y Geografía ubica al trabajo no protegido en la actividad agropecuaria,[52] el servicio doméstico remunerado de los hogares, así como los trabajadores subordinados que, aunque lo hacen para unidades económicas formales, laboran bajo modalidades en las que se elude el registro ante la seguridad social.

De acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (*ENOE*) para el trimestre enero-marzo de 2017, todas las modalidades de empleo informal sumaron 29.7 millones de personas, lo que representó 57.2% de la población ocupada. [53] Concretamente, la *ENOE* indicó que 14.2 millones conformaron la ocupación en el sector informal, lo que constituyó 27.3% de la Tasa de Ocupación en el Sector Informal, cuya distribución fue la siguiente: 7.4 millones corresponden al ámbito de las empresas, gobierno e instituciones; 5.8 millones al agropecuario, y 2.3 millones al servicio doméstico remunerado.[54]

Sin olvidar que la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales,[55] en México es necesario que, en cumplimiento al artículo 29, párrafo 2, del convenio 102, se regule el pago de una pensión

---

[51] Tanto en Canadá como en Estados Unidos la cobertura de las pensiones de vejez es universal. En Aruba, Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Guyana y Trinidad y Tobago, la cobertura alcanza el 100%, y los adultos mayores perciben prestaciones monetarias periódicas. Vid. Organización Internacional del Trabajo, *Informe mundial sobre la protección social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, OIT, Ginebra, 2017, p. 150.

[52] El aumento anual en el empleo fue impulsado principalmente por el sector agropecuario, con un crecimiento de 5.7%.

[53] Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), enero-marzo de 2017 [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enoe_ie/enoe_ie2017_05.pdf.

[54] *Idem*.

[55] Directriz 10 de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Maastricht, 22-26 de enero de 1997 [Consulta: 29 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/directrices-de-maastricht-sobre-violaciones-a-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

reducida de vejez que sea proporcional al salario de cotización, a la edad de retiro y a las aportaciones realizadas por el asegurado, el empleador y el Estado en el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en términos del artículo 168 de la Ley del Seguro Social, que regula el financiamiento de este rama del seguro social.

El acceso asequible y proporcional a las prestaciones en dinero del seguro de vejez, como resultado de las aportaciones tripartitas efectuadas en la cuenta individual al cumplimentar lo dispuesto por el convenio número 102, soslayando una posible responsabilidad internacional por parte de México, permitirá que un mayor número de adultos mayores tenga una estabilidad e independencia económica, evitando caer en una situación de pobreza.

También, hay que destacar el gasto que los integrantes del hogar realizan en salud. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, de 2016, en poco más de la mitad de los hogares donde había un adulto mayor se realizó un gasto equivalente 53.7%, que comprendía la atención ambulatoria, hospitalaria o farmacéutica.[56]

En 2016, para la población adulta mayor las enfermedades del sistema circulatorio representaron 32.5%; las enfermedades endocrinas, nutricionales y metabólicas se ubicaron en 20.1%; los tumores, 13.1%; las enfermedades del sistema respiratorio, 10.7%; y las enfermedades del sistema digestivo, 9.1%, por lo que representan las principales causas de muerte entre la población de sesenta y más años.[57]

Estas últimas cifras evidencian que los adultos mayores, al ser un grupo en el cual las enfermedades generales se hacen presentes de manera cotidiana, la derechohabiencia en los organismos de seguridad social resulta ser un beneficio de gran ayuda para las familias.

Es necesario que el Instituto Mexicano del Seguro Social brinde servicios médicos especializados en geriatría y gerontología, con el fin de garantizar la cobertura de los servicios de salud requeridos por la población adulta mayor. No debemos olvidar que si durante su vida laboral la mayoría de las personas aportan su capacidad productiva y contribuyen al desarrollo y progreso de su país, justo es que al envejecer tengan una vida digna y de calidad en sus dos vertientes.

En su vertiente teórica, el concepto de calidad de vida debe incluir las especificidades propias de la vejez, tanto fisiológica como social, y considerar

[56] Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *op. cit.*, nota 53.
[57] *Idem.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las diferencias respecto a las anteriores etapas del ciclo de vida. A ello se suma que hay que identificar los elementos de naturaleza objetiva (redes de apoyo, servicios sociales, condiciones económicas, entorno, etc.) y subjetiva (salud, satisfacción, etc.) intervinientes.[58]

En su vertiente práctica, los desafíos en relación con la calidad de vida en la vejez que se identifican son:[59]

- A nivel de mercado, el aumento del número absoluto y relativo de personas mayores provoca modificaciones tanto en el mercado del trabajo como en el de bienes y servicios.
- A nivel de sociedad, genera nuevas formas de organización de la familia, así como diversas respuestas de la comunidad a los nacientes desafíos de bienestar.
- A nivel de Estado, se debe hacer frente a las nuevas tensiones sociales surgidas de las necesidades de financiamiento de los sistemas de seguridad social, a los cambios en las relaciones de dependencia económica entre generaciones y a la competencia intergeneracional por los puestos de trabajo.

4. Conclusiones

Es necesario garantizar los derechos de los adultos mayores a través de mecanismos idóneos, eficaces y accesibles a este tipo de población, evitando que los convenios y las recomendaciones suscritas en su favor se conviertan en un conjunto de buenos deseos.

En el ámbito de la seguridad social, ante el nuevo modelo de capitalización individual que impera en la Ley del Seguro Social con un importante incremento en el número de semanas que deben cotizar los derechohabientes del *IMSS* para acceder a una pensión de vejez, pues de las quinientas cotizaciones requeridas conforme a la Ley del Seguro Social del 12 de marzo de 1973 se eleva el número a 1 250 en el actual ordenamiento, la pensión de vejez reducida constituye un derecho que, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 29 del Convenio 102, debe ser cubierto a los adultos mayores que cotizaron un

[58] Huenchuan Navarro, Sandra, *Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina. Proyecto Implementation of the Madrid Plan of Action on Ageing and the Regional Conference on Ageing*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, Santiago de Chile, 2004, p. 26.
[59] *Idem.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mínimo de 750 semanas, en aras de contribuir a disminuir la vulnerabilidad de esta población y elevar su calidad de vida.

Sin importar la situación económica del IMSS, la pensión por vejez reducida no constituye un derecho de papel ni una dádiva gubernamental sujeta a la disponibilidad de recursos económicos, sino un auténtico derecho subjetivo financiado por el asegurado durante más de catorce años.

5. Referencias

Fix-Zamudio, Héctor, "Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre derechos humanos del 10 de junio de 2011", en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional (*coord.), UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano'', *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.

Jiménez Aréchaga, Eduardo, *Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.

Huenchuan Navarro, Sandra, *Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina. Proyecto Implementation of the Madrid Plan of Action on Ageing and the Regional Conference on Ageing*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, Santiago de Chile, 2004.

Organización Internacional del Trabajo, *Informe mundial sobre la protección social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, OIT, Ginebra, 2017.

----------, ¿Porqué necesitamos una recomendación sobre *Pisos de Protección Social?* [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182276/lang--es/index.htm.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Consulta: 29 de diciembre de 2017]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [Consulta: 31 de diciembre de 2018]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

Declaración Universal de Derechos Humanos [Consulta: 29 de septiembre de 2017]. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en mate-

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ria de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo [Consulta: 6 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0:: NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A14.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Consulta: 29 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [Consulta: 21 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx.

Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) [Consulta: 2 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102.

Ley del Seguro Social [Consulta: 1º de enero de 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores [Consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ldpam.html.

Ley Federal del Trabajo [Consulta: 1º de enero de 2018]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf.

Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de afiliación, clasificación de empresas, recaudación y fiscalización [Consulta: 29 de abril de 2014]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSS_MACERF.pdf.

Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento [Consulta: 29 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, [Consulta: 2 de enero de 2018] Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Maastricht, 22-26 de enero de 1997 [Consulta: 29 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.derechoshumanos.unlp.edu. ar/assets/files/documentos/directrices-de-maastricht-sobre-violaciones-a-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf.

Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982. [Consulta: 29 de noviembre de 2017] Disponible en: http://www.mayoressaludables.org/sites/default/files/201703/plan_de_accion_internacional_de_viena_sobre_el_envejecimiento.pdf.

Proclamación de Teherán. Adopción: Conferencia Internacional de Derechos Huma-

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nos, Teherán, Irán, 13 de mayo de 1968 [Consulta: 26 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2016.pdf.

Programa Iberoamericano de Cooperación sobre Adultos Mayores. [Consulta: 29 de noviembre de 2017] Disponible en: http://www.oiss.org/IMG/pdf/ADULTOS_MAYORES_documento_aprobado_XXI_CUMBRE-2.pdf.

Recomendación sobre los trabajadores de edad (número 162) [Consulta: 6 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p= NORMLEXPUB:12100:0:: NO::P12100_ILO_CODE:R162.

Resolución relativa a la seguridad social. [Consulta: 6 de enero de 2017] Disponible en: http://white.lim.ilo.org/ssos/documentos/seguridadsocial-un-nuevo-consenso.pdf.

Resolución de la Asamblea Mundial de Naciones Unidas sobre el Envejecimiento. [Consulta: 29 de noviembre de 2017] Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N02/324/66/PDF/N0232466.pdf?OpenElement.

Observaciones Generales números 6, 19 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Consulta: 29 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://conf- dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 32/131, 16 de diciembre de 1977, "Cuestión de las personas de edad y los ancianos" [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32/131&tLang=S.

----------, Resolución 3137 (XXVIII), 14 de diciembre de 1973 "Cuestión de las personas de edad y lo ancianos". [Consulta: 2 de enero de 2018] Disponible en:http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3137(XXVIII)&tLang=S&tArea=R.

----------, Resolución 3138 (XXVIII) 14 de diciembre de 1973. "Seguridad social para los ancianos" [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3138(XXVIII)&tLang=S&tArea=R.

Caso Estados Unidos, párrafos 15-16 [Consulta: 21 de diciembre de 2017], Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/Estados Unidos2141a.htm.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Solicitud directa, Adopción 2007. Publicación 97ª reunión CIT (2008) [Consulta: 28 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13101:0::fNO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375.

----------, Observación, Adopción 2000, Publicación 89ª reunión CIT (2001) [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

----------, Observación, Adopción 1998, Publicación 87ª reunión CIT (1999) [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375.

----------, Observación, Adopción 2013, Publicación 103ª [Consulta: 28 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3150375.

----------, Observación, Adopción 2002, Publicación 91ª reunión CIT (2003) [Consulta: 2 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101P13101_COMMENT_ID:3150375.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), enero-marzo de 2017 [Consulta: 3 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enoe_/ ie2017_05.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 179-194

La violación de derechos humanos en la Ley de Instituciones de Crédito*

The violation of human rights in the Law of Credit Institutions

Víctor Hugo Jiménez González**

RESUMEN

En México, el ordenamiento jurídico financiero regulador de las prácticas bancarias, específicamente el artículo 100 de la Ley de Instituciones de Crédito, pareciera quedar fuera del alcance de las normas constitucionales garantes de los derechos humanos de seguridad e igualdad jurídica y de acceso a una justicia imparcial en la que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, toda vez que el artículo al que se hace referencia contempla, en caso de controversia, la posibilidad de que las instituciones bancarias, en beneficio de sus intereses, puedan aportar como medio de prueba impresiones certificadas por funcionario autorizado por ellas mismas, las cuales tendrán en juicio el mismo valor probatorio que libros, registros y documentos microfilmados o grabados en discos ópticos obtenidos de sus originales. Tal disposición sitúa en indefensión legal al cuentahabiente dado que a la institución de crédito le es permisible, de cierta manera, la potencial manufactura de sus medios probatorios.

PALABRAS CLAVE: instituciones de crédito, cuentahabiente, teleológico, convicción, hechos controvertidos.

ABSTRACT

In Mexico, the financial legal order regulating banking practices, specifically Article 100 of the Law on Credit Institutions, seems to fall outside the scope of constitutional provisions guaranteeing human rights of security, legal equality and access to justice in compliance with the essential procedural requirements; The foregoing is affirmed in as much as the article referred to includes, in the case of a dispute, the possibility that such may provide as proof of evidence, impressions certified by and authorized person that will have the same value as the ones in the books, records and documents microfilmed, even the ones recorded on optical disks obtained from its originals. Such provisions place the account holder in legal helplessness, because the credit institution, in certain way, it's able to "create" its own evidence.

Keywords: credit institutions, account holder, teleological, conviction, controversial facts.

* Artículo de investigación recibido el 14 de febrero de 2017 y aceptado para publicación el 18 de septiembre de 2017
** Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (vicblue100@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-0895-5795.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Marco legal aplicable / 3. Supremacía constitucional (aspectos generales) / 4. Instituciones, servicios y operaciones en la Ley de Instituciones de Crédito y Código de Comercio / 5. Juicio / 6. Conclusiones

1. Introducción

Las actividades donde intervienen e interactúan seres humanos regularmente conllevan la posibilidad de desacuerdos y controversias; en ese sentido, las relaciones comerciales, económicas y financieras pueden verse inmersas en tales polémicas, y para dirimirlas existen conforme a derecho diversos medios de solución.

Uno de esos medios de solución es *el proceso*, que, definido por José Ovalle Favela, se instituye como la participación en el conflicto de un órgano jurisdiccional del Estado con facultades para no sólo emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva,[1] resultando este el medio más seguro para obtener una solución justa y apegada a derecho.

Así, al contemplarse el proceso como solución a las posibles controversias dentro de las leyes moderadoras de las relaciones financieras, nos encontramos con que éstas son vastas, y si bien pudiese pensarse que tal pluralidad beneficia o puede beneficiar a quien contrate con una institución bancaria, cabe aclarar que procesalmente no son uniformes ni apegadas al principio de igualdad, lo cual crea lagunas legales aprovechadas por los autoritarios sistemas financieros privados, en detrimento de los derechos humanos de los particulares.

La existencia de preceptos como los artículos en estudio de la Ley de Instituciones de Crédito violenta derechos fundamentales, lo cual obliga al Estado, a través de los órganos jurisdiccionales reguladores del proceso, a proteger de manera adecuada a la parte débil en la relación procesal cuya necesidad de protección es mayor, puesto que una de las partes (la institución financiera) se ostenta con una clara posición de superioridad frente a la otra. Para ello, debe atenderse a la supremacía constitucional.

De este modo, al optar por dirimir el conflicto en juicio, la ley prevé que la tramitación del procedimiento mercantil que abarca al financiero, según el caso, se formalizará a través de las siguientes vías de ejercicio:

[1] Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, México, 2005, p. 29.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a) La vía ordinaria
b) La vía ejecutiva
c) La vía oral mercantil
d) Los de tramitación especial

Corresponde al juez dirigirlo y a las partes aportar las pruebas reconocidas y admitidas por la ley —dado que se trata de derecho privado—, determinándose que la palabra *prueba* significa ocupar los mecanismos a través de los cuales las partes tratan de acreditar ante el juzgador la veracidad de sus afirmaciones y si ese mecanismo es el adecuado para acreditar la verdad (idoneidad de la prueba).[2]

2. Marco legal aplicable

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código de Comercio y Ley de Instituciones de Crédito publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de mil novecientos noventa.[3]

3. Supremacía constitucional (aspectos generales)

En México, el ordenamiento jurídico se basa en la Constitución, conforme a su artículo 133, que establece lo que se conoce como supremacía constitucional:

> Artículo 133. Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, aprobados por el Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De conformidad con ello, los artículos 14 y 17 constitucionales establecen que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente esta-

[2] Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho procesal mercantil, teoría y clínica,* México, Oxford University Press, 2011, p. 137.
[3] Ley de instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación, México, 1990. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDLeyesyReg05/pdf/L-36.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

blecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, además de que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, por lo que como consecuencia quedarán prohibidas las costas judiciales.

Se establece entonces que todo procedimiento judicial deberá cumplirse con formalidades esenciales y que la justicia que se imparta debe ser imparcial, es decir, es un deber del Estado dar un trato igual a las partes que intervienen en un juicio, las mismas oportunidades en igualdad de circunstancias de probar su dicho y hacer exigibles las obligaciones a las que se hayan sometido.

Sin embargo, las aplicaciones de tales preceptos constitucionales son frecuentemente irrealizables debido a la complejidad de las normas ordinarias que comprometen los derechos considerados como fundamentales y contrarían los mandatos constitucionales.

Resulta aquí conveniente citar algunas opiniones de autores que nos permitirán inferir el carácter teleológico de la Constitución. Para Ignacio Burgoa, la Constitución debe ser considerada como *lex fundamental* o primaria, como ordenamiento básico de toda estructura jurídica estatal y cimiento sobre el que se asienta el sistema normativo del derecho en su integridad.[4] Maurice Duverger afirma que la supremacía de la Constitución significa que las leyes deben estar de acuerdo con la Carta Máxima, de lo contrario serían irregulares y no tendrían aplicación.[5] Nogueira Alcalá menciona que los fines establecidos en la carta fundamental constituyen una garantía institucional a la protección del contenido esencial de los derechos con fuerza vinculante *erga omnes,* considerando que muchas de las amenazas a los derechos humanos no sólo provienen del Estado, sino también y principalmente de los poderes económicos y sociales facticos de la propia sociedad civil.[6] Víctor M. Castrillón y Luna sugiere que la Constitución erige un orden jurídico superior que fundamenta a todo el sistema tanto de derecho como institucional por contener los principios fundamentales de la soberanía nacional; por tanto, la

[4] Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano,* 3ª. Ed., México, Porrúa, 1979, Págs. 327 y 328.
[5] Citado por Castrillón y Luna, Víctor Manuel, "La protección constitucional de los derechos humanos", *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Barcelona, Ariel, 1968, p. 242.
[6] Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales,* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003, p. 78.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

superioridad de la Carta Magna implica que no se puede tolerar la existencia de leyes o actos contrarios a su objetivo.[7]

Estos discernimientos claramente indican de manera generalizada que las normas de todo ordenamiento jurídico deben ser interpretadas en armonía con su Constitución, respetando en todo momento los derechos humanos consagrados en su texto.

En consecuencia y como tema central, analizaremos las paradojas observadas en la Ley de Instituciones de Crédito, en sus artículos 99 y 100, que se vuelven conniventes a los intereses de las instituciones de banca, concibiendo "al cliente" como toda persona que decide abrir una cuenta en una institución de crédito y depositar en ella parte o la totalidad de su capital. Para ello, resulta necesario determinar el concepto de comerciante, acto de comercio y obligaciones de los comerciantes dentro de la Ley Comercial en México.

4. Instituciones, servicios y operaciones en la Ley de Instituciones de Crédito y Código de Comercio

El acto de voluntad supone la reunión de dos elementos: *el consentimiento y la consideración del fin a conseguir*. El acto de voluntad, cuando se vierte en el molde de un contrato cualquiera, se haya vinculado a la realización de un fin, a la obtención de un resultado jurídico.[8] Al efecto, si un particular realiza un acto jurídico (contrato) con una institución de crédito; de manera sinalagmática se crean derechos y obligaciones. Al particular se le considerará como cliente o cuentahabiente, y la institución de crédito tiene como finalidad la captación de recursos del público en el mercado nacional, para su colocación mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.[9]

Las instituciones de crédito podrán ser de banca múltiple o banca de desarrollo, y las operaciones a las que refiere este estudio son las que se encuentran contempladas en la fracción I del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito:

---

[7] Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *La protección constitucional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 34.
[8] Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, 12ª Edición, México, Porrúa, 2010, P. 197.
[9] Artículo 2º, Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación, México, 1990, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_170616.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:
I. Recibir depósitos bancarios de dinero:
a) A la vista
b) Retirables en días preestablecidos
c) De ahorro
d) A plazo o con previo aviso[10]

La personalidad jurídica, los derechos y obligaciones creados a los que se constriñe la institución de crédito como parte en el acto jurídico en que intervenga es un acto netamente mercantil regulado por el Código de Comercio; tal regulación la encontraremos en sus artículos 3 y 16, en específico en las fracciones II y III respectivamente, así como en los numerales 33, 49 y 75 (se transcriben):

Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes:
I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Artículo 16.- Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados.
I. (Se deroga).
II.- A la inscripción en el Registro público de comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios;
III.- A mantener un sistema de Contabilidad conforme al artículo 33.

De la Contabilidad Mercantil

Artículo 33.- El comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. Este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor

[10] Artículo 10º, Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación, México, 1990, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_170616.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se acomoden a las características particulares del negocio, pero en todo caso deberá satisfacer los siguientes requisitos mínimos:

A) Permitirá identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones individuales con los documentos comprobatorios originales de las mismas.
B) Permitirá seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas y viceversa;
C) Permitirá la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio;
D) Permitirá conectar y seguir la huella entre las cifras de dichos estados, las acumulaciones de las cuentas y las operaciones individuales;
E) Incluirá los sistemas de control y verificación internos necesarios para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección del registro contable y para asegurar la corrección de las cifras resultantes.

Artículo 49.- Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones.

Para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta.

La Secretaría de Economía emitirá la Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

I...
II...
III...
XIV.- Las operaciones de bancos.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De tal contexto legal, ciertamente cabe acotar que para las instituciones de crédito la obligación de conservar en papel cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones por un lapso no menor a diez años acarrearía una afectación a su competitividad y eficacia, además de los problemas de altos costos para su debida conservación, certidumbre y localización inmediata; por consiguiente, se publica el 18 de julio de 1990 la Ley de Instituciones de Crédito, que, conjuntamente con las reformas al Código de Comercio publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) el 29 de agosto de 2003,[11] determinarán la personalidad jurídica, la capacidad legal, los derechos y obligaciones de las instituciones de crédito, así como también la posibilidad de "microfilmar o grabar en discos ópticos, o en cualquier otro medio que les autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, todos aquellos libros, registros y documentos en general, que obren en su poder, relacionados con los actos de la propia institución, que mediante disposiciones de carácter general señale la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de acuerdo a las bases técnicas que para la microfilmación o la grabación en discos ópticos, su manejo y conservación establezca la misma" (se transcriben):

> Artículo 1o.- La presente Ley es de orden público y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.
> *Artículo reformado DOF 01-02-2008*
>
> Artículo 2o.- El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:
> I. Instituciones de banca múltiple, y
> II. Instituciones de banca de desarrollo.

[11] Código de Comercio, Diario Oficial de la Federación, México, 2003. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom/CCom_ref29_29ago03.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Artículo 6o.- En lo no previsto por la presente Ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente:

- La legislación mercantil;
- Los usos y prácticas bancarios y mercantiles, y
- La legislación civil federal. Fracción reformada DOF 06-02-2008
- La Ley Federal de Procedimiento Administrativo respecto de la tramitación de los recursos a que se refiere esta Ley, y
- El Código Fiscal de la Federación respecto de la actualización de multas.
- Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo.

Artículo 99.- Todo acto o contrato que signifique variación en el activo o en el pasivo de una institución de crédito o implique obligación directa o contingente, deberá ser registrado en la contabilidad el mismo día en que se efectúen. La contabilidad, los libros y documentos correspondientes y el plazo que deban ser conservados, se regirán por las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional Bancaria y de Valores tendientes a asegurar la confiabilidad, oportunidad y transparencia de la información contable y financiera de las instituciones. *Artículo reformado DOF 01-02-2008*.

La contabilidad con los ajustes requeridos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores será la utilizada para todos los efectos contables y legales conducentes[12]. *Párrafo adicionado DOF 10-01-2014*.

Artículo 100.- Las instituciones de crédito podrán microfilmar o grabar en discos ópticos, o en cualquier otro medio que les autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, todos aquellos libros, registros y documentos en general, que obren en su poder, relacionados con los actos de la propia institución, que mediante disposiciones de carácter general señale la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de acuerdo a las bases técnicas que para la microfilmación o la grabación en discos ópticos, su manejo y conservación establezca la misma. Los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación y las imágenes

[12] Artículo 99, Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación, México, reforma 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_170616.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> grabadas por el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a que se refiere el párrafo anterior, así como las impresiones obtenidas de dichos sistemas o medios, debidamente certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito, tendrán en juicio el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados o grabados en discos ópticos, o conservados a través de cualquier otro medio autorizado[13]. *Artículo reformado DOF 30-04-1996.*

Sin embargo, su incorrecta exégesis acarrea como resultado que en la práctica se conciba una consunción de la hegemonía constitucional, posibilitando que las actuaciones de las instituciones de crédito amenacen y lesionen derechos fundamentales dentro de sus relaciones contractuales.

5. Juicio

Pensemos ahora en esos documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que dan nacimiento a derechos y obligaciones entre las instituciones de crédito y sus clientes, y que estos documentos se aporten como medios de prueba en un procedimiento judicial con cánones tan disímiles como los transcritos. ¿Será posible una verdadera imparcialidad en la aplicación de justicia? ¿El desarrollo económico equitativo y sustentable de nuestro país es responsabilidad del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo únicamente? La respuesta a estas interrogantes la encontramos en la necesaria intervención del Poder Judicial como tutor de la ejecución de los derechos fundamentales. Tal como lo apunta Luis Prieto Sanchís, la garantía de la Constitución se atribuye al más "neutro" de los poderes, a aquel que debe y que mejor pueda mantenerse al margen del debate político, es decir, al Poder Judicial.[14]

Al efecto, comencemos por mencionar que el juicio se tramitará por las vías de ejercicio ordinario u oral mercantil dependiendo del monto de la obligación y porque la fuente de tales derechos y obligaciones es un contrato; pese a lo anterior, es pertinente señalar que, por tratarse de una controversia

[13] Artículo 100, Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación, México, reforma 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_170616.pdf.
[14] Citado por Résendez Bocanegra, Pedro Javier, *Protección del Derecho a Decidir y Contratar Libremente: su Impacto en la Sociedad*, Prieto Sanchís, Luis, "*Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*", P. 66.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de índole mercantil y al estar regulada por leyes federales, el actor puede hacer uso de la jurisdicción concurrente, esto es, puede optar por ventilar la controversia ante los tribunales de la federación o en los tribunales del orden común, siempre y cuando sólo se afecten intereses particulares, tal como lo establece el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Luego, al presentarse la demanda y cumplir con los presupuestos procesales, el tribunal declarará su competencia y quedará obligado constitucionalmente a garantizar una aplicación de justicia imparcial, además de cumplir con las formalidades del procedimiento y con cada una de sus etapas.

De manera particular, en la etapa expositiva las partes deberán cumplir, dentro de otras obligaciones, el mencionar el valor de lo demandado, pues de ello dependen la competencia del juez y los documentos en que la parte interesada funde su derecho,[15] es decir, ofrecerán sus pruebas, las cuales deberán cumplir con lo que establece el artículo 1205 del Código de Comercio:

> Artículo 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.
>
> Igual regla se debe seguir en caso de que se trate de juicio oral mercantil, tal como se contempla en el artículo 1390 Bis 11, fracciones V y VIII:
>
> Juicio Oral Mercantil
> Fijación de la Litis
> Artículo 1390 Bis 11.- La demanda deberá presentarse por escrito y reunirá los requisitos siguientes:
> I. El juez ante el que se promueve;

[15] Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Procesal Mercantil, Teoría y Clínica*, 2ª. Ed., México, Oxford, 2011 Págs. 96 y 97.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. El nombre y apellidos, denominación o razón social del actor y el domicilio que señale para oír y recibir notificaciones;
III. El nombre y apellidos, denominación o razón social del demandado y su domicilio;
IV. El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios;
V. Los hechos en que el actor funde su petición en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.
Asimismo, debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;
VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;
VII. El valor de lo demandado;
VIII. El ofrecimiento de las pruebas que el actor pretenda rendir en el juicio, y
IX. La firma del actor o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.

Posteriormente, una vez entablada la Litis, se pasará a la etapa probatoria, considerada como fase del proceso dentro de la cual las partes tienen la oportunidad de acreditar su dicho ante el juez, correspondiéndole al actor hacerlo respecto a los hechos constitutivos de su acción y al demandado, en relación con sus defensas y excepciones; etapa donde por supuesto deben tenerse presentes los cinco principios básicos de la actividad probatoria[16] para su admisión:

Fin. Para que el juzgador se allegue de los elementos necesarios para analizar debidamente la veracidad de las afirmaciones de las partes y estar en aptitud de dictar una sentencia.
Necesidad. Para delimitar cuáles son las cuestiones planteadas dentro del proceso que tienen que ser probadas.

[16] Contreras Vaca, Francisco José, o*p. cit.*, p. 138.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Carga. Para determinar a qué parte le corresponde y respecto a qué hechos debe aportar instrumentos probatorios para acreditar su veracidad.
Idoneidad. Para determinar cuál es el medio de prueba adecuado.
Sujetos. Para señalar quiénes son las personas que han de intervenir en el desahogo de los instrumentos probatorios.

Es en el periodo de la admisión de pruebas propuestas por las partes donde cobra vida el contrasentido sujeto a estudio, pues si resulta ser que la institución bancaria microfilmó o grabó en discos ópticos o en cualquier otro medio que autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, los documentos que obren en su poder, relacionados con el juicio, y que correspondan a la propia institución los podrá imprimir y certificar por medio de funcionario autorizado de la institución de crédito, y dichos documentos tendrán en juicio el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados o grabados en discos ópticos, o conservados a través de cualquier otro medio autorizado, pero sin que en ningún momento estén obligados a garantizar la certeza de dichas impresiones, dado que han sido "certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito", presumiéndose entonces que los datos que provienen de las instituciones de crédito corresponden íntegramente a las constancias que en ellos figuran y a la realidad, generándose con ello una presunción de certeza suficiente para darle pleno valor probatorio en juicio y obligar a la contraparte (cuentahabiente), si le resulta necesario, no sólo a objetar las impresiones presentadas, sino también a la inalcanzable obtención de otros medios de prueba que logren destruir la presunción de certeza de la información aportada por la institución de crédito.

Así, al tomar en consideración los artículos puntualizados, es manifiesto que quien gozará de una preeminencia al momento de probar su dicho será la institución de crédito, dado que no se garantiza el uso de prácticas bancarias sanas y mucho menos propician la seguridad de esas operaciones. Esto contraria el crecimiento de la economía nacional pues no existe una verdadera protección a la inversión. En consecuencia, la repercusión social de un patrón de conducta como el señalado deja de ser un asunto privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública, donde los órganos judiciales asuman la posición de defender la eficacia de los derechos fundamentales y no dejen esa carga procesal a los particulares.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

6. Conclusiones

El objetivo de este análisis es enfatizar los riesgos que se corren con leyes que contrarían a la Constitución y tienden a la desprotección de los derechos fundamentales; así también, se propone que las normas procesales, tanto federales como estatales, sean interpretadas según los principios que establece la propia Constitución, uniendo nuestra voz (respetando, claro está, las debidas proporciones) a la de destacados juristas cuya propuesta es que toda norma atienda y custodie los derechos fundamentales.

La impartición de justicia, con posibilidad de particularizarla a grado tal de darle valor probatorio a un documento presentado y certificado por una de las partes, sitúa en un escenario considerablemente desfavorable a quien se atreve a llevar ante los tribunales a una institución bancaria, ya que al hacerlo corre grave riesgo de no poder demostrar sus aseveraciones y, peor aún, de no tener garantía constitucional que le proteja en caso de violaciones al procedimiento.

Por tanto, reflexionar y reconocer la existencia de disposiciones legales que nos obligan a conducirnos dentro de una secuela procesal de forma determinada hacen necesaria la intervención positiva del Estado para garantizar la salvaguarda de los derechos humanos, para evitar, entre otras cosas, la consecuencia de concentrar la riqueza en un sector beneficiado de la población.

Bien menciona Luigi Ferrajoli tales consecuencias, a las que considera "la crisis del estado nacional", y las interpreta como la crisis de la misma capacidad regulativa del derecho debido, entre otras cosas, a la pluralidad de las fuentes normativas, a su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico y, por otra parte, a una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico, que acarrea-ra como consecuencia el debilitamiento del constitucionalismo y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales.[17]

En efecto, la variación significativa que puede darse en la resolución de un procedimiento judicial al permitir a una de las partes certificar sus propias pruebas y con ello darle valor probatorio pleno legitima un retroceso legal y obliga a realizar una profunda exploración y, como consecuencia, una necesaria reforma al artículo 100 de la Ley de Instituciones de Crédito, para precisar la autenticidad de las impresiones certificadas que pueden aportarse

[17] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la Ley del más Débil*, 7ª. Ed., Trotta, 2010, P. 17.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en un procedimiento jurisdiccional; es decir, que la misma ley provea el mecanismo en que la parte contraria a la institución de crédito pueda exigir el comprobar la autenticidad de los elementos de prueba.

Una viable solución concurrirá sí la protección constitucional a los derechos fundamentales y la propia validez de la Constitución hacen replica en las leyes y códigos tanto federales como estatales; como ejemplo, el artículo 13, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, que indica:

> En la interpretación de las normas procesales tendrán aplicación las siguientes reglas:
> ...
> V. Las normas procesales deberán interpretarse de conformidad con los principios que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre el proceso y la función jurisdiccional, con los principios generales del derecho y con los principios fundamentales contenidos en este Código, de manera que se observen, en todo caso, las formalidades de un proceso justo y razonable.[18]

Esto, bajo la condición de que todo orden jurídico será eficaz si y sólo si armoniza con su norma fundamental (la Constitución) lo que conllevará por lógica a su validez. Como señala García de Enterría, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento jurídico, esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expresados en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de las normas[19]. De ahí que "sólo se asume una norma fundamental, cuando estamos en presencia de un orden jurídico eficaz", es decir, únicamente cuando se satisface la condición suficiente.[20] En esa postura, como bien apunta Reséndez Bocanegra, el precepto constitucional claramente obliga a los jueces, de cualquier instancia y rango, a aplicar en primer lugar la Constitución y, por ende, también a atender y custodiar los derechos fundamentales. Esto aplica en juicios de todo tipo, incluyendo aquellos que tienen por objeto resolver controversias entre particulares, es decir, también

[18] Artículo 13, fracción V, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, México, 1997. Disponible en: http://www.eumed.net/librosgratis/2008c/427/Tabasco.%20Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles.pdf.
[19] García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, España, Civitas, 2006, p. 97.
[20] Tamayo y Salmorán, Rolando, *Costumbre o eficacia, condición necesaria y suficiente de existencia del derecho,* México, Fontamara, 2015, p. 106.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en los juicios en los que se ventilan disputas de orden civil y mercantil, los jueces están obligados a aplicar, en primer lugar, los preceptos constitucionales y tutelar los derechos fundamentales.[21]

7. Referencias

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano,* México, Porrúa, 1979, pp. 327-328.

Castrillón y Luna, Víctor Manuel, "La protección constitucional de los derechos humanos", *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Barcelona, Ariel, 1968, p. 242.

Código de Comercio, Diario Oficial de la Federación, México, 2003. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom/CCom_ref29_29ago03.pdf.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, México, 1997. Disponible en: http://www.eumed.net/librosgratis/2008c/427/Tabasco.%20Codigo%20de%20Procedimientos%20Civiles.pdf.

Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho procesal mercantil*, *teoría y clínica,* México, Oxford University Press, 2011, p. 137.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2010, p. 17.

García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, España, 2006, p. 97.

Ley de instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación, México, 1990. Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDLeyesyReg05/pdf/L-36.pdf.

Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, 12a edición, México, Porrúa, 2010, p. 197.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales,* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003, p. 78.

Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6ta edición, México, Oxford University Press, 2005, p. 29.

Reséndez Bocanegra, Pedro Javier, *Protección del derecho a decidir y contratar libremente*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 124.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Costumbre o eficacia*, *condición necesaria y suficiente de existencia del derecho,* México, Fontamara, 2015, p. 106.

[21] Reséndez Bocanegra, Pedro Javier, *Protección del derecho a decidir y contratar libremente*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 124.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 195-210

La ideología en el Derecho y una sentencia uruguaya acerca del IVA*

The ideology in law and an uruguayan court decision on value added tax (VAT)

Andrés Javier Blanco**

RESUMEN
El análisis ideológico del discurso del Derecho es una de las vertientes más originales de la Teoría del Derecho en tanto apunta a conectar los contenidos de la legislación, la dogmática y la jurisprudencia con fenómenos sociales reales en términos funcionales. En el presente trabajo, luego de proponer un marco teórico del análisis ideológico, se presenta un caso real de la jurisprudencia uruguaya sobre el Impuesto al Valor Agregado (IVA), en el cual el análisis ideológico de la sentencia ilumina su sentido.

Palabras clave: ideología, análisis ideológico, IVA.

ABSTRACT
The ideological analysis of the legal speech is one of the most original viewpoints of the legal general theory, since it directs to connect the contents of legislation, legal scholarships and adjudication with the social phenomena, in functional terms. In this article, after setting the theoretical basis of the ideological analysis, an Uruguayan court decision on Value Added Tax (VAT) is exposed and analyzed in ideological perspective, clarifying its meaning.

Keywords: ideology, ideological analysis, VAT.

*Artículo de investigación recibido el 15 de noviembre de 2017 y aceptado para publicación el 28 de febrero de 2018
** Profesor Investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. (andresblanco@vera.com.uy) orcid.org/0000-0001-5824-6773

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Desarrollo del tema / 2.1 La ideología en general y en la teoría del derecho / 2.2 ¿De qué formas opera la ideología, en general y en el discurso del Derecho en particular? / 2.3 El uso de la ideología para la construcción de los hechos en el discurso jurídico: el caso de la sentencia del TCA sobre el IVA sobre el precio de los servicios notariales / 3. Conclusiones / 4. Bibliografía

1. Introducción

La *ideología* es una de las ideas más fructíferas y a la vez más controversiales de las ciencias sociales. Sin perjuicio de que, como observaremos, hay una *concepción débil* de *ideología* que abarcaría prácticamente a todo sistema de creencias relativamente consistente. El atractivo radica en la versión (o versiones) *fuerte* de la ideología: sistemas de creencias que operan en forma velada, generalmente inconsciente, distorsionando aspectos de la vida social o creando justificaciones de conductas, con una función de conservar o alterar —según el caso— un grupo de relaciones sociales.

La Teoría del Derecho incorporó, desde diversas vertientes, dicha noción, con resultados, a mi juicio, excelentes en la explicación de ciertos aspectos del derecho como fenómeno social. En este trabajo propongo, en primer lugar, algunas nociones muy elementales y generales de qué se entiende por *ideología* en la epistemología de las Ciencias Sociales, y sus aplicaciones en la Teoría del Derecho en general. Seguidamente, se utilizarán algunas de estas aplicaciones para analizar una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (*TCA*) de Uruguay sobre el Impuesto al Valor Agregado (*IVA*).

Si bien asumo que los contenidos ideológicos están presentes en una gran parte —quizás en la mayoría— de los textos jurídicos, sean de Derecho Positivo, dogmáticos, jurisprudenciales, etc., la sentencia elegida tiene la ventaja de que su contenido ideológico es muy fácilmente identificable y analizable, mientras que en otros textos dicho contenido está más solapado o disimulado. A ello debe agregarse que en la sentencia confluyen no sólo argumentos (y contenidos ideológicos) específicamente del Derecho tributario con otros del Derecho privado, lo que permite apreciar con un sólo ejemplo la convergencia y semejanza de la ideología que divulga el discurso jurídico.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. La ideología en general y en la Teoría del Derecho

Si bien el concepto de *ideología* no nació con Marx y Engels,[1] fueron ellos quienes la colocaron en el centro del análisis de los discursos sociales; o más ampliamente, impulsaron fuertemente la idea de que los discursos deben estudiarse como fenómenos sociales, al margen de que sean verdaderos o falsos, correctos o incorrectos.[2] No obstante, a pesar de que el marxismo posterior a Marx y Engels continuó (y continúa) utilizando ampliamente a la ideología como categoría de análisis de los discursos, rápidamente ella fue aceptada, hasta hoy, por amplios sectores de la teoría social de filiación no marxista; tales son los casos —entre otros— de Mannheim, Kelsen y Van Dijk, que mencionaré en este trabajo.

Pero ¿qué es la ideología? Es usual decir que existe, por un lado, una concepción *neutra* del término, bajo la cual *ideología* se referiría a todo sistema de ideas acerca de la realidad social o de un sector de la misma.[3] Esta noción *neutra* o *amplia* no deja de tener interés para el análisis de los lenguajes, ya que nos previene acerca de que un discurso cualquiera no es sólo lo que oímos o leemos directamente, sino que es un eslabón en una cadena de enunciados mucho más amplia, que contiene, entre otras cosas, creencias acerca de la sociedad y normas de muy diverso significado. A partir de esta noción amplia de *ideología*, advertimos que cualquier parte del discurso jurídico no supone solamente los hechos directamente enunciados en él ni el permiso, la prohibición o la obligación explícitamente manifestados, sino, por ejemplo, una creencia de que estableciendo esa prohibición, permiso u obligación se generará un efecto social que puede ser bueno para el que genera el texto pero no para el resto de la gente. En otras palabras, la noción *amplia* de *ideología* nos recuerda que, en contra de lo que se nos suele proponer desde una visión exegética ramplona, los juristas no operamos "solamente el Derecho", sino que estamos permanentemente asumiendo un compromiso con las visiones de la sociedad que subyacen a un texto positivo, dogmático o de una sentencia.

---

[1] Ya en el siglo XVII Francis Bacon, auténtico fundador de la Epistemología o Filosofía de la Ciencia, postuló que las personas tienen representaciones a las que llamó *idola*, que refractan su entendimiento. Por otra parte, a principios del siglo XIX, Destutt de Tracy acuñó el término *ideología* para referirse al sistema completo de creencias que condiciona el conocimiento y la conducta. Véase Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia, *La inexplicable sociedad. Problemas epistemológicos de las ciencias sociales*, A-Z Editora, Buenos Aires, 1998, pp. 228-229.

[2] Marx, Karl y Engels, Friedrich, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos, Montevideo, 1968, pp. 25 y ss.

[3] Courtis, Christian, "Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho", *AA.VV.: Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica (edición de Christian Courtis)*, Trotta, Madrid, 2006.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero lo más interesante desde el punto de vista tanto teórico como epistemológico es lo que a veces se denomina como la versión *fuerte* del vocablo *ideología*: más allá de las variantes, para otro grupo de autores la *ideología* es un discurso que presenta una visión de la realidad, más especialmente de la vida social, o de un sector de ella, "que favorece los intereses de ciertos grupos sociales, y/o un cierto estado de cosas en la vida social".[4] Esa presentación de la vida social o de un sector de la misma, de un modo sesgado por intereses sociales, tiene las siguientes características: a) en primer lugar, la ideología se presenta a sí misma como un discurso neutral u objetivo (cuando en realidad es todo lo contrario), por lo que su vinculación con los intereses de un grupo social o un estado de cosas permanece oculto o subyacente; b) en segundo lugar, la ideología es funcional a esos intereses o estructuras con los que se articula, presentando las relaciones sociales que se defienden como algo dado e inevitable, y/o rechazando *a priori* toda crítica que apunte a demostrar que las cosas pueden ser de otra forma; y c) en tercer lugar, la ideología se desenvuelve en su mayor parte en forma inconsciente, es decir, no es —como a veces sostiene en contra de su empleo como categoría de análisis— el fruto de una conspiración, sino de un proceso social espontáneo.[5]

La Teoría del Derecho ha sido un campo en el que la noción de *ideología* ha sido ampliamente utilizada para explicar el fenómeno jurídico como hecho social, si bien con variantes en cuanto a su significado y efectos. Por una parte, podemos identificar un sector de la Teoría del Derecho alineado con la concepción más fuerte de *ideología*, que incluye a quienes trabajan con marcos teóricos marxistas o cercanos al marxismo,[6] así como también a Kelsen,[7] que sin ser marxista adoptó una acepción de *ideología* muy cercana a la del marxismo. Otros autores, por su parte, analizan el Derecho como el producto de *ideología* pero entendido este término en su acepción amplia o neutra. Un caso aparte es el de Duncan Kennedy, que comentaré por separado.

---

[4] A las referencias a Marx y Engels ya realizadas, así como a los teóricos del Derecho que se mencionarán, debe agregarse como referente de esta concepción fuerte de *ideología*: Mannheim, Karl, *Ideología y utopía. Una introducción a la sociología del conocimiento,* FCE, México, 2004, pp. 90-91; Hirst, Paul, *On law and ideology,* MacMillan, Londres y Basingstoke, 1979, pp. 23-27; Eagleton, Terry, *Ideología. Una introducción,* Paidós, Barcelona, 1997, pp. 24 y ss.

[5] Mannheim, Karl, *Ideología y utopía...,* pp. 72-73.

[6] Por ejemplo, Pašukanis, Evgeni, *Teoría general del derecho y marxismo,* Labor, Barcelona, 1976, pp. 61 y ss; Miaille, Michel, *Une introduction critique au Droit,* Francçois Maspero, París, 1977, pp. 110-112; Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica,* Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (UNAM)-Coyoacán, México.

[7] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* Porrúa, México, 1997, pp. 138-147.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para entender el uso de la ideología como categoría de análisis del Derecho, detengámonos justamente en la referencia de Kelsen que realicé en el párrafo anterior, en la cual este autor explica el concepto de *derecho real*. La acepción de *derecho real* como *relación con la cosa* es evidentemente falsa, puesto que toda *relación jurídica* es una relación social que vincula unas personas con otras. Pero nos dice Kelsen que la presentación falsa de una relación social como trabada con *cosas* y no con personas, como realmente ocurre, no es una simple falsedad ni tampoco es inocente, sino que cuando el Derecho Positivo o la dogmática hablan de esa forma, están presentando a la propiedad privada como algo preexistente a las personas. De esa forma, la propiedad privada pasa a imaginarse como algo impersonal e intemporal, lo cual la apuntala como institución social. En otras palabras, según Kelsen, la idea de *derecho real* como algo diferente a un permiso o una prohibición común constituye un discurso que veladamente legitima la propiedad privada atribuyéndole propiedades que, de hecho, no tiene.

En el campo tributario, se ha sostenido en Uruguay[8] que el artículo 10 del Código Tributario tiene un contenido ideológico cuando nos dice que el tributo existe para que el Estado obtenga recursos para cumplir con sus fines. ¿Por qué? Primero, la adición de esa referencia a la definición de *tributo* es innecesaria porque todo el resto del Código Tributario, así como la dogmática y la jurisprudencia, se desentienden por completo del tema del cumplimiento de los fines del Estado para resolver el resto de los problemas jurídicos del tributo: Todas estas cuestiones se deciden sólo alrededor de la exacción de dinero de los particulares por parte del Estado, siendo poco o nada relevante hacia dónde se destinen los recursos. Ciertamente, en Europa continental y América Latina algún sector dogmático hace cuestión del destino para deslindar subcategorías de tributos (como la tasa), pero la importancia recaudatoria de esos tributos es casi nula. Por lo demás, esas discusiones son relevantes para establecer subdivisiones del tributo pero no para delimitar el tributo como gran categoría de ingreso público. Por otro lado, desde el punto de vista social, y dependiendo del tipo de explicación teórica de la economía que se adopte, el tributo puede tener una función de regulación de la masa monetaria, como forma de estabilizar el sistema de precios y no de acercar recursos a la financiación de los gastos públicos. Por último, aun cuando se admitiera que el tributo alimenta de recursos al Estado para que éste gaste, *fines del*

[8] Blanco, Andrés, *Estudios críticos sobre finanzas públicas y derecho tributario,* FCU, Montevideo, 2013, pp. 29-33.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estado es un nombre que puede abarcar cualquier cosa que haga el Estado, desde alimentar a los indigentes hasta construir un arma de destrucción masiva. En suma, objetivamente parece que no hay motivos *jurídicos* ni de otra índole para que la definición legal de *tributo* nos diga que existe "para cumplir con los fines del Estado".

Ahora bien, la dogmática jurídica, en especial la del Derecho Público, cuando se refiere a los *fines* del Estado, casi siempre lo hace en términos aprobatorios o, a lo sumo, neutros. Si se lee cualquier manual de Derecho Público o incluso textos positivos que tratan del tema, no suele incluirse ninguna mención a actividades que todos los Estados, sin excepción, llevan a cabo y que estarían expuestas a juicios morales adversos. Es más, esa descripción laudatoria de las actividades del Estado suele incluirse en el aprendizaje institucional de niños y adolescentes, que normalmente incorporan tempranamente una visión positiva acerca de qué es y qué hace esa institución. Por eso, la alusión a los *fines del Estado* rodea al tributo de connotaciones positivas que lo legitiman como relación social, aunque descriptivamente no tengan mayor necesidad ni asidero.

El análisis del Derecho como portador de ideologías en el sentido que usualmente se usa en las ciencias sociales debe distinguirse del sentido que le otorga Kennedy al mismo vocablo.[9] Para Kennedy, las *ideologías jurídicas* son grandes programas de política jurídica, obviamente vinculados con programas de política en general, que se utilizan para varios fines, como componer argumentos para resolver casos en contra del derecho positivo, *interpretar* términos susceptibles de varios significados en su uso corriente, etc. Desde luego que no se trata de una noción contrapuesta a la tradicional acepción de *ideología*, y de hecho es muy posible que los programas de los que habla Kennedy se alimenten de las ideologías entendidas al modo tradicional. La diferencia radica en que normalmente estos discursos de carácter político, cuando afloran (porque frecuentemente operan en forma subyacente, al igual que las ideologías entendidas al estilo clásico), no ocultan su uso normativo; contrario a las ideologías en sentido propio, que pretenden ser descripciones neutrales, los programas de política jurídica son abiertamente prescriptivos.

Existen dos prevenciones para el uso de la categoría *ideología* en el análisis de los discursos. La primera es la llamada Paradoja de Mannheim, por haber sido propuesta por este autor: si los intereses penetran los discursos y

[9] Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication,* Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1997, p. 157 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los convierten en ideologías, ¿por qué no suponer que la crítica a la ideología sea, a su vez, otra ideología? Realmente no existe una buena solución a esta paradoja pero, como indica Courtis, la fertilidad del concepto de *ideología* para el análisis de los lenguajes es tal que vale la pena asumir el riesgo de asumirlo sin tener resuelta la Paradoja de Mannheim.[10]

La segunda prevención es el abuso de la calificación ideológica de los discursos, en especial en el Derecho. En efecto, aunque entiendo que en porciones muy amplias, que además son probablemente las más importantes del Derecho positivo, la dogmática y la jurisprudencia tienen contenidos ideológicos, es evidente que ciertas porciones del Derecho no los tienen; ejemplos obvios son las normas sobre tránsito.[11] Por otro lado, la existencia de contenidos ideológicos en textos jurídicos no implica que esos mismos textos carezcan, simultáneamente, de otros contenidos. En especial, la postulación de que el Derecho es portador de ideologías no descarta su función específicamente normativa, si bien, como veremos en el capítulo siguiente, la función ideológica de un texto lleva ínsita una pretensión normativa en tanto apunta a determinar conductas.

3. ¿De qué formas opera la ideología en general y en el discurso del Derecho en particular?

Pasando a un análisis más concreto de la forma en que opera la ideología, tenemos que señalar que ella incide primeramente en la comprensión de cada evento. Cuando un sujeto se enfrenta a una situación de la vida social, la ubica en un contexto más amplio de comprensión, que fue determinado, en parte, por una ideología. En virtud de esa ubicación del evento en un conjunto de representaciones creado —entre otros discursos— por la ideología, el sujeto llega a configurar el evento. Sólo de esta forma un hecho de la vida social significa *algo*.[12] Aclaremos esto con un ejemplo.

Un sujeto se enfrenta a la situación de liquidar y pagar un tributo. Por un lado, es muy probable que califique a ese hecho como algo desagradable e intrínsecamente injusto. Ello ocurre porque esa persona ha asimilado el discurso ideológico que, según Kelsen, acompaña a la proposición de la

[10] Courtis, Christian, "Detrás del derecho...", *op. cit.*, p. 354.
[11] *Ibidem*, pp. 352-353.
[12] Van Dijk, Teun, "Ideología y análisis del discurso", *Utopía y praxis latinoamericana*, Universidad de Zulia, Maracaibo, año 10, núm. 29, 2005, pp. 15-17.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

propiedad privada como un "derecho" sobre la cosa, por ejemplo, el dinero. Esa ideología ha creado un contexto en el cual los sujetos consideran que la propiedad es un hecho natural, previo e inderogable, por lo que cualquier situación que signifique lesionarla está cargado de valoraciones negativas. Por otro lado, quizá ese sujeto piense que ese pago contribuirá a que el Estado realice acciones positivas, como educar niños o asistir enfermos. Esto último también sucede porque el pago de tributos está inserto en un contexto de matriz ideológica en el cual se presenta al Estado como realizador de acciones buenas. De manera que, en virtud de la acción de una o más proposiciones ideológicas, queda conformado e inserto en la vida social e individual un hecho como el pago de un impuesto. El ejemplo es bueno para poner de manifiesto que, de la misma forma que en la vida social material, pugnan intereses contrapuestos; ello tiene también reflejo en las ideologías y las representaciones que ellas causan: la convivencia de intereses opuestos genera ideologías contrapuestas, y consecuentemente representaciones contrapuestas, a veces en la misma persona. Al pasar, digamos que esta convivencia de ideologías opuestas en discursos jurídicos referidos a una misma situación es un fenómeno que muchos autores han propuesto como típico del Derecho de los países capitalistas, tal es el caso de Balkin con su tesis acerca de la convivencia y conflicto permanente entre las visiones *individualista* y *comunalista* de la sociedad y el Derecho.[13]

En el ejemplo que mencioné, la construcción del evento y del contexto se producen en el nivel del sujeto convocado a *cumplir* lo que manda el Derecho; allí la ideología operaría en el campo que podríamos llamar *cumplimiento espontáneo* del Derecho, pero es evidente que hay otros ámbitos en los que la ideología opera muy activamente.

Uno de esos campos es la Dogmática. De la misma manera que el Derecho Positivo construye hechos a partir de ideologías y que, a partir de esos hechos o hacia ellos, construye sus mandatos, la Dogmática propone argumentos y soluciones a partir de hechos y contextos que aparentemente son *descriptivos* pero que a poco que se observa cómo develan ideologías subyacentes. Ilustremos esta afirmación con otro análisis en clave ideológica hecho por Kelsen.[14] La separación dogmática entre *derecho público* y *derecho privado* dice fundarse en propiedades diferentes de la actividad del Estado y la ac-

[13] Balkin, Jack, "The crystalline structure of legal thought", *Rutgers Law Review*, vol. 39, núm. 1, 1986, pp. 11 y ss. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1293&context=fss_papers.
[14] Kelsen, Hans, *Teoría pura..., op. cit.*, p. 287-289.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tividad de los particulares. Sin embargo, sostiene Kelsen, objetivamente la diferencia es falsa puesto que todo el Derecho, sin importar el tipo de actos a los que se refiera, tiene la misma estructura y función: establece permisos y prohibiciones, y materializa estas últimas como sanciones a la conducta prohibida. La separación dogmática entre *derecho público* y *derecho privado*, sin embargo, no es simplemente un error, sino que responde al menos a dos concepciones ideológicas: puede encubrir la idea, enraizada con el liberalismo económico, de que el Estado no debe inmiscuirse en la vida económica, que se supone reservada a los particulares, o también la idea de que el Estado no debe tener demasiados frenos en su acción en el entendido de que "defiende el interés público".

Otra área del Derecho en donde opera la ideología es el de la práctica judicial, tanto por las partes en el proceso como por los jueces. Cuando una parte presenta un caso o se defiende, muy probablemente lo haga según el procedimiento que se observó al inicio de este capítulo: no como un hecho desnudo, sino como un evento calificado y ubicado en un contexto, delimitados ambos por discursos ideológicos. Esta práctica es la que observaremos en la sentencia que se comentará en el apartado 2.3. Desde luego que la construcción de argumentos para resolver un caso, sea por las partes o el mismo tribunal, puede estar llena de contenidos ideológicos directos o de premisas elaboradas a partir de ideologías.

Existen al menos dos modalidades más en que opera la ideología, que interesan particularmente al Derecho.[15] Por un lado, tiene un efecto implícito que podríamos llamar normativo: una conducta se reproduce mejor si una ideología nos dice que "forma parte de la naturaleza" o es "necesaria". Por otro lado, al dotar a un hecho social de la propiedad de ser algo dado, intemporal y neutral, se legitima la estructura social: ésta deja de ser un fruto histórico mudable, y pasa a ser un estado de cosas invariable.

Seguidamente, se expondrá una sentencia de un tribunal uruguayo, en la que se puede observar en toda su intensidad el despliegue de más de una de estas funciones del discurso ideológico.

[15] Ricœur, Paul, *Ideología y utopía*, Gedisa, Barcelona, 2006, pp. 214 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1.1 El uso de la ideología para la construcción de los hechos en el discurso jurídico: el caso de la sentencia del TCA sobre el IVA sobre el precio de los servicios notariales

La sentencia 424/2012 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (*TCA*) uruguayo ofrece un excelente ejemplo de uso de la ideología en la construcción de argumentos para la justificación de un acto particular de ejercicio del poder.

En síntesis, la Dirección General Impositiva (*DGI*) detectó que un notario público, en un período dado, había participado en la celebración de varias escrituras, no facturando precio alguno por ninguna de ellas, y por lo tanto no declarando ni abonando suma alguna por concepto de Impuesto al Valor Agregado (*IVA*).[16] Por ese motivo, la *DGI* realizó un procedimiento de inspección que culminó con un acto administrativo en el cual determinó una deuda por concepto de *IVA*, además de sanciones. La *DGI* no halló evidencias del pago de precios por los servicios, por lo que estimó la deuda con base en las escalas recomendadas por la asociación gremial de notarios, como guía para la fijación de honorarios.

El notario a quien se determinó la deuda impugnó la resolución en vía administrativa y luego demandó su nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (*TCA*), sosteniendo que realmente no había percibido precio alguno por sus servicios, dado que todos los destinatarios de los mismos eran familiares y amigos. Además de alegar directamente esta circunstancia, el notario *tradujo* al discurso jurídico esa alegación como una "falta de prueba" y "falta de motivación" del acto administrativo.

El *TCA* en su sentencia rechazó las defensas del notario y ratificó la determinación de deudas hecha por la *DGI*, sosteniendo que para servicios de esta naturaleza hay que "presumir" la onerosidad. En otras palabras, sin mediar evidencias, para el *TCA* el simple hecho de tener una actividad profesional supone que se están percibiendo precios, por lo que como regla es falso todo enunciado que sostenga que esa actividad se cumple en forma gratuita. El *TCA* invoca, además, varios textos del Código Civil y del Código de Comercio, en los que se establece que, en ausencia de pacto expreso sobre la retribución de los prestadores de servicios, estos pueden igualmente reclamarlo al prestatario, fijándose en tal caso según los usos del mercado. Tan fuerte es esa

[16] No se incluyó en la determinación ningún impuesto a la renta puesto que en Uruguay, en el período en que se produjeron los hechos (1998-2005), ningún impuesto de ese tipo gravaba los ingresos de profesionales como los notarios públicos.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

presunción sostenida por el *TCA* que el tribunal desecha los documentos y las declaraciones de testigos ofrecidos por el notario, que corroboraban que los servicios se habían prestado en forma gratuita.

Debo decir que el *TCA* utilizó un argumento que rebasa esa presunción presentada en su forma pura y dura. En efecto, el *TCA* hace también una inducción: dado que los servicios eran en su mayoría escrituras de compraventas de inmuebles, si los prestatarios tenían dinero para comprar inmuebles, es difícil creer que no tuvieran dinero para pagar el precio del servicio de un notario. De todas formas, esta inducción sólo controvierte la gratuidad de los casos en que la *amistad* se unía a la alegación de supuestas "dificultades económicas" para pagar el precio de los servicios del notario, pero no a los casos en los que el notario sostuvo que no percibió honorarios por la simple relación familiar o amistosa con la parte de la compraventa.

Pues bien, la "presunción de onerosidad" que utiliza el *TCA* para resolver el caso está directamente tomada de discursos ideológicos. En efecto, esa presunción es una continuación de la idea de que todas las conductas individuales están regidas pura y exclusivamente por la evaluación de la utilidad adicional que reporta o no un acto, y que esa utilidad tiene como única medida el beneficio económico, medido en dinero. Este es el núcleo duro de la corriente económica neoclásica, con su concepto de *utilidad marginal*,[17] especialmente en la formulación que terminó por eliminar todo posible contenido *moral* o no dinerario de la utilidad como motivación de la conducta.[18] Esta visión es ideológica, ya que, como lo ha señalado Sen, las motivaciones de la conducta de las personas, inclusive en sus relaciones de intercambio económico, son mucho más vastas que el deseo de una mayor cantidad de dinero. Por ejemplo, y esto hace especialmente al caso que resolvió el *TCA*, Sen señala que son muchos y muy frecuentes los casos en los que las personas actúan económicamente por motivaciones que el autor llama de *agencia,* esto es, por atribuir al acto que se realiza un valor basado en creencias de diversa índole (religiosas, morales, políticas, etc.), diferentes a la obtención de una suma de dinero adicional. Por lo tanto, la terquedad de la teoría de la utilidad marginal en reducir todas las motivaciones al "egoísmo económico"

[17] Jevons, William Stanley; Jevons, William Stanley, *The Theory of Political Economy,* 1914, pp. 27-74. Disponible en: http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/jevons/TheoryPoliticalEconomy.pdf; Marshall, Alfred, *Principios de economía,* Aguilar, Madrid, 1944, pp. 81-82.
[18] Stigler, George, "Economics or ethics?", *The Tanner Lectures on Human Values,* 1980, pp. 148-150. Disponible en: http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/stigler81.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proporciona una visión falsa del funcionamiento social.[19] Sin llamarla de esa forma, las observaciones de Sen implican que, en sus versiones duras, la teoría de la utilidad marginal es una ideología: propone una reducción monista de la conducta humana, descalificando todas las otras motivaciones de la misma. Ese monismo absolutiza las motivaciones que son típicas en las economías mercantiles, y en especial en el capitalismo, que realmente están centrados en la obtención de dinero por cada intercambio. De esta manera, implícitamente se divulga la creencia en que esa "forma de actuar mercantil" es eterna e ineluctable.

Si comparamos la discusión anterior con la "presunción de onerosidad" que maneja el *TCA*, queda en evidencia la comunidad de esta presunción con la ideología centrada en la utilidad individual como única motivación de la conducta. En efecto, el discurso que toma como punto de partida la máxima "nadie trabaja gratis" es ideológico: descarta, de principio, que las personas tengan motivaciones emocionales, filantrópicas, morales, religiosas o de cualquier otro tipo, que las lleven a trabajar gratis, incluso ocasionándose a sí mismas pérdidas económicas. Ciertamente que en la sociedad capitalista la motivación central para realizar una actividad productiva es tener más dinero, pero lo ideológico radica en *presumir* que, incluso a despecho de ciertas pruebas (como ocurrió en el caso), la gente es irremediablemente egoísta. Es en este punto precisamente donde una creencia se vuelve ideología: su sustracción a la crítica, la ceguera deliberada a las evidencias contrarias, el simple hecho de "asumir que", colocando el punto de partida del discurso en el supuesto que de antemano se toma por cierto y no el abordaje abierto de los hechos, todo eso es lo que conforma un discurso ideológico. Y eso es lo que hizo el *TCA* en su sentencia.

La ideología está en este caso operando en las maneras que propuse en el capítulo 3. Primeramente, hay un contexto pseudo-fáctico constituido por uno o más enunciados ideológicos ("nadie trabaja gratis" o "la única motivación posible es la persecución de un mayor ingreso monetario") que generan una premisa de un discurso de justificación de una sentencia ("la onerosidad se presume en las actividades de servicios profesionales"). De esta forma, no hay *prueba de hechos*, sino un enunciado apriorístico tomado acríticamente (por eso es ideológico) sin atender a evidencias por más que éstas sean cuestionables o escasas. Esos enunciados ideológicos *filtran* la única evidencia tomada

[19] Sen, Amartya, *Sobre ética y economía,* Alianza, Madrid, 1999, pp. 32 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en cuenta (que el notario no había facturado ni había pagado impuestos), y el resultado de esa visión ideológica de una sola circunstancia es la que se compara con los textos normativos generales (en este caso, la ley del *IVA)*.

En segundo lugar, el carácter público de la sentencia divulga la ideología en ella contenida: se reafirma la idea de que realmente no hay, salvo excepciones, conductas económicamente relevantes motivadas por impulsos diferentes a la obtención de un ingreso. Además, se disuade a los que quieran actuar de esa forma: si alguien piensa en trabajar gratis para los demás, puede esperar que la administración tributaria y un tribunal entiendan que esa gratuidad es falsa y terminen perjudicando a la persona determinándole un impuesto a la renta o el *IVA*. Por lo tanto, el que realmente piense trabajar gratis se expone a lo que, económicamente, es una posible represalia de parte de la autoridad pública.

Todo lo anterior no significa que la tesis de la *DGI* y el *TCA* no fuera cierta en el caso particular: es muy posible que el notario fiscalizado realmente percibiera precios por todos o varios de los trabajos que según él sólo hacía por "amistad" y que realmente omitiera facturar como parte del incumplimiento del pago del *IVA*. Pero eso no quita que el discurso del *TCA* haya sido ideológico en el sentido de que lo entiendo en este trabajo: en efecto, y apartándome en este punto de la definición de Marx y Engels en *La ideología alemana,* entiendo que la ideología no es necesariamente un discurso falso, sino un discurso asumido acríticamente y que se parapeta ante las críticas que vengan desde fuera, más allá de que en ciertos casos los enunciados ideológicos sean verdaderos en cuanto corresponden con hechos reales.

También, cabe decir que la afirmación de que el *TCA* utilizó una ideología para fundar su fallo no significa ninguna valoración ética de las personas que integran el tribunal. Como lo indiqué antes, las personas asumen y reproducen la ideología sin darse cuenta de ello y sin que tengan intenciones de *conspirar* ni *mentir*. El discurso ideológico es un campo en el que las personas viven desde que nacen, que asimilan durante todo su aprendizaje y del que se alimentan sus representaciones, al margen de sus voluntades. Esa es, por lo demás, la clave de la eficacia de la ideología: se presenta como lo obvio o lo asumido generalmente en la vida social, de manera que adoptar un enunciado ideológico, reproducirlo y convertirlo en otros enunciados es una parte absolutamente normal de la construcción de los discursos sociales, como en este caso el discurso jurídico. Con toda seguridad, yo mismo he reproducido discursos ideológicos.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Un punto interesante es observar el grado de complejidad que tiene el discurso ideológico que utiliza el *TCA*. El pensamiento económico neoclásico es la versión sofisticada y académica de la visión ideológica de la sociedad en la que sólo el deseo de ganancia mueve a las personas. Sin embargo, en la sentencia que comento, el *TCA* no utiliza el discurso académico de la economía neoclásica, sino una versión simplificada de la misma. Lo que ocurre es que la ideología va adoptando versiones más diluidas a medida que se aleja de sus centros de producción original, como instituciones académicas, centros de análisis, etc. Los enunciados ideológicos que utilizó el *TCA* en la sentencia a la que me refiero son de este último tipo: expresiones no fundamentadas, sin léxico teórico económico, sino ya transmutadas al lenguaje jurídico (*presunción* y *onerosidad* son palabras típicas de los juristas). La transmutación al léxico y estilo jurídicos es mucho más evidente cuando se acude a los enunciados, también cargados de ideología, del Código Civil y del Código de Comercio uruguayos.

Por ejemplo, el *TCA*, en su sentencia, transcribe el artículo 1834 del Código Civil uruguayo, del cual me interesa el siguiente párrafo:

> El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio, aunque ningún precio o retribución se hubiese ajustado, siempre que el tal servicio o trabajo fuese de su profesión o modo de vivir honesto. En este caso se presumirá que los interesados ajustaron el precio de costumbre para ser determinado judicialmente, si hubiere duda.

Este texto del Código Civil parte del mismo enunciado ideológico que el *TCA*. Palabra más, palabra menos, "nadie trabaja gratis ni por el simple gusto de beneficiar a otros". De manera que el Código Civil establece una regla a partir de una visión de la sociedad en que la filantropía, la solidaridad, la amistad, los vínculos familiares, etc., son conductas excepcionales. Lo mismo que el *TCA*, al fundar un texto normativo en esa concepción ideológica, el Código Civil reafirma esta última.

Pero tanto la sentencia del *TCA* como el Código Civil uruguayo no tienen sólo el papel de divulgar la ideología, sino que en ellos ésta se convierte en un discurso específicamente normativo, ya que se determina la conducta de las personas en el sentido en que apunta la ideología. La ideología misma disuade la conducta no funcional, que en este caso sería desarrollar una actividad en forma gratuita. Además, el discurso jurídico se apropia de las

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

descripciones ideológicas de las conductas para establecer posibles actos de coacción contra el que se desvíe del modelo que suministró la ideología: la persona que crea que le están haciendo un favor al recibir gratuitamente un servicio profesional puede despertar un día con una demanda reclamando un precio no pactado expresamente, y el que trabaja por simple altruismo o amistad puede despertar otro día con una determinación de impuestos sobre un precio que no percibió.

4. Conclusiones

El caso reseñado en el apartado 2.3 confirma la hipótesis general propuesta por quienes afirman que el discurso jurídico tiene contenidos ideológicos, además de los específicamente normativos. En particular, el ejemplo confirma que la ideología es conformadora —entre otras cosas— del *evento,* que en la práctica judicial equivale a los hechos en los que dice basarse el juez para ordenar a alguien una cierta conducta. Esta conformación no fue, en el caso, meramente auxiliar, sino que la totalidad del hecho es presupuesta a partir de premisas ideológicas.

Por otro lado, también se confirma la función indirectamente normativa que tiene la ideología al sancionar las conductas que se desvíen del patrón funcional para el sistema económico, inclusive si —como en este caso— probablemente el desvío no era real, sino simplemente discursivo, como parte de una estrategia de defensa en juicio.

5. Bibliografía

Balkin, Jack, "The crystalline structure of legal thought", *Rutgers Law Review,* vol. 39, núm. 1, 1986. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1293&tcontext=fss_papers.

Blanco, Andrés, *Estudios críticos sobre finanzas públicas y derecho tributario,* FCU, Montevideo, 2013.

Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica,* Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades-UNAM/Coyoacán, México, 2005.

Courtis, Christian, "Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho", *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica (Edición de Christian Courtis),* Trotta, Madrid, 2006.

Eagleton, Terry, *Ideología. Una introducción,* Paidós, Barcelona, 1997.

Hirst, Paul, *On law and ideology,* MacMillan, Londres y Basingstoke, 1979.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Jevons, William Stanley, *The Theory of Political Economy*, 1994. Disponible en: http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/jevons/TheoryPoliticalEconomy.pdf.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* Porrúa, México, 1997.

Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication,* Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1997.

Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia, *La inexplicable sociedad. Problemas epistemológicos de las ciencias sociales*, A-Z Editora, Buenos Aires, 1998.

Marshall, Alfred, *Principios de economía,* Aguilar, Madrid, 1944.

Marx, Karl y Engels, Friedrich, *La ideología alemana,* Pueblos Unidos, Montevideo, 1968.

Miaille, Michel, *Une introduction critique au Droit,* Francçois Maspero, París, 1977.

Pašukanis, Evgeni, *Teoría general del derecho y marxismo,* Labor, Barcelona, 1976.

Ricœur, Paul, *Ideología y utopía,* Gedisa, Barcelona, 2006

Sen, Amartya, *Sobre Ética y Economía,* Alianza, Madrid, 1999.

Stigler, George, "Economics or ethics?", *The Tanner Lectures on Human Values*, 1980. Disponible en: http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/stigler81.pdf.

Van Dijk, Teun, "Ideología y análisis del discurso", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Universidad de Zulía, Maracaibo, año 10, núm. 29, 2005,

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 211-232

El comercio de servicios en el entorno de la globalización

Trade in services in a globalization context

Víctor Manuel Castrillón y Luna*

RESUMEN

El presente artículo se ocupa del estudio del comercio de servicios, que ha sido detonado a nivel mundial en el entorno de la globalización económica por efecto de los avances tecnológicos propiciados por la inversión tecnológica del empresariado trasnacional, El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) es el primer acuerdo comercial multilateral que abarca el comercio de servicios, y es, sin duda, el otro gran pilar de los intercambios internacionales a nivel global, después del comercio de mercaderías.

Su elaboración fue uno de los principales logros de las negociaciones comerciales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que tuvo lugar en la Ronda (Uruguay) de 1986 a 1993, cuyos objetivos fueron la creación de un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales, la estimulación de la actividad económica a través de consolidaciones garantizadas, la garantía de trato justo y equitativo de todos los participantes y el fomento y desarrollo del comercio por medio de la liberalización progresiva.

Palabras clave: comercio de bienes, comercio de servicios, acuerdo general de aranceles aduaneros y comercio, organización mundial de comercio.

ABSTRACT

This article focuses on the study of trade in services, which has been triggered at world level by the economic globalization and by the technological advances initiated by the technology investment of transnational entrepreneurship. The General Agreement on Trade of Services (GATS) is the first multilateral trade agreement that covers trade in services, and without doubt, it is a great pillar of international exchanges that take place at a global scale, after merchandise trade.

Its development was one of the main achievements of the trade negotiations of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which took place in Uruguay from 1986 to 1993, The main objectives were: 1) The creation of a credible and reliable system of international trade rules. 2) The stimulation of economic activity through guaranteed consolidations. 3) The guarantee of fair and equitable treatment of all participants and 4) The development and promotion of trade through progressive liberalization.

Keywords: trade in goods; trade in services, general agreement on tariffs and trade, world trade organization.

* Artículo de investigación recibido el 7 septiembre de 2017 y aceptado para publicación el 15 de febrero de 2018
** Profesor Investigador en la Universidad Autónoma de Morelos, México. (victorcastrillon@721@hotmail.com) orcid.org/0000-0002-3999-6330

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El fenómeno de la globalización económica / 3. El acuerdo general en materia de aranceles aduaneros y comercio como antecedente de la Organización Mundial de Comercio / 4. El acuerdo general de comercio de servicios y otros acuerdos multilaterales / 5. Conclusiones / 6. Referencias

1. Introducción

El comercio, concebido tradicionalmente como un simple intercambio de bienes, ha sufrido una metamorfosis debido al multifacético fenómeno de la globalización, lo que ha provocado el surgimiento de una avalancha de transacciones que no conocen más fronteras políticas, y es así como nuevos ámbitos, actores y alcances pasan a decorar el contemporáneo panorama del comercio, ahora internacional. En ese sentido, al universo merceológico de los bienes se adicionan los servicios intangibles que cruzan los mercados y, vía propiedad intelectual, estandarizan consumos y pautas culturales.

Por ende, hoy nos encontramos frente a dos grandes ejes sobre los que gira de manera acelerada e irreversible el comercio con tendencia mundial: por un lado, la estructura básica de los intercambios, que tuvo como columna vertebral, por muchas décadas, a los bienes; y de reconocimiento un tanto más reciente, a los servicios. En la actualidad, el intercambio no sólo opera respecto a bienes tangibles, sino también respecto a estos objetos incorpóreos que más bien se conciben como actividades.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) es el primer acuerdo comercial multilateral que abarca el comercio de servicios. Su elaboración fue uno de los principales logros de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales, que tuvo lugar de 1986 a 1993. Había transcurrido casi medio siglo desde la entrada en vigor del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, que es su equivalente para el comercio de mercancías.

En esencia, el AGCS fue inspirado en los mismos objetivos que su acuerdo homólogo, referido al comercio de bienes, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) —antecedente de la OMC—; por tanto, considera, en pocas palabras, como objetivos principales:

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. La creación de un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales.
2. La estimulación de la actividad económica a través de consolidaciones garantizadas.
3. La garantía de trato justo y equitativo de todos los participantes (principio de no discriminación).
4. El fomento y desarrollo del comercio por medio de la liberalización progresiva.

El 10 de julio de 1991, la secretaría del GATT publicó una nota en la que estableció una clasificación de los sectores de servicios (documento MTN. GNS/W/120, titulado: "Lista de clasificación sectorial de los servicios") sobre la base de consultas con los miembros. En la lista se determinan los sectores y subsectores pertinentes a fin de que los miembros puedan contraer compromisos específicos.

El documento GNS/W/120 debe considerarse como un sistema opcional de clasificación de los sectores de servicios para fines de negociaciones comerciales, y no una clasificación estadística. Las 12 grandes categorías de la lista del documento GSN/W/120 del GATT son las siguientes:

1. Servicios empresariales
2. Servicios de comunicaciones
3. Servicios de construcción y de ingeniería conexos
4. Servicios de distribución
5. Servicios de educación
6. Servicios relacionados con el medio ambiente
7. Servicios financieros
8. Servicios sociales y de salud
9. Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes
10. Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos
11. Servicios de transporte
12. Otros servicios

El presente ensayo se enfoca, consiguientemente, en un estudio esforzado y reflexivo respecto al derecho del comercio internacional de servicios, entendido como el otro gran pilar de los intercambios internacionales a nivel

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

global. Para el desarrollo de esta disertación se aplica el método del realismo jurídico, que hace referencia al derecho que no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad; por ello, lo que interesa en la presente investigación son las normas objetivamente atendidas por la sociedad o comunidad internacional, integrada fundamentalmente por los operadores del comercio (*ubis ius ibis societas*) y en atención a las circunstancias imperantes en el ámbito mundial.

Nuestro análisis procura aplicar un método dialéctico que propone que todos los fenómenos sean estudiados en sus relaciones con otros; en estas circunstancias, la ciencia jurídica y económica tiene vocación mundial en torno a la temática del comercio de servicios.

Los organismos internacionales reguladores del comercio han advertido que el intercambio de servicios ha crecido casi a la par de las transacciones exclusivas de mercancías; incluso, según los datos expresados en el informe estadístico del comercio internacional referente a 2015 (UNCTAD, 2015),[1] "tras la adhesión a la Organización Mundial del Comercio (OMC), el crecimiento de las exportaciones de servicios es superior al registrado en otras economías, incluso en el caso de que durante los años anteriores a la adhesión ese crecimiento fuera similar a la media mundial".

Por su parte, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, en su Manual de Estadísticas 2015, reporta que el comercio mundial de servicios creció un 5%, mientras que se estancó el comercio de mercancías, lo cual se debe a que durante los últimos veinte años el comercio internacional de servicios ha sido menos volátil que el comercio de mercancías, lo que sugiere que los servicios son más resistentes a las perturbaciones macroeconómicas mundiales (Organización Mundial del Comercio, estadísticas 2015).[2] Lo anterior derivó en una espiral de aceleración irreversible de tal esfera del comercio, y la convirtió en una temática trascendente que poco ha sido abordada por la literatura jurídica nacional existente.

Por ende, la parte medular de este artículo se centra inicialmente en el conocimiento del Acuerdo General para el Comercio de Servicios (GATS), auspiciado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuya elaboración fue uno de los principales logros de la Ronda Uruguay ya referida.

[1] Fuente: http://unctad.org/es/Paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=285.
[2] Fuente: https://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/its2015_s/its15_highlights_s.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En otro orden de ideas, cabe observar que el Acuerdo General en Materia de Comercio de Servicios es considerado por muchos expertos como un verdadero "acuerdo multilateral de puerta trasera de la inversión", pues se estima que crea derechos para los inversionistas extranjeros para el establecimiento de negocios de servicios dentro de otros países de la OMC, fomentando una lesiva liberalización progresiva que obliga a sus países miembros a privatizar nuevos sectores estratégicos de manera paulatina —cada cinco años— (artículo XIX del GATS); obligación que, en virtud del principio *single undertaking* (del todo único), que rige la OMC, provoca que todo país que se incorpora al sistema multilateral de la OMC asuma como propia esa obligación.[3]

Por otro lado, en la página oficial de la OMC[4] se justifica la creación del acuerdo objeto de estudio, para lo cual se expresa que los servicios se han convertido en el sector más dinámico del comercio internacional. Desde 1980, el comercio mundial de servicios ha crecido más aceleradamente que las corrientes de mercancías, aun cuando partía de una base relativamente modesta.

De esta manera, el anexo 1B del Tratado de Marrakech regula lo referente al Comercio de Servicios, dividido así en seis partes: I. Alcance y definición, II. Obligaciones y disciplinas generales, III. Compromisos específicos, IV. Liberalización progresiva, V. Disposiciones institucionales y VI. Disposiciones finales.

2. El fenómeno de la globalización económica

La globalización en su génesis y desarrollo se presenta como una constelación de fenómenos y procesos, de conceptos y usos, que ha emergido a partir de 1980 y cuyos principales factores, aspectos y polos se manifiestan en la conjunción y entrelazamiento de un nuevo orden internacional de alta concentración de poder a escala mundial, por ejemplo: la tercera revolución industrial científica y tecnológica, la trasnacionalización de las empresas, una nueva división mundial del trabajo y un proyecto político de globalización que corresponde a un nuevo modelo de crecimiento neocapitalista. Todos esos procesos que se manifiestan en la mayor parte del planeta multiplican los nexos e interacciones entre Estados y sociedades, con consecuencias sig-

[3] González Rivera, Tatiana Vanessa, "La liberalización efectiva del comercio de bienes y servicios ambientales, un impostergable compromiso global", *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, año 11, número 21, 2017, p. 188.

[4] El texto que figura respecto al comercio de servicios se basa en un módulo de información obtenido de la página oficial de la OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsintr_s.htm, consultado el 3 de marzo de 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nificativas a escala diversa, con una real tendencia hacia la unificación de la regulación de las prácticas comerciales a nivel mundial, en donde las corporaciones trasnacionales adquieren preeminencia mundial, así como estrategias económicas y políticas, influyendo en el mercado que se dirige hacia nuevos horizontes en los sistemas económicos a nivel internacional.[5]

En el ámbito de la economía, la realidad del comercio internacional viene impuesta por la distribución de bienes y servicios en las diferentes regiones del planeta, con una fuerza expansiva tal que no reconoce fronteras, facilitada por el desarrollo del derecho uniforme que le da independencia económica mundial y origina un gran número de relaciones jurídicas, y así se evidencia un incremento masivo de la producción y distribución de mercancías, que provoca múltiples relaciones jurídicas vinculadas al comercio mundial.

Señala entonces Torrent Macau[6] que, habiendo construido el capitalismo un sistema económico con vocación mundial, desde el punto de vista del proceso de globalización de la economía, no es nuevo en ninguna de sus tres vertientes: la interdependencia entre los diferentes aspectos del funcionamiento de la economía, comercio, localización industrial y flujos de inversión; la importancia creciente de los movimientos económicos internacionales (de mercancías, de servicios y de trabajadores) y la independencia creciente entre transacciones u operaciones internacionales y transacciones u operaciones internas.

Siguiendo a Alejandro Lerma,[7] se entiende por *globalización* la posibilidad real de producir, vender, comprar e invertir en aquel o aquellos lugares del mundo en donde resulte más conveniente hacerlo, independientemente de la región o país en donde se localicen.

Baró Herrera[8] señala, por su parte, que la expansión del comercio y el acercamiento de las economías se ha expresado a través de conceptos tales como *globalización* e *internacionalización*, entendido básicamente como "la tendencia generalizada hacia la liberación del comercio y los mercados de capital, la creciente internacionalización de las estrategias empresariales de producción y distribución, eliminando rápidamente los obstáculos al intercambio internacional de bienes y servicios y la movilidad del capital".

---

[5] Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Derecho mercantil internacional*, Porrúa, México, 2011, p. 33.
[6] Torrent Macau, Ramón, "La Organización Mundial de Comercio dentro del orden económico internacional. Una visión introductoria desde una perspectiva institucional, *La Unión Europea y el comercio internacional*, Universidad de Girona, Facultad de Derecho, España, 2001, p. 13.
[7] Lerma Kirchner, Alejandro, *Comercio internacional, Guía de estudio*, 3ª ed., Ecfsa, México, 2000, p. 25.
[8] Baró Herrera, Silvio, "Globalización y relaciones internacionales", *Apuntes*, núm. 5, p. 50.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como señala Plihon Dominique,[9] la globalización ha llegado a traducirse en un "desmantelamiento de los mercados", con la apertura de las fronteras; en primer lugar, la apertura al extranjero de los mercados nacionales, y en el interior de éste, el estallido de los compartimentos existentes: mercado monetario (dinero a corto plazo), mercado financiero (capitales a largo plazo), mercado de cambios (intercambio de divisas), mercados a plazo fijo, etc.

El impresionante incremento y desarrollo de la tecnología ha provocado que la capacidad productiva aumente a niveles que sobrepasan con mucho las necesidades y demandas de la población nacional, propiciándose los excedentes exportables y la segmentación de los procesos a grado tal que se puede ubicar cada fase de la producción en donde resulte más conveniente realizarla, propiciándose el libre movimiento de capitales y tecnologías.

Dice Arcelia Quintana[10] que el fenómeno de la globalización ha puesto a los Estados-Nación ante dos grandes retos: por un lado, normar toda actividad, relaciones y procedimientos que se generen entre los actores del mundo comercial; por el otro, la regulación de los intercambios económicos, la transferencia de tecnología, el libre comercio, los contratos internacionales y el comercio internacional de bienes y servicios.

La globalización es entonces el resultado de un proceso histórico que ha sido producto de la innovación del hombre y del progreso en el campo de la tecnología, que además abarca la creciente integración de las economías en el mundo, mediante las actividades comerciales y financieras; sin embargo, en su aspecto esencial, se aprecia que los avances tecnológicos han propiciado y acelerado las transacciones internacionales en los campos comercial y financiero. Por decirlo de algún modo, esto se refiere a la prolongación, más allá de las fronteras nacionales, de las mismas fuerzas del mercado que durante siglos habían venido operando a todos los niveles de la actividad económica, desde los mercados rurales y urbanos hasta las industrias y los centros financieros; es un proceso que contempla varias etapas y niveles, desde los acuerdos de preferencia arancelaria, pasando por uniones aduaneras o arancelarias, zonas de libre comercio, hasta el mercado común de bienes y servicios, y la comunidad regional globalizada en sus aspectos económicos, sociales y jurídicos.

---

[9] Plihon Dominique, *El nuevo capitalismo*, Mosaicos, Siglo XXI, México, 2003, p. 37.
[10] Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM, México, 2006, pp. XV y XVI.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La globalización es un fenómeno económico de alcance mundial que abarca la totalidad de las actividades comerciales, destacándose principalmente el desarrollo de los dos sectores más dinámicos del comercio: el de bienes y, más recientemente, el de servicios, derivado del Acuerdo General de Comercio de Servicios de la Ronda de Uruguay; este último, que inició con la aparición de la Organización Mundial de Comercio en el año de 1995, ha detonado un desarrollo impresionante en las últimas décadas. Pero fueron precisamente las innovaciones tecnológicas las que detonaron el inusitado crecimiento del otro gran sector de la economía: el comercio de servicios.

Dice así Jorge Witker[11] que la globalización supone identificar los agentes económicos verdaderos que atraviesan las corporaciones territoriales estatales y que conforman un escenario denominado mercado multilocal o global, y agrega que los verdaderos actores que dan sustento al mercado global son los inversores, la tecnología de la información y los consumidores.

Es evidente que el fenómeno de la globalización mundial de la economía se ha propiciado merced a dos circunstancias: el poderío económico de las empresas trasnacionales, que han invertido una gran cantidad de recursos en innovación tecnológica; y la aparición del Internet en la mundialización de la economía, al masificarse las operaciones comerciales en todo el orbe.

3. El Acuerdo General en materia de Aranceles Aduaneros y Comercio como antecedente de la Organización Mundial de Comercio[12]

El antecedente de la Organización Mundial de Comercio, que nació el 1 de enero de 1995, se encuentra en el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (AGAAC), mejor conocido con las siglas GATT (en inglés *Agreement on Tariffs and Trade*), del año 1948, como un acuerdo intergubernamental o tratado multilateral de comercio que se convirtió en una auténtica organización para regular el comercio internacional y cuyos propósitos eran reducir los obstáculos a los intercambios comerciales. Fue calificado como el Club de los Ricos.

[11] Witker, Jorge, *Derecho de la competencia económica en el TLCAN*, Porrúa, México, 2003, pp. 5-6.
[12] La información que se presenta de la Organización Mundial de Comercio ha sido tomada de la página de la propia OMC, disponible en: http://193.5.93.13.134/libra y/description_unicfm?course=101s09s1begin_unify&tdcode=101s08s2.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Refiere Bolaños Linares[13] que el GATT se esbozó en 1947 para promover el comercio y la inversión, para alcanzar el pleno empleo y a un nivel elevado del ingreso real y de la demanda efectiva.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se suscribió inicialmente por 23 estados, y entró en vigor de manera provisional el 1 de enero de 1948, a raíz del entendimiento de siete de los principales países comerciales de aquella época: Bélgica, Canadá, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Luxemburgo y Reino Unido, y emergió como el único instrumento jurídico para la regulación del comercio internacional, además de que sirvió de marco para la cooperación comercial de los países del mundo. Pero en su creación fue claramente concebido como un acuerdo de carácter temporal que posteriormente formaría parte de la Organización Internacional de Comercio, en razón de que carecía de estructura institucional.

Los principios más relevantes del GATT son: trato de la nación más favorecida, derechos de antidumping y compensatorios, libertad de tránsito, de los aranceles y tarifas.

El GATT fue el instrumento mediante el cual las partes contratantes aceptaron limitar el uso de las medidas proteccionistas y restrictivas al comercio internacional, cuyos principios fundamentales fueron el multilateralismo y la liberalización progresiva.

La manera como el GATT pudo aplicar este principio fue mediante la combinación de una obligación general de *standstill* (que significa el no retroceso en la liberalización), que se pudo concretar mediante la suscripción de compromisos (*schedule of commitments*) y mediante diversas rondas de negociación para la eliminación progresiva de restricciones a la importación, así como para incrementar el grado de liberalización aceptado en la *schedule*.

El GATT tuvo las siguientes Rondas:

- La Ronda de Ginebra en 1948, con participación de 23 países creadores
- La Ronda de Annecy, de 1949, con participación de 13 países
- La Ronda de Torquay, de 1951, con participación de 38 países
- La Ronda de Ginebra, de 1956, con participación de 26 países
- La Ronda Dillon, de 1962, con participación de 26 países
- La Ronda Kennedy, de 1967, con participación de 62 países
- La Ronda de Tokio, de 1973-1979, con participación de 102 países

[13] Bolaños Linares, Rigel, *Inversión extranjera*. 2ª ed., Porrúa, México, 2006, pp. 131-132.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- La Ronda de Uruguay, de 1986-1993, con participación de 125 países, en la cual se creó la Organización Mundial de Comercio (OMC), que reemplazó al GATT e incorporó GATS, extendiéndose así el acuerdo al sector de los servicios y la liberalización de la inversión externa, aspectos de protección a la propiedad intelectual; además, creó el Órgano de Solución de Disputas

La Organización Mundial de Comercio

Con fecha del 15 de abril de 1994, se suscribió en Marrakesh el acta que puso fin a la Ronda de Uruguay, dando lugar a la creación de la Organización Mundial de Comercio; se incluyeron nuevas obligaciones, entre la que destaca la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de modo que los 75 países, para entonces miembros del GATT, y la Comunidad Europea se transformaron en miembros fundadores de la OMC, a partir del 1 de enero de 1995.

Los restantes 52 miembros del GATT ingresaron en la OMC durante los dos años posteriores, y la OMC expandió su actividad tanto respecto al comercio de mercaderías como al sector de servicios, además de los derechos de la propiedad intelectual; si bien es real que los acuerdos de la OMC son de carácter multilateral (cuyo mecanismo de establecimiento es el del propio GATT), se aprecian con claridad en el desarrollo de las actividades de la OMC. Surgieron también dos nuevos acuerdos: el GATS y el TRIPS, para la protección de los derechos de la propiedad intelectual, cuya gestión también se encargó a la OMC, así como la creación del órgano de solución de disputas.

El GATS constituye el primer conjunto de normas que abarcan al comercio mundial de los servicios, y consta de tres elementos:

- El texto principal, que contiene los principios y las obligaciones en lo general
- Los anexos, que incluyen las normas aplicables a determinados sectores
- Los compromisos contraídos por los distintos países de otorgar acceso a sus mercados

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El GATS, dice Torrent Macau,[14] tiene una doble universalidad: se ocupa de todos los sectores de los servicios (desde las telecomunicaciones hasta los servicios de salud, y desde la hostelería y limpieza de locales hasta los servicios de transportación) y se ocupa de todos los aspectos de la legislación aplicables a las empresas y a los prestadores de servicio (lo que supone que se trata de toda la legislación de un Estado), en la medida en que se aplique a empresas y prestadores de servicios extranjeros o controlados, directa o indirectamente por extranjeros.

Es tal la importancia, que el comercio de los servicios ha alcanzado que, según los datos más recientes de la UNCTAD,[15] el comercio mundial de los servicios, entre otros (transporte, turismo internacional, rentas de inversiones en el extranjero, ingresos por el trabajo en otros países, transacciones oficiales con carácter internacional, transacciones "invisibles" como las transferencias financieras y de capital, servicios bancarios, etc.), han crecido casi a la par de las transacciones exclusivas de mercancías, de acuerdo con el manual de estadísticas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, tan sólo para los países en desarrollo las últimas tendencias de la globalización.

Según previsión de Pérez Walters,[16] de la Cámara de Comercio Internacional, los servicios constituirán 50% del comercio mundial en 2020, y uno de los principales factores del crecimiento exponencial de los servicios, presente y futuro, es el progreso de las telecomunicaciones y la informática, además de que esta evolución ha provocado la proliferación de nuevas oportunidades para el sector y ha ejercido una influencia considerable en las nuevas formas de apreciar y vender los servicios; y la Cámara de Comercio Internacional, reconociendo el potencial cada día mayor de ese sector del comercio para las empresas de países en desarrollo, integró el comercio de servicios en sus actividades globales, y en sus cifras refleja que 86% de las empresas en todo el mundo opera en el sector de servicios.[17]

Así, en tanto que el GATT solamente se ocupó del comercio de mercancías, los acuerdos de la OMC se extendieron a los servicios y la propiedad

---

[14] Torrent Macau, Ramón, *op. cit.*, p. 27.
[15] Manual de estadísticas, 2006-2007,UNCTAD/PRESS/PR/2007/018.rev112/07/07, del documento "Posición que ocupan los países en desarrollo en la globalización", Disponible en: http://www.unctad.org/templateswebfiyer.asp?docid=862inttemID=139&lang=3. Consultado el 2 de febrero de 2009.
[16] Centro de Comercio Internacional, Forum de Comercio Internacional, núm. 4. Asesoría para potenciar y estimular el comercio, de servicios, de la política a la práctica. Consultado en: http://www.forumdecomercio.org/news/fullstory.php/aid719/C. Consultado el 2 de diciembre de 2009.
[17] *Ibidem.*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

intelectual, y aunque dichos acuerdos son negociados y firmados por gobiernos, su objetivo es el de ayudar a llevar adelante en sus actividades a los productores de bienes y servicios a los exportadores e importadores, esto es, promover el flujo de la inversión trasnacional a todos los confines del orbe.[18]

Finalmente, cabe señalar, siguiendo a Paulino Arellanes,[19] que así el GATT pasó a ser la OMC y que con la renovación de las normas se afianzaron el comercio, la participación comercial y el intercambio libre sin trabas de ninguna especie y especialmente donde se aplican las tecnologías más avanzadas, que son el conjunto de nuevos bienes intangibles convertidos en mercancías y donde con mayor claridad se observan los circuitos y las circulaciones libres de las inversiones extranjeras, mundialmente hablando; el autor agrega que el pregón fundamentalista del convertido GATT en la Organización Mundial de Comercio es el libre mercado, y que de ahí se deriva hacia los mercados nacionales la libre empresa y, en las integraciones comerciales, el libre comercio, que se propicia por la abundancia de tratados y acuerdos de libre comercio.

4. El acuerdo general de comercio de servicios y otros acuerdos multilaterales

Tradicionalmente, se había considerado que amplios sectores de la economía de servicios, desde hoteles y restaurantes hasta servicios de personal, eran actividades internas que no se prestaban a la aplicación de conceptos e instrumentos de política comercial. Otros sectores, como el transporte ferroviario y las telecomunicaciones, se han considerado esferas clásicas de propiedad y control estatales, habida cuenta de su importancia infraestructural y, en algunos casos, de la existencia de lo que se ha percibido como situaciones de monopolio natural. Hay un tercer grupo importante de sectores que comprende los servicios de salud, educación y seguros básicos, y tales sectores son considerados en muchos países por su importancia para la integración social y la cohesión regional, esferas de competencia del gobierno que han de reglamentarse en forma estricta y no dejarse a merced de los mercados turbulentos.

---

[18] *Ibid.*, p. 142.
[19] Arellanes Jiménez, Paulino Ernesto, *Regulaciones internacionales de las inversiones extranjeras directas y de las empresas trasnacionales*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Montiel y Soriano Editores, Puebla, 2003, pp. 18-24.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No obstante, algunos sectores de servicios, en particular las finanzas y el transporte marítimo internacionales, han estado abiertos en gran medida durante siglos, como complementos naturales del comercio de mercancías.

Otros grandes sectores han experimentado en los últimos decenios cambios técnicos y reglamentarios fundamentales que los han abierto a la participación del comercio privado y han reducido o incluso eliminado los obstáculos existentes a la entrada en el mercado.

La aparición del Internet ha facilitado la creación de diversas variantes de productos comercializables internacionalmente —desde la banca electrónica hasta la telesanidad y la enseñanza a distancia— y ha eliminado los obstáculos al comercio relacionados con la distancia, que perjudicaban a los proveedores y usuarios de lugares remotos (en esferas que incluyen servicios profesionales tales como la elaboración de programas informáticos, los servicios de consultoría y asesoramiento, etc.). Esta evolución responde a un cambio radical de actitud, con lo cual los servicios se han convertido recientemente en el sector más dinámico del comercio internacional.

Desde 1980 el comercio mundial de servicios ha crecido más de prisa que las corrientes de mercancías, aunque partía de una base relativamente modesta. Los países en desarrollo, rebatiendo conceptos erróneos muy difundidos, han participado activamente en ese crecimiento. Mientras que en 1980 su participación en las exportaciones mundiales de servicios ascendía a un 20%, en 2004 fue del 24%, según datos de la balanza de pagos.

En la Ronda Multilateral del GATT de Uruguay, en 1994, se aprobó un Código de Principios en materia de Servicios, así como la creación del GATS, del que se destacan como premisas básicas: la transparencia, el trato nacional, procedimientos regulatorios abiertos, la solución de controversias de acuerdo con las reglas internacionales y de conformidad con la eliminación de barreras y restricciones, el acceso al mercado, las negociaciones sectoriales, las negociaciones funcionales y la gradualidad; así, se puede decir que AGCS se refiere a "productos, no tangibles, de una actividad humana que busca satisfacer necesidades", de tal manera que el sector Servicios incorpora una gran cantidad de actividades: los seguros, los educativos, los de comunicaciones, los sociales, los de investigación y desarrollo, etc., actividades todas que están clasificadas por sectores y subsectores que, como guía para las negociaciones comerciales, están agrupadas en la lista de clasificación de la OMC.

Así, el GATS es el primer y único acuerdo de carácter multilateral sobre el comercio internacional de servicios que, mediante la ruptura de aranceles

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

internos, incrementa el desarrollo económico; sus objetivos son establecer principios y normas, y las disciplinas que rigen el comercio internacional, así como liberalizar el comercio mediante sucesivas rondas de negociación. Debido al potencial comercial que representa el sector Servicios, la Organización Mundial de Comercio consideró al AGCS como "el acontecimiento más importante registrado en el sistema multilateral de comercio, desde la entrada en vigor del Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en 1948":

> El GATS, se convirtió rápidamente en el acuerdo más destacable de todos los acuerdos de la OMC, al abarcar todos los sectores de la vida humana (salvo la agricultura y la industria de bienes cubiertos mediante acuerdos específicos), desde el sector inmobiliario hasta la recogida de residuos, pasando por el agua, la banca, la energía, las telecomunicaciones, el transporte, el turismo, los servicios sociales, la cultura, la información, la sanidad; en total, más de 160 sectores clasificados por la OMC.[20]

Si bien es cierto que en el Acuerdo no se incluyeron todos los sectores en la lista de compromisos de liberalización de los países miembros, paulatinamente se irían incluyendo, ya que el mandato de las negociaciones del Acuerdo fue el de la "liberalización progresiva" de todos los sectores, lo cual obliga a sus miembros a volver a la mesa de negociaciones de manera periódica para extender los compromisos ya adquiridos, al señalarse en el preámbulo del Acuerdo que se trata de "obtener sin demora una progresiva liberalización del comercio y de los servicios, mediante una serie de negociaciones multilaterales sucesivas, con el objeto de promover el crecimiento económico de todos los servicios comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo".

El AGCS reconoce expresamente el derecho de los miembros a reglamentar el suministro de servicios, con el fin de conseguir los objetivos de su política nacional, y no trata de influir en esos objetivos. Antes bien, el Acuerdo establece un marco de normas para asegurar que los reglamentos de servicios sean administrados de manera razonable, objetiva e imparcial y no constituyan obstáculos innecesarios al comercio.

Respecto a los servicios que abarca el acuerdo, en principio el AGCS es aplicable a todos los sectores de servicios, excepto a los servicios suministrados

[20] ATTAC Cataluña-Grupo Internacional. Un mundo sin GATS, una introducción al GATS 2000. Consultado en Cataluña: catalunia@pangea.org.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en ejercicio de facultades gubernamentales. En el AGCS se distinguen cuatro modos de suministro de servicios:

- El suministro transfronterizo, que abarca por definición las corrientes de servicios del territorio de un miembro al territorio de otro miembro (por ejemplo, los servicios bancarios o los servicios de arquitectura prestados a través del sistema de telecomunicaciones o de correo).
- El consumo en el extranjero se refiere a las situaciones en que un consumidor de servicios (por ejemplo, un turista o un paciente) se desplaza al territorio de otro miembro para obtener un servicio.
- La presencia comercial, que implica que un proveedor de servicios de un miembro establece una presencia en el territorio de otro miembro, mediante la adquisición en propiedad o arrendamiento de locales (por ejemplo, filiales nacionales de compañías de seguros o cadenas hoteleras), con el fin de suministrar un servicio.
- La presencia de personas físicas, que consiste en el desplazamiento de personas de un miembro al territorio de otro miembro para prestar un servicio (por ejemplo, contables, médicos o profesores).

En lo relativo a las obligaciones generales, la principal es la del respeto al principio del Trato de la Nación más Favorecida (NMF); así, el artículo II del AGCS dispone que cada miembro debe otorgar inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro miembro "un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país". Otras obligaciones de aplicación general son el establecimiento de procedimientos de revisión administrativa y de recurso y de disciplinas aplicables a las actividades de monopolios y proveedores exclusivos.

Respecto a los compromisos específicos destacan:

- El acceso a los mercados, que es un compromiso negociado en sectores específicos.
- El trato nacional, que implica que el miembro de que se trate no debe aplicar medidas discriminatorias que beneficien a los servicios nacionales o a los proveedores nacionales de servicios.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cada miembro de la OMC debe elaborar una lista de compromisos específicos en la que se indiquen los servicios respecto a los cuales se garantiza el acceso a los mercados y el trato nacional, así como cualquier limitación que exista al respecto; de conformidad con el artículo XXI, tales compromisos pueden modificarse con arreglo a determinados procedimientos:

> La mayoría de los compromisos asumidos inició su vigencia el 1 de enero de 1995, coincidente con la operación del Acuerdo en la OMC, y desde entonces los participantes y los nuevos miembros que se han adherido a la OMC han consignado nuevos compromisos en negociaciones ampliadas pero cualquier miembro puede ampliar o mejorar sus compromisos en cualquier momento.

En relación con las exenciones específicas en razón de intereses importantes de política nacional, el Acuerdo permite que en determinadas circunstancias los miembros tomen o mantengan medidas que supongan un incumplimiento de sus obligaciones en el marco del Acuerdo, incluidos la prescripción de la nación más favorecida o los compromisos específicos, con la intención de proteger la moral pública o mantener el orden público, proteger la salud de las personas y de los animales, o para preservar los vegetales; o bien, para asegurar la conformidad con leyes y reglamentos que no sean incompatibles con el Acuerdo, tales como las medidas necesarias para impedir prácticas engañosas o fraudulentas, o que en caso de graves dificultades de balanza de pagos los miembros pueden aplicar temporalmente una restricción sobre el comercio, de manera no discriminatoria, a pesar de la existencia de compromisos específicos.

Respecto a los países en desarrollo, el objetivo es facilitar su participación creciente, lo cual se señala en el Preámbulo del Acuerdo, que es la base de las disposiciones del artículo IV, el cual establece que los miembros deben negociar compromisos específicos en relación con el fortalecimiento de la capacidad de los países en desarrollo en materia de servicios, la mejora del acceso de esos países a los canales de distribución y las redes de información, y la liberalización del acceso a los mercados en esferas de interés para sus exportaciones.

Se reconoce también que si bien es cierto que la noción de liberalización progresiva es uno de los principios básicos del AGCS, el artículo XIX establece que dicho proceso se debe llevar a cabo respetando debidamente los

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos miembros, tanto en general como en los distintos sectores.

Otras disposiciones velan por que los países en desarrollo tengan una mayor flexibilidad para aplicar políticas de integración económica, mantengan restricciones por motivos de balanza de pagos y determinen el acceso a sus redes y servicios de transporte y telecomunicaciones y su uso. Además, los países en desarrollo tienen derecho a recibir asistencia técnica de la secretaría de la OMC.

Asimismo, el AGCS, incluidos sus anexos e instrumentos conexos, contiene un programa de trabajo al que normalmente se denomina "programa incorporado", en el cual se reconoce el hecho de que no fue posible concluir todas las negociaciones relacionadas con los servicios en el marco temporal de la Ronda Uruguay, y que los miembros ya se han comprometido, en virtud del artículo XIX, a celebrar rondas sucesivas destinadas a lograr progresivamente un nivel de liberalización cada vez más elevado.

Adicionalmente, varios artículos del AGCS prevén la celebración de negociaciones específicas encaminadas a definir normas y disciplinas en materia de reglamentación nacional (artículo VI), medidas de salvaguardia urgentes (artículo X), contratación pública (artículo XIII) y subvenciones (artículo XV).

Se admite asimismo que, en materia de servicios, la Ronda Uruguay no fue sino el primer paso de un proceso a largo plazo de elaboración de normas multilaterales y liberalización del comercio.

Como se establece en su preámbulo, el Acuerdo tiene por objeto contribuir a la expansión del comercio "en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países"; por consiguiente, la expansión del comercio no se considera un fin en sí, sino un instrumento para promover el crecimiento y el desarrollo.

La contribución del AGCS al comercio mundial de servicios se sustenta en dos pilares principales:

a) Asegurar el aumento de la transparencia y previsibilidad de las normas y reglamentos pertinentes
b) Promover la liberalización progresiva a través de rondas sucesivas de negociaciones

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el marco del Acuerdo, este último concepto equivale a mejorar el acceso a los mercados y extender el trato nacional a los servicios y proveedores de servicios extranjeros en un número creciente de sectores. Sin embargo, ese concepto no entraña una desreglamentación; por el contrario, el Acuerdo reconoce explícitamente el derecho de los gobiernos a establecer nuevas reglamentaciones, con el fin de atender a los objetivos de su política nacional y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho.

La definición del comercio de servicios en el marco del AGCS presenta cuatro vertientes en función de la presencia territorial del proveedor y del consumidor en el momento de la transacción.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo I, el AGCS comprende los servicios suministrados:

a) Del territorio de un miembro al territorio de cualquier otro miembro (modo 1 - Comercio transfronterizo)
b) En el territorio de un miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro miembro (modo 2 - Consumo en el extranjero)
c) Por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro miembro (modo 3 - Presencia comercial)
d) Por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de cualquier otro miembro (modo 4 - Presencia de personas físicas)

Además, con el objeto de estructurar sus compromisos, los miembros de la OMC utilizan habitualmente un sistema de clasificación que comprende a los sectores de servicios de comunicaciones: servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos, servicios de distribución, servicios de enseñanza, servicios relacionados con el medio ambiente, servicios financieros (incluidos los relacionados con los seguros y los bancarios), servicios sociales y de salud, servicios de turismo y relacionados con los viajes, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, y servicios de transporte.

A la par del acuerdo general en materia de servicios que hemos analizado en líneas precedentes, es menester destacar que existen otros acuerdos multilaterales, algunos vigentes otros aún no, que se han suscrito entre países miembros de la OMC y que mantienen la tendencia del comercio de bienes, dado que derivado del artículo 24, párrafo quinto, del GATT se instauró la

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

posibilidad de celebrar acuerdos sectoriales, y esa misma dinámica empieza a surgir para el caso del comercio de estas actividades denominadas servicios.

Es importante enfatizar que los acuerdos multilaterales son posibles tanto en materia de bienes como de servicios, sin importar el eje del comercio que atiendan, y siempre tienen como finalidad alcanzar una liberalización mayor y, a su vez, desestancar aquellos puntos que no han podido ser totalmente negociados o llevados a una aceptación unánime o de mayoría en el seno de la OMC; recordemos que la dinámica de la negociación en la OMC también atiende al principio de todo único, de modo que todos los temas objeto de las negociaciones han de concluirse al mismo tiempo, y ello en muchas ocasiones suele frenar los avances en la liberalización de determinados sectores.

Así, encontramos, por ejemplo, el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, aprobado a fines de 1997, cuyo objetivo, según Paolo Giordano y Fernando Quevedo,[21] fue lograr el libre comercio de servicios para el año 2007. Dicho Protocolo abarca todas las formas de suministro del comercio de servicios dentro de los Estados miembros, así como el respeto del principio del trato nacional y no discriminatorio; aunque interesante es destacar que se autoriza a los miembros a promulgar nuevas disposiciones nacionales para regular el trato nacional y el acceso a los mercados, siempre que ello no anule las obligaciones ya contraídas de conformidad al mismo instrumento internacional. Dicho instrumento ha entrado en vigencia en 2005.

Por otro lado, cabe referirse al un tanto más reciente y controvertido TISA (en inglés *Trade in services Agreement*),[22] que constituye un acuerdo que se ubica en la línea del AGCS y que fue propuesto por Estados Unidos y Australia a principios de 2012; su objetivo era liberalizar aún más el comercio de servicios y crear normas jurídicamente vinculantes en ámbitos tales como la concesión de licencias, los servicios financieros, las telecomunicaciones, el comercio electrónico, el transporte marítimo y los servicios profesionales, con la intención de que los inversores y las empresas extranjeras puedan acceder libremente a los mercados de los firmantes del TISA, para garantizar que los gobiernos no hagan distinciones entre proveedores de servicios públicos y privados y se multipliquen los supuestos de prestaciones transfronterizas

[21] Giordano Paolo y Quevedo Fernando, *Apertura e inserción internacional en la estrategia de desarrollo de Uruguay*, Documento de Divulgación 43, Buenos Aires, 2006, p. 53.
[22] Véase: Nota informativa de la IE-Actualización de marzo de 2016. Disponible en: https://development.ei-ie.org/media_gallery/2016_03_EIBriefingNote_TISA_ES.pdf. Consultado el 13 de febrero de 2018; Taibo, Carlos, *Para entender el TTIP, una visión crítica del acuerdo transatlántico del comercio e inversiones*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2016, p. 205; Alcázar González, Jorge, *TTIP, La gran amenaza del capital*, Madrid, Tres Cantos, 2015, p. 325.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de servicios y de movilidad transnacional de empresas, poniendo en contacto de manera habitual a distintos ordenamientos jurídicos laborales, aun cuando tengan diferentes niveles de protección en sus respectivos regímenes jurídicos. Cabe, sin embargo, referir que dicho tratado sigue siendo objeto de negociación.

5. Conclusiones

Una vez plasmada toda la reflexión anterior en torno de la dinámica actual del comercio de servicios, podemos, sin que ello represente un tema ya agotado, obtener las siguientes conclusiones:

1. El comercio de servicios, entendido como aquellas actividades identificables e intangibles orientadas a la satisfacción de una necesidad del consumidor, está adquiriendo con el paso de los años una posición más relevante en la plataforma de mercado mundial.
2. En los índices de compromisos, en la negociación y liberalización de los servicios se suele observar una alta tasa de variabilidad tanto por países como por sectores; por ende, los servicios tienen una heterogeneidad más palpable que el caso de los bienes.
3. Uno de los principales problemas en el tratamiento empírico del comercio de servicios es la falta de información, dado que los servicios son intangibles y ello trae consigo una complejidad que no es propia del comercio de bienes; así, los servicios primero se venden, luego se producen y, a su vez, se consumen, de modo que su calidad sólo puede ser conocida luego de consumidos.
4. El instrumento jurídico internacional base y primigenio en la regulación de los servicios nace en el seno de la OMC con el Acuerdo General en Materia de Servicios, instrumento de Derecho duro, es decir, con fuerza jurídica vinculante, el cual oculta en su regulación una finalidad verdadera de real promoción de la inversión extranjera directa.
5. Por muchos años las reglas del juego del comercio de servicios estuvieron determinadas por las concesiones internacionales del AGCS y otros instrumentos internacionales más regionales, como el Protocolo de Montevideo, en el caso del Mercosur, o los acuerdos comerciales tanto bilaterales como multilaterales, como el TLCAN. Sin

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

embargo, hoy en día se coloca en la mesa de discusión internacional la negociación del TISA, que promete ser un instrumento, aunque a menor escala por el número de países participantes, sí más lesivo que su homólogo primigenio.

6. La regulación del comercio de servicio aún no es uniforme entre los países y sobre todo ante la asimetría económica que se ve reflejada en el abanico de las regulaciones nacionales tan diversas.
7. Se debe pugnar por una participación más activa de los países en desarrollo mediante un intercambio de aquellos servicios en los cuales como nación puedan sobresalir, aprovechando los márgenes de actuación que deja la economía globalizada.

6. Referencias

Alcázar González, Jorge, *TTIP, La gran amenaza del capital*, Madrid, Tres Cantos, 2015.

Arellanes Jiménez, Paulino Ernesto, *Regulaciones internacionales de las inversiones extranjeras directas y de las empresas trasnacionales*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla/Montiel y Soriano Editores, Puebla, 2003.

ATTAC CATALUÑA-GRUPO INTERNACIONAL. Un mundo sin GATS, Una introducción al GATS 2000. Consultado en Cataluña: catalunia@pangea.org.

Baró Herrera, Silvio, "Globalización y relaciones internacionales", *Revista Apuntes*, núm. 5, año II.

Bolaños Linares, Rigel, *Inversión extranjera*. 2ª ed., Porrúa, México, 2006.

Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Derecho mercantil internacional*, Porrúa, México, 2011.

González Rivera, Tatiana Vanessa, "La liberalización efectiva del comercio de bienes y servicios ambientales, un impostergable compromiso global", *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, año 11, núm. 21.

Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, *Panorama internacional de derecho mercantil*, UNAM, México, 2006, pp. XV y XVI.

Lerma Kirchner, Alejandro, *Comercio internacional, Guía de estudio*, 3ª ed., Ecfsa, México, 2000.

Plihon, Dominique, *El nuevo capitalismo*, Mosaicos/Siglo XXI, México, 2003.

Taibo, Carlos, *Para entender el TTIP, una visión crítica del acuerdo transatlántico del comercio e inversiotnes,* 3ª ed., Los libros de la Catarata, Madrid, 2016.

Torrent Macau, Ramón, "La Organización Mundial de Comercio dentro del orden económico internacional. Una visión introductoria desde una perspectiva institucional", *La Unión Europea y el Comercio Internacional*, Universi-

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dad de Girona/Facultad de Derecho, España, 2001.

Witker, Jorge, *Derecho de la competencia económica en el TLCAN*, Porrúa, México, 2003.

Páginas de Internet

http://unctad.org/es/Paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=285.

https://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/its2015_s/its15_highlights_s.pdf.

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsintr_s.htm. Consultado el 3 de marzo de 2015.

http://193.5.93.13.134/libra/description_unicfm?course=101s09s1begin_unify&tdcode=101s08s2.

Nota informativa de la IE-Actualización de marzo de 2016. Disponible en: https://development.ei-ie.org/media_gallery/2016_03_EIBriefingNote_TISA_ES.pdf. Consultado el 13 de febrero de 2018.

Manual de estadísticas, 2006-2007, UNCTAD/PRESS/PR/2007/018.rev112/07/07, del documento "*Posición que ocupan los países en desarrollo en la globalización*".

Centro de Comercio Internacional, Fórum de Comercio Internacional, núm. 4. Asesoría para potenciar y estimular el comercio, de servicios, de la política a la práctica. Consultado en: http://www.forumdecomercio.org/news/fullstory.php/aid719/C.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 101-128

Proyectos de desarrollo energético y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Una mirada desde la justicia interamericana de los derechos humanos*

Energy development projects and economic, social, cultural and environmental rights: An inter-American justice of human rights perspective

Magda Yadira Robles Garza**

RESUMEN

La reforma constitucional en materia energética en México abrió al sector privado las inversiones en materia de hidrocarburos y electricidad. Sin embargo, el contexto constitucional en derechos humanos impone nuevas obligaciones a quienes emprendan proyectos en esta materia, tanto del sector privado como del público; por ello, los operadores jurídicos están obligados, desde la visión de los derechos humanos, a respetar estos principios. El juzgador enfrentará esta situación de conflicto, en donde el derecho a la salud cobra especial relevancia por lo que supone su disfrute para el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, la vida y la integridad personal. Las líneas siguientes proponen analizar el escenario interamericano a través de los criterios razonados en las sentencias de la Corte de Derechos Humanos para proteger estos derechos en los proyectos de desarrollo e infraestructura que trajo consigo la reforma energética.

Palabras clave: energéticos, derechos humanos, derechos sociales, proyectos de desarrollo e infraestructura, medioambiente.

ABSTRACT

The constitutional reform on energy in Mexico allowed investment in hydrocarbons and electricity to the private sector. However, the constitutional context in human rights imposes new obligations on those who undertake projects in this area, both in the private sector and in the public sector; therefore, legal operators are hold responsible, by human rights, to respect these principles. The judge will face this situation of conflict, where the right to health takes on special relevance for what it means to enjoy other rights, such as personal life integrity. The main purpose of this text is to analyze the inter-American scenario through the outlined criteria in the rulings of The Human Rights Court. I order to protect these rights in the development and infrastructure projects that the energy reform will bring along.

Keywords: energy, human rights, social rights, development and infrastructure projects, environment.

* Artículo de reflexión recibido el 19 de mayo de 2015 y aceptado para publicación el 24 de enero de 2018
** Directora del Centro de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (CEDESCA) en la Universidad Autónoma de Coahuila, México. (yadiraroblesgarza@gmail.com) orcid.org/0000-0002-5151-8606

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Vinculación conceptual del derecho energético con los derechos humanos / 3. Utilización del derecho interamericano de los derechos humanos para la determinación del contenido de los derechos. a. Derecho a la tierra, al territorio y a sus recursos naturales. b. Derecho a la consulta y el acceso a la información. c. Derecho a la vida y la integridad personal. d. Los Derechos económicos, sociales y culturales / 4. El trazo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / 5. Algunos referentes recientes en la justicia mexicana / 6. Conclusiones

1. Introducción

Las reformas constitucionales de los últimos años en México, especialmente la de derechos humanos en 2011 y, más recientemente, la reforma en materia energética en 2013, han puesto en el centro del debate la actividad del Estado, principalmente la labor de los jueces en el respeto de los derechos de las personas y los grupos de la sociedad que pudieran verse afectados por los grandes proyectos e inversiones que se generarán a partir de la entrada del sector privado nacional e internacional en la industria de los hidrocarburos y la electricidad.

En este sentido, el derecho a la protección de la salud cobra especial relevancia en la protección de personas y grupos vulnerables que puedan verse afectados por la privatización de los energéticos en México. El reconocimiento de los derechos humanos coloca a los operadores jurídicos ante la necesidad de contar con un marco jurídico aplicable y conocido por todos. El objetivo de las siguientes líneas será analizar este marco jurídico aplicable a partir de la incorporación de la jurisprudencia interamericana a nuestro sistema en materia de protección de los derechos sociales, haciendo énfasis en el aspecto del derecho a la salud. Sin duda, este nuevo panorama implica una labor de creatividad judicial muy diferente a la que tradicionalmente se ha realizado en México.

En efecto, en fecha reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es vinculante para los jueces mexicanos atendiendo

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

siempre a la situación más favorable para la persona, de acuerdo con el principio pro-persona inserto en el artículo primero constitucional.[1]

En cumplimiento de este mandato constitucional, el pleno del máximo tribunal sostuvo que:

> los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.[2]

Aquí resulta de la mayor importancia introducir una explicación. La Corte mexicana ha sido clara en señalar que la vinculación a los precedentes de la Corte IDH son de observancia obligatoria, ya sea que México haya sido parte o no. En otras palabras, los operadores jurídicos se encuentran obligados a analizar si el precedente resulta aplicable al ordenamiento mexicano. Este pensamiento es reforzado si partimos de la idea de que la jurisprudencia interamericana se construye en una línea histórica formada por sentencias que se encuentran interconectadas. Así, la determinación del contenido de los derechos humanos, como los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales (DESCA), se ha construido sobre estándares que resultan aplicables en todos los estados que conforman la Organización de Estados Americanos.

Resalta el carácter tutelar y preventivo de las sentencias de la Corte IDH. En efecto, el carácter tutelar queda de manifiesto por el hecho de que la decisión pretende resolver un caso específico con base en la determinación de medidas de reparación a cargo del Estado infractor. Por otra parte, la función preventiva se desprende de los precedentes contenidos en las propias sentencias, los cuales conforman, junto con la decisión, un estándar mínimo que resulta aplicable para casos futuros y respecto a otros Estados ajenos a la

[1] Cossío, José R., "Primeras implicaciones del caso Radilla Pacheco", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* número 26, julio-diciembre 2012, pp. 32.
[2] Contradicción de Tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 5, tomo I, Tesis: P./J.21/2014, p. 24. Registro 2006225.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

controversia que dio lugar a la emisión de la sentencia, pero que pueden tener casos judiciales similares cuyo criterio sea de ayuda en la solución interna de conflictos o preventivos para el mismo Estado.

En este sentido, partimos de la importancia de analizar los criterios de la justicia interamericana que serán vinculantes para los jueces y, en general, todas las autoridades mexicanas[3] a partir de la reforma energética, en lo que se refiere a los agentes del sector privado o público que participarán en la exploración, explotación o distribución y comercialización de los recursos naturales.

Sin embargo, esta situación no es inédita. Tribunales mexicanos —así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos— han resuelto casos concretos sobre la base del derecho a la salud en diferentes ámbitos, como grupos indígenas, niños y niñas, grupos vulnerables de la población, entre otros. Las líneas siguientes tienen como objetivo central exponer las líneas jurisprudenciales creadas mediante las decisiones de la Corte IDH en los casos en que se vean involucrados proyectos de desarrollo en materia energética y su impacto con los DESCA, con el fin de demostrar que existe un estándar de protección de los DESCA en asuntos de proyectos de desarrollo creado por la instancia interamericana, a pesar de no contar con competencia expresa en la materia.

Para el logro del propósito anterior se presenta en primer término la vinculación de los proyectos de desarrollo que fueron impulsados con la reforma energética en México y su relación con los derechos humanos. Posteriormente, se analiza un grupo seleccionado de sentencias emitidas por la Corte IDH, destacando diversos rubros de los derechos, como el impacto en las comunidades indígenas y la protección a la tierra y los recursos naturales, la salud y alimentación, y en general los DESCA. Cabe mencionar que se agrega un apartado sobre algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en virtud de la referencia que de ellas hace la Corte de San José para apoyar su argumentación judicial; finalmente, algunos referentes recientes en los tribunales mexicanos en relación con estos proyectos de desarrollo y su relación con el ejercicio de los derechos humanos.

Cabe destacar que, además de las sentencias interamericanas, la Suprema Corte mexicana ha impulsado también el uso de peritajes culturales o antropológicos en la emisión de estas decisiones. Sin duda, todo ello conforma un

[3] Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVI, número 138, septiembre-diciembre 2013, pp. 939-971; especialmente p. 943.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bloque de protección con fuerza vinculante para los jueces mexicanos de los diferentes niveles jurisdiccionales.

2. Vinculación conceptual del derecho energético con los derechos humanos

La expansión mundial del sector privado y el correspondiente aumento de la actividad económica transnacional han traído en los últimos años la preocupación de las instancias nacionales e internacionales sobre las violaciones a los derechos humanos de las personas y comunidades afectadas por la realización de los grandes proyectos de desarrollo e infraestructura.[4]

Igualmente, desde el ámbito jurisdiccional se han generado esfuerzos para analizar el nuevo contexto global en el que se relacionan los gobiernos y las empresas y el papel que éstas tienen en los proyectos de desarrollo e infraestructura dentro de este marco económico de nuestro siglo.[5]

Conceptos como el *neoextractivismo* se han formulado para caracterizar este periodo histórico sin igual con otros procesos de explotación de la naturaleza.[6] Se trata de un proceso masivo y creciente de explotación de bienes para su incorporación al mercado de la economía global. El rostro de este nuevo proceso no se centra como otrora en el petróleo y minería, sino en la explotación forestal o biocombustibles.

Por ejemplo, se incluyen aquí actividades como la mega minería a cielo abierto y la expansión de la industria petrolera y energética, que incluye el gas no convencional o gas *shale,* la construcción de grandes represas hidroeléctricas y la expansión de la frontera pesquera y forestal. En general, se incluyen los productos del modelo de agro-negocios y transgénicos, como el maíz y los biocombustibles, los cuales configuran los contornos de la naciente industria.

Sin duda, el escenario descrito comprende los grandes proyectos de desarrollo que son necesarios para el crecimiento que esta industria demanda. Así, veremos el surgimiento de enormes inversiones en materia de transportes (puertos, carreteras, corredores bioceánicos), energía (presas, hidroeléctricas, centrales eléctricas, plantas de energía geotérmica, nuclear o proyectos

[4] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2013.
[5] Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 9. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/libreria/paginas/protocolos.aspx.
[6] *Idem*

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

eólicos), agua (presas y trasvases entre regiones) y la explotación de recursos minerales, forestales y energéticos.

Para efectos de este trabajo, entenderemos como proyectos de desarrollo e infraestructura la definición adoptada por el "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura", emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se trata de aquellos emprendimientos impulsados por empresas o por el Estado en zonas rurales o urbanas que tengan fines comerciales o que se lleven a cabo bajo el argumento del bien común; suponen la adquisición, disposición, arriendo u ocupación de espacios territoriales, generando un impacto sobre la vida de las personas o comunidades que las habitan, de las que ellos dependen, y una posible afectación a sus derechos humanos.[7]

Sin embargo, en la superficie de este modelo de crecimiento económico aparecen dos caras que deben ser analizadas: por un lado, estos proyectos se justifican no sólo constitucionalmente, sino además con el argumento del bien común que traerán consigo, como el acceso a servicios, la generación de empleos y el aumento en la riqueza de la región; por otro lado, estos beneficios deben ser analizados desde el punto de vista de las afectaciones que puedan traer en las personas o colectivos afectados. Esto significa un debate importante en el tema de los derechos humanos. ¿Qué derecho debe prevalecer en torno a un proyecto de infraestructura que suponga beneficios mayores y limitaciones para otros derechos?

Es decir, el análisis judicial de un proyecto de desarrollo desde la visión de los derechos humanos deberá recurrir al uso de la ponderación que permita determinar el escenario más favorable teniendo en cuenta el catálogo de derechos humanos. Esta situación de conflicto es lo que los tribunales han enfrentado recientemente. Factores como el bien común o bienestar general deben contraponerse con derechos como consulta, identidad cultural, derecho a la vida o integridad personal y derecho a la salud. En efecto, la mayor dificultad a la que los juzgadores se enfrentan es distinguir entre aquellos derechos que no admiten restricción alguna y otros que pueden ser limitados en virtud de otros.

Los grandes proyectos de desarrollo e infraestructura regularmente están sometidos a vigilancia de las autoridades del ramo, es decir, telecomunicaciones, recursos naturales y medioambiente, competencia económica, energía,

[7] *Ibidem*, p. 11.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre otros. Sin embargo, desde el enfoque de los derechos humanos debemos identificarlos no sólo por sus requerimientos y características técnicas y científicas, sino por el impacto que su implementación puede traer en las comunidades o pueblos en los que se asientan. Así, desde esta perspectiva interesa saber los rasgos de los mismos y su proyección regulatoria desde los derechos humanos; especialmente, el enfoque en esta ocasión es en la protección a la salud.

Otro rasgo de este tipo de proyectos es la cantidad de recursos económicos y financieros con los que se impulsan. Esta peligrosa combinación de inversión y tiempo limitado en un determinado territorio puede generar rápidas y profundas transformaciones en los sitios donde se instalan. Esto significa cambios territoriales, destino de recursos naturales y transformación del entorno, que en muchos de los casos podrían ser de efecto irreversible. Este impacto trae consigo, por ejemplo, desocupación de tierras o movilidad de poblaciones enteras para la instalación de estos proyectos, como el caso de una presa hidroeléctrica y la explotación de petróleo o gas, por mencionar algunos supuestos.

Estos cambios en la forma de vida se pueden convertir en violación a los derechos de las personas o comunidades ahí alojadas, como el caso del derecho de propiedad privada, las afectaciones a la salud, la imposibilidad de acceso al agua y a la alimentación o el daño al medioambiente. Me refiero a que la falta de conocimiento y de transparencia de los procesos que se llevarán a cabo regularmente son cuestiones técnicas de complejidad para el no experto. Estas acciones implican reforzar la exclusión y la discriminación en la toma de decisiones de dichos proyectos.

Un aspecto relevante al respecto es que en México existen 31 785 núcleos agrarios, de los cuales 29 442 son ejidos y 2 343 comunidades ocupan más de 101 000 000 de hectáreas, lo que representa 51% del territorio nacional, superficie en la que habitan más de cinco millones de personas. El procurador agrario en México, Cruz Aguilar, señaló que si bien la propiedad social es más del 50%, también lo es que el aprovechamiento de los recursos energéticos en las modalidades de exploración y extracción se da en gran medida en la propiedad social.[8]

En el caso de México, la reforma constitucional abrió al sector privado las inversiones en materia de hidrocarburos y electricidad, y se espera que

[8] Saldaña, Emmanuel, "Nuevo marco jurídico en materia energética establece acciones preventivas en materia social", Canal Judicial, 9 de abril de 2015. Disponible en: https://mail.google.com/mail/u/0/#search/canal+judicial/14ca08a5a2d52a54. Consultado el 18 de mayo de 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en los próximos años veamos muchos de estos proyectos. Sin embargo, el contexto constitucional en derechos humanos impone nuevas obligaciones a quienes emprendan proyectos en esta materia, tanto del sector privado como del público. Por ello, tomando en cuenta este espacio internacional y nacional, resulta pertinente analizar los referentes de la justicia interamericana que nos permitan conocer el contenido y alcance de los derechos humanos de las personas y comunidades que puedan ser afectados por estos proyectos en materia energética en nuestro país, haciendo especial énfasis en aquellas obligaciones referidas a la protección de la salud.[9]

3. Utilización del derecho interamericano de los derechos humanos para la determinación del contenido de los derechos

En la jurisprudencia interamericana se encuentra un importante número de casos que abordan la dimensión sanitaria desde diferentes enfoques, como el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, a la propiedad privada, así como en los derechos de identidad indígena y a la preservación de la cultura, además de otros derechos sociales, como el agua, la alimentación o la vivienda.[10]

Resulta pertinente señalar aquí que, por disposición del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como Protocolo San Salvador, en el artículo 19.6 sólo los derechos a la educación y a la sindicación pueden dar lugar a un litigio ante la Corte IDH; por tal razón, los demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (conocidos también como DESCA) no entran a litigio ante la Corte IDH como conceptos de violación directa.

Por lo tanto, la Corte IDH, como se verá enseguida, ha desarrollado la técnica de conexión o conectividad para señalar a los derechos sociales, como el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a la alimentación o el derecho al medioambiente sano y adecuado, como derechos trasgredidos dentro de los derechos de libertad personal e integridad personal o el derecho a la vida.[11] Algunos de estos casos se examinan enseguida.

---

[9] Talavera, Pedro, "El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número 12, 2008, p. 100.
[10] Ventura Robles, Manuel, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, volumen 40, 2004, p. 107.
[11] Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. *Caso Suárez Peralta vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a. Derecho a la tierra, al territorio y a sus recursos naturales

En la Constitución mexicana se reconocen los derechos a la identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas. El artículo segundo constitucional, en la fracción VI, señala que tienen derecho a acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas.

Sobre la propiedad de las poblaciones indígenas, el artículo 27 constitucional sólo señala que "la ley protegerá la integridad de las tierras indígenas". Sin embargo, a partir del control de convencionalidad previsto en el artículo 1 de la Constitución, en este tema se recurre a los tratados internacionales que informan sobre el contenido del derecho. Así, tenemos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que define el concepto de *territorio* como "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera". Puede verse que esta definición va más allá del concepto de *tierra* como un bien de mercado, ya que hace referencia a la dimensión vital y simbólica que tiene ese espacio para la reproducción de las culturas.

El mismo Convenio establece la obligación de brindar una protección especial de los recursos naturales que existen en las tierras de los pueblos, lo que implica la participación de los indígenas en la utilización, administración y conservación de los mismos. Interesa resaltar que el Convenio señala la obligación de consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses —y derechos— serían perjudicados y de qué manera lo serían, antes de emprender proyectos extractivos. Volveré sobre éste más adelante. Por lo pronto, señalo que existe la obligación, por parte del Estado, de crear las condiciones o mecanismos para que los pueblos participen de los beneficios de las actividades extractivas y de recibir una indemnización equitativa por los daños que les pudieran ocasionar estas actividades.

En este sentido, la Corte IDH ha desarrollado ampliamente los alcances de este derecho. En varias de sus resoluciones y con base en el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte IDH enfatiza la importancia que la propiedad territorial tiene para los pueblos indígenas como base fundamental para el desarrollo de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Por ello, este derecho es reivindicado en sí mismo, pero también como condición para la realización de otra serie de derechos como

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los derechos a una vida digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, a la dignidad, a la libertad de culto y de conciencia, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia y al derecho a la residencia.

Así, ha interpretado la Corte IDH el derecho a la propiedad en casos donde las industrias extractivas y generadoras de energía han sido protagonistas de juicios que ponen de manifiesto la obligación del Estado de respetar estos derechos que pueden ser puestos en riesgo con estos proyectos de desarrollo.

Tres ejemplos dan muestra de este enfoque. El caso Yakye Axa *vs* Paraguay,[12] el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs* Paraguay[13] y el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs* Nicaragua.[14] En ellos se utilizó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, para enfocar las disposiciones de la Convención Americana relativas al derecho de propiedad privada, previstas en el artículo 21 de dicha Convención. Bajo esta luz, la Corte IDH consideró que "la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos, deben ser salvaguardados por la Convención Americana". Por otra parte, entiende que

> la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de esa estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.[15]

---

[12] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, Serie C No. 125, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 17 de junio de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

[13] Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay, Serie C No. 146, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

[14] Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Serie C No. 66 y Serie C No. 79, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.

[15] Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay, Serie C No. 146, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006, párrafo 118; Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Serie C No. 66 y Serie C No. 79, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001, párrafo 149.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el caso Sawhoyamaxa, la comunidad había perdido sus tierras a favor de compañías privadas. Al iniciar el proceso de reivindicación, no tuvieron éxito. A consecuencia de las presiones recibidas por los propietarios de las fincas, los miembros de esta comunidad vivían en situación de pobreza extrema, bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones para poseer cultivos y ganado propio; por ello, la mayoría de los miembros decidieron salir de la comunidad y se asentaron al borde de la carretera nacional en condiciones extrema miseria sin ningún tipo de servicios.

La Corte IDH resolvió que los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa tienen el derecho a solicitar que se les devuelvan sus tierras tradicionales aun cuando éstas se encuentren en manos privadas y no tengan plena posesión de ellas. Además, señaló que cuando el Estado se vea imposibilitado a devolverlas, debe adoptar las medidas necesarias para restituir tanto las tierras tradicionales como los recursos comunales, por lo que cuando esto no sea posible para el Estado infractor, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada por los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión.[16]

En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa, las tierras de la comunidad fueron vendidas a empresas extranjeras. Estas compañías levantaron estancias ganaderas donde emplearon a algunos de los miembros de la comunidad pero, dadas las condiciones de vida que tenían en estas estancias, se trasladaron a otra extensión de tierra y desde 1996 se asentaron en el costado de la carretera, sin ningún servicio público disponible. En este caso, la Corte IDH fue explícita al decir que el desconocimiento del derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas en sus territorios afectó otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades y sus miembros.[17]

En ocasión de esta sentencia, la Corte IDH razonó sobre la violación al derecho a la vida. El Estado no otorgó las condiciones para una vida digna, en especial, si se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, como es el caso. En el fallo afirmó que la comunidad sufrió de afectaciones especiales del derecho a la salud, la alimentación, el acceso a agua limpia, por lo que todo ello impacta en el derecho a una existencia digna y las condiciones

[16] Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Serie C No. 66 y Serie C No. 79, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001, párrafo 135.
[17] *Ibidem*, párrafo 147.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.[18]

En el juicio Saramaka *vs* Surinam,[19] la población sufrió la afectación al derecho sobre sus tierras debido a concesiones madereras y mineras otorgadas por el Estado en el territorio que habitaban. El análisis que realiza el tribunal de San José se basa en la interpretación del artículo 21 de la CADH, al grado de indicar que "el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana (...) confiere a los integrantes del pueblo *Saramaka* el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria".[20]

Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez mantiene ese estilo de vida. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales son "aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo".

Respecto a las concesiones otorgadas por el Estado para la exploración o extracción de los recursos naturales que existen en el territorio Saramaka, la Corte IDH sostuvo que las compañías madereras en el bosque podrían afectar los recursos de subsistencia de la comunidad. En palabras del tribunal, "la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los *Saramakes*".[21]

b. Derecho a la consulta y el acceso a la información

El derecho a la consulta es uno de los derechos humanos de las comunidades indígenas que más relevancia e importancia ha tomado en las decisiones de la Corte IDH de los últimos años, precisamente por su relación con los proyectos de desarrollo en materia de hidrocarburos, electricidad, forestales, entre otros. En México, este derecho a la consulta se encuentra previsto en la fracción

[18] *Ibidem*, párrafo 167.
[19] Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, Serie C No. 172, Sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.
[20] *Ibidem*, párrafos 122 y 95.
[21] *Ibidem*, párrafo 126.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IX del apartado B del artículo 2 de la Constitución. El precepto señala como obligación del Estado, a través de las entidades y municipios, consultar a los pueblos y comunidades indígenas en la elaboración de un Plan Nacional de Desarrollo (previsto en el artículo 26 constitucional) y, en su caso, incorporar las recomendaciones o propuestas que hagan.

Sin embargo, el derecho internacional proporciona un marco regulador más amplio a partir del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, en el que se reconoce el derecho a una consulta. De acuerdo con dicho Convenio, es obligación de los Estados:

a) consultar con los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y a través de las instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente en la adopción de decisiones en instituciones y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan;
c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para tal fin.

En otras palabras, la consulta a los pueblos indígenas será previa y abarca no solamente el uso de los recursos naturales, sino cualquier medida que pueda afectar directamente a estas comunidades. Los derechos protegidos por esta normativa pueden ser, como hemos visto, la propiedad, la cultura, la religión, la salud y el bienestar físico, y a materializar sus propias prioridades de desarrollo.

Sobre este derecho, la Corte IDH ha fijado precedentes para definir los alcances del derecho a la consulta en casos específicos. Recientemente, en el año 2012, se pronunció directamente sobre el ejercicio de este derecho en el caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku *vs* Ecuador.[22]

[22] En 2004 se registró el estatuto del pueblo originario Kichwa de Sarayaku, pero en 1996 se había suscrito un contrato de exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo en el bloque 23 de la región amazónica entre una empresa estatal y el consorcio formado por dos empresas privadas de capital extranjero. El espacio territorial que se otorgó para la concesión comprendía 200 000 hectáreas dentro de las que habitaban comunidades y pueblos indígenas, como el pueblo en cuestión.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La población negó en repetidas ocasiones la entrada a su territorio a la explotación petrolera; sin embargo, en 2002 las empresas privadas iniciaron la fase de exploración sísmica, con lo cual entró una de las compañías al territorio ancestral. Esto ocasionó que la comunidad detuviera sus actividades económicas, administrativas y escolares, y se organizaran para impedir la entrada. En respuesta a esto, la empresa abrió trochas sísmicas, siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, taló árboles y plantas de valor medioambiental, que además eran el sustento alimentario de la tribu de Sarayaku.

Ocho años después, en 2010, la empresa estatal de petróleo firmó un convenio de terminación con una de las compañías privadas para la exploración y explotación del petróleo crudo en esta zona, pero el pueblo no fue informado de esto ni de los términos de la negociación del acta de terminación.

Tal como lo había establecido en procesos anteriores, la Corte IDH reiteró el criterio de que el reconocimiento del derecho a ser consultados está cimentado en el respeto al derecho a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados.[23] Sobre este derecho, la Corte facilitó tres líneas precisas de actuación gubernamental.

Primero, señaló que el Estado debe consultar activamente y de manera informada con dicha comunidad y según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y tener como fin llegar a un acuerdo; finalmente, debe tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones, ya que el no cumplimiento de esta obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado en el respeto a sus derechos.[24]

Ahora bien, en el caso de que no se lograra el acuerdo o consentimiento en el proceso de consulta, el Estado podría hacer una propuesta si garantiza que no conlleva impactos significativos sobre los derechos de estos pueblos, tales como su derecho a establecer sus propias prioridades para el desarrollo como parte de su derecho a la libre determinación, el derecho a la salud y un

[23] Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, Serie C No. 245, Sentencia Fondo y Reparaciones de 27 de junio de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 159. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

[24] *Ibídem*, párrafo 177. Con respecto a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte interamericana evidencia que el consentimiento sería exigible cuando los derechos de los pueblos indígenas que son esenciales para su supervivencia se pongan en riesgo. Ello pudiera comprender, no solo los proyectos de inversión o desarrollo sino también las actuaciones del Estado para el reasentamiento o traslados poblacionales y el almacenamiento o desecho de materiales peligrosos en territorios indígenas.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

medio ambiente sano, el derecho a la cultura y a la religión, y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales de acuerdo con sus usos y costumbres.

Finalmente, la Corte consideró que la falta de consulta del pueblo *Sarayaku* afectó su identidad cultural debido a que la intervención y la destrucción del patrimonio cultural implicaron una falta grave de respeto a su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y su modo de vivir, produciendo preocupación y tristeza entre la comunidad.[25]

Otro aspecto que incide en estos proyectos, sin duda, es el impacto medioambiental. En el caso Saramaka *vs* Surinam, la sentencia de la Corte IDH señaló que las concesiones mineras se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, y sin garantizarles a sus miembros una participación razonable de los beneficios.[26] Interesante es el añadido del veredicto donde se señala que el Estado debe asegurarse de que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.

En efecto, por ejemplo, si los proyectos de inversión o desarrollo afectaran el modo de vida o subsistencia de los pueblos indígenas o impliquen el reasentamiento o traslados poblacionales y el almacenamiento o desecho de materiales peligrosos en territorios indígenas; o bien, si no hay acuerdo o consentimiento mediante el proceso de consulta, el Estado podría proceder con una propuesta sólo si pudiera garantizar que no tuviese impactos significativos sobre los derechos de estos pueblos, tales como su derecho a establecer sus propias prioridades para el desarrollo como parte de su derecho a la libre determinación, el derecho a la salud y un medio ambiente sano, el derecho a la cultura y a la religión, y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales de acuerdo con sus usos y costumbres.

En ningún caso deberían ser vulnerados estos derechos; aun en los casos en que el consentimiento no fuera estrictamente necesario, el Estado debe actuar de manera que respete y proteja los derechos humanos de los pueblos indígenas, lo que podría incluir la aplicación de otras salvaguardas, tales como el establecimiento de medidas de mitigación y compensación.

[25] *Ibidem*, párrafo 220.
[26] *Ibidem*, párrafo 156.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

c. Derecho a la vida y la integridad personal

El uso de tratados internacionales en la interpretación de la CADH abre un rol importante para delimitar el contenido y los alcances del derecho a la protección de la salud.[27] Varios de estos instrumentos se relacionan con la vida y la salud humana, por ejemplo, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. En el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs* Nicaragua en 2001, la Corte señaló que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y en particular con las condiciones de vida actuales. En este sentido, encuentran aplicabilidad los principios de progresividad y *pro homine*, los cuales inspiran la protección de los derechos".[28]

En este caso, la Corte IDH destacó la importancia de los estudios de impacto ambiental para prevenir riesgos y adoptar las medidas de seguridad necesarias, así como la importancia del consentimiento y participación de las comunidades en las decisiones sobre proyectos económicos. El caso Velásquez Rodríguez, resuelto en 1998, sentó las bases en casos que involucran daños al medioambiente y a la salud pública en relación con la responsabilidad del Estado y las actuaciones de terceros. Frente a los actos de particulares, la obligación del Estado de velar por el respeto a los derechos humanos cobra especial relevancia no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla por parte del Estado.[29]

Por otro lado, en la sentencia dictada en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs* Ecuador, la Corte IDH recordó que el Estado es responsable de cualquier situación de riesgo contra el derecho a la vida.[30] En este caso, reflexionó que la empresa petrolera realizó, con la anuencia y protección del Estado, el desbroce de senderos y sembró explosivos dentro del territorio que incluye a la comunidad Sarayaku; por lo tanto, el Estado fue responsable de poner en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del pueblo.[31]

---

[27] Como lo señaló en el caso Gudiel Alvarez y otros (Diario Militar) vs Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2012, párrafo 330.
[28] Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001.
[29] Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Serie C No. 4, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.
[30] Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, Serie C No. 245, Sentencia Fondo y Reparaciones de 27 de junio de 2012, párrafo 245.
[31] *Ibidem*, párrafo 249.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El derecho a la vida y a la integridad personal nuevamente fue pronunciado por la Corte al resolver el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.[32] Dijo la Corte que las autoridades de Paraguay sabían —partir de 1997— de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o de un grupo de individuos determinados y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que podrían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.[33]

En este sentido, es significativa la sentencia porque el Tribunal determinó responsabilidad al Estado por la situación de vulnerabilidad en la que permanecían los miembros de esta comunidad; especialmente, los niños, las mujeres embarazadas y los ancianos, así como el hecho de su mortandad.[34]

El despojo de la propiedad de la tierra trajo consigo el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición y las limitaciones de acceso y uso de los servicios públicos de salud y agua potable, así como la marginación por causas económicas, geográficas y culturales. Todo ello constituyó un impedimento para acudir a los centros asistenciales de salud. En este sentido, resulta gráfico el argumento empleado en la sentencia al considerar que los enfermos que pudieron llegar a un centro asistencial lo hicieron de manera tardía o fueron tratados de forma denigrante para la condición humana. De ahí que las muertes de los miembros de la comunidad sean atribuibles al Estado. Especial tratamiento hace la sentencia en cuestión sobre el derecho a la vida de los niños y de las mujeres embarazadas al no contar con el acceso adecuado a servicios de atención médica.[35]

El mismo análisis lo encontramos en la sentencia dictada en razón del caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs* Paraguay,[36] en donde la Corte IDH llegó a la conclusión de que el Estado, al generar condiciones que llevaron a la vulneración del derecho a la vida digna y no cumplir con el deber de desarrollo progresivo de los derechos, afectó otros derechos, como el derecho a la salud, el derecho a un medioambiente sano, el derecho a la alimentación y al agua limpia, el derecho a la educación y el derecho a los beneficios de la cultura.[37] También, en esta sentencia hace un especial pronunciamiento

---

[32] Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay, Serie C No. 146, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006, cit.
[33] *Ibidem*, párrafo 155.
[34] *Ibidem*, párrafo 159.
[35] *Ibidem*, párrafos 168, 174, 177 y 178.
[36] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay, Serie C No. 125, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 17 de junio de 2005.
[37] *Ibidem*, párrafos 163 y 167.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en defensa de los derechos de los niños y personas de edad avanzada de la comunidad.[38]

d. Los derechos económicos, sociales y culturales

En México, la reforma a los derechos humanos de 2011 abrió un escenario importante para la protección de los derechos sociales, económicos y culturales. En efecto, el reconocimiento de ciertos derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, al medioambiente y al desarrollo, tienen especial configuración normativa al imponer esencialmente deberes al Estado. Veamos algunos ejemplos de la interpretación de la Corte IDH en torno a esta categoría de derechos humanos.

El derecho al agua y a la alimentación fue motivo de análisis en relación con el derecho a la salud en ocasión del caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs* Paraguay.[39] Aquí la Corte sustentó que las afectaciones al derecho a la vida digna se ven reflejadas en la falta de agua en cantidad y calidad suficiente que no los exponga a enfermedades,[40] así como contar con alimentación en cantidad y calidad suficientes para las necesidades básicas diarias y el acceso a servicios de salud y a servicios educativos para los niños y niñas de la comunidad.[41]

Como puede observarse, esta sentencia es del mayor interés porque la afectación a estos derechos se deriva de analizar las condiciones de vida de los miembros de la comunidad. Así, llegó a la conclusión de que debido a la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo, así como las condiciones de vida miserables, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en el que se encuentran generan sufrimientos que afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la comunicad, todo ello constituye una violación al artículo 5 de la CADH en perjuicio de los miembros de la comunidad.[42]

---

[38] *Ibidem*, párrafos 172 y 175.
[39] Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, Serie C No. 214, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.
[40] *Ibidem*, párrafo 195.
[41] *Ibidem*, párrafos 200, 208 y 213.
[42] *Ibidem*, párrafo 244.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otro lado, el derecho a la vivienda es uno de los derechos que también debe considerarse dentro de las afectaciones a derechos con motivo de los proyectos de desarrollo e infraestructura. La Corte IDH ha desarrollado un concepto amplio sobre el derecho a la propiedad, en el que incluye el derecho a una vivienda adecuada, que considera conceptos como bienes materialmente definidos y las cosas inmateriales.[43]

El mismo criterio sostuvo en el caso Salvador Chiriboga *vs* Ecuador,[44] cuando señaló que un concepto amplio de propiedad abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.[45]

En relación con el derecho a la alimentación, la Corte IDH también ha establecido criterios sobre el cumplimiento de este derecho por parte del Estado. En particular, en el caso Xákmok Kásek *vs* Paraguay, la Corte IDH hizo un atrayente análisis sobre la cantidad de alimentos que el Estado proporcionó a esta comunidad indígena durante varios periodos (mayo de 2009 a marzo de 2010). Llegó a la conclusión de que lo otorgado por el Estado en este periodo correspondía a 0.29 kg de alimentos por persona por día. En consecuencia, estimó que esta cantidad de alimento es insuficiente para satisfacer medianamente las necesidades básicas diarias de alimentación de cualquier persona.[46]

En este mismo asunto, la Corte realizó el mismo análisis sobre los litros de agua por día que recibía cada persona de la comunidad. De acuerdo con el estándar internacional, señaló que una persona requiere de mínimo 7.5 litros por día para satisfacer el conjunto de necesidades básicas, es decir, incluye alimentación e higiene. Aplicando esta medición, arribó a la conclusión de que las gestiones del Estado para proveer a los miembros de la comunidad de agua suficiente y calidad adecuada no fueron suficientes y no demostraron que los miembros de la comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua, por lo cual los expuso a riesgos y enfermedades.[47]

---

[43] Caso Acevedo Buendía y otros vs Perú, Serie C No. 198. Sentencia de excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 01 de julio de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 84. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf.

[44] Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Serie C No. 179. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.

[45] *Ibidem*, párrafo 55.

[46] Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, Serie C No. 214, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de agosto de 2010, párrafo 200.

[47] *Ibidem*, párrafos 195 y 196.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4. El trazo de la jurisprudencia del tribunal europeo de Derechos Humanos

En materia de responsabilidad del Estado en los casos que impliquen proyectos o acciones industriales que pongan en peligro los derechos humanos, la Corte Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones para tratar el derecho al medioambiente y salud pública. Como sabemos, la Corte IDH emplea en sus sentencias referencias a otros tribunales u organismos internacionales para la interpretación del alcance y contenido de derechos previstos en la CADH y en los tratados internacionales.[48] Uno de ellos, quizá la referencia más importante, es sin duda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[49] Veamos el criterio de este Tribunal para casos que involucren este tipo de proyectos.

Es relevante el caso Oneryildiz *vs* Turkey, con sentencia del 30 noviembre de 2004, donde el Estado resultó responsable de la destrucción de la vivienda del demandante, la cual fue construida en terrenos que rodean un vertedero de residuos utilizado por cuatro comunidades urbanas. En 1993 se produjo una explosión de metano que destruyó las casas situadas alrededor y causó la muerte de nueve personas. El demandante argumentó que no se habían tomado medidas necesarias para evitar una explosión a pesar de un informe pericial presentado a las autoridades sobre la necesidad de actuar de forma preventiva.

En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que se había producido una violación al artículo 2 de la Convención a causa de la falta de medidas adecuadas para evitar la muerte accidental. El Tribunal observa, en particular, que el Gobierno turco no había proporcionado a los habitantes de los barrios marginales la información necesaria sobre los riesgos que corrían al vivir allí; incluso si lo hubiera hecho, se mantuvo como responsable de no haber tomado las medidas prácticas necesarias para evitar los riesgos para la vida de las personas.

La Corte Europea ha aplicado el criterio de responsabilidad del Estado por actitud pasiva frente a terceros contaminantes, por ejemplo, en López Ostra *vs* España. Aquí sostuvo que la autoridad era responsable por haber permitido la instalación de una planta contaminante en tierras propiedad de la ciudad

---

[48] Como lo dejó asentado en el Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012.

[49] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Oneryildiz vs Turkey. 24 de noviembre de 2004. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1204313-1251361. Otro caso similar se refiere a la exposición de la radiación nuclear y sus efectos en la salud en L.C.B. vs the United Kingdom (application no. 23413/94). Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58176.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y con subsidios del Estado.[50] Por otro lado, en el caso Tuskin *vs* Turquía, la Corte estableció que el Estado puede incurrir en responsabilidad por no tomar en cuenta los posibles peligros a los que expone a la población al permitir actividades mineras, aun sin que se hayan comprobados daños a la salud o a los hogares de los demandantes.

En Vilnes and Others *vs* Norway, del 5 de diciembre de 2013, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que había habido una violación del derecho al respeto de la vida privada, a causa de la incapacidad de las autoridades noruegas para asegurar que los demandantes (buzos de aguas profundas) recibieran información esencial que les permitiera evaluar los riesgos para su salud y vida, resultante de la utilización de tablas de descompresión rápida.[51]

5. Algunos referentes recientes en la justicia mexicana

En años recientes, el caso de la Tribu Yaqui llamó la atención en esta materia porque en el 2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación suspendió la construcción del proyecto hídrico en el estado de Sonora, que consistía en el trasvase del agua de un río para el abastecimiento del vital líquido a la ciudad de Hermosillo, capital de aquel estado. La tribu Yaqui consideró lesionado su derecho al agua, pues en 1940, por decreto del entonces presidente Lázaro Cárdenas, esta comunidad tenía el derecho de disponer del 50% del agua del río para su subsistencia. Alegan el daño medioambiental causado en el territorio yaqui, pero sobre todo se alega que se vieron despojados del derecho al agua, que les pertenecía, y que el proyecto se llevó a cabo sin realizar ningún tipo de información ni consulta hacia la comunidad indígena.[52]

Interesa aquí resaltar que la Suprema Corte mexicana usó la jurisprudencia del caso Sarayaku y el Convenio 169 de la OIT para determinar que la consulta debió ser previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe,

[50] Caso Lopez Ostra vs Spain, del 9 de diciembre de 1994. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57905.

[51] Los demandantes están incapacitados como consecuencia de buceo en el Mar del Norte para las empresas petroleras durante el período pionero de la exploración de petróleo (1965-1990). Todos los solicitantes se quejaron de que Noruega no había adoptado las medidas adecuadas para proteger la salud de los buzos de aguas profundas. Todos ellos también alegaron que el Estado no había podido proporcionarles información adecuada sobre los riesgos que implican tanto submarinismo como el buceo de prueba. Caso Vilnes and Others vs Norway Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4598614-5560664.

[52] El proyecto consiste en la construcción y operación de: a) una obra de toma vertical en la presa El Novillo, b) una estación de rebombeo horizontal (cárcamo de bombeo), c) un acueducto de acero para la distribución de agua nacional y d) una línea de transmisión eléctrica, sin que se desprenda pronunciamiento respecto a la restricción de los derechos de disposición.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con la finalidad de llegar a un acuerdo y para garantizar la subsistencia de la tribu, para que fuese escuchada para efectos de la operación (no construcción) del acueducto.

Sin duda, la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia aporta valor en materia de derecho al territorio, derecho al agua y consulta a pueblos y comunidades indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres, pues reconoce, por primera vez en México, los estándares interamericanos en materia de derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

También, la Suprema Corte mexicana determinó que el derecho a la salud no se puede reducir a la salud física del individuo, sino que va más allá, en tanto comprende el buen estado mental y emocional de una persona.[53] De acuerdo con esto, el derecho a la salud implicará, por lo tanto, la obtención de un determinado bienestar general que incluye el estado físico, mental, emocional y social. Esto es relevante para nuestro estudio, ya que el hecho de los desalojos puede tener impactos negativos psicológicos en las personas que los sufren, por las condiciones de estrés a las que se encuentran sometidas.

Más recientemente, en abril de 2015, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, con sede en Boca del Río (Veracruz), concedió una suspensión que protege el entorno ecológico y el derecho humano al agua en comunidades indígenas, y suspende la construcción de mini-centrales eléctricas. El tribunal aplicó el principio *in dubio pro natura*, que establece que, de existir peligro o amenaza de daños graves o inminentes sobre elementos de biodiversidad, la ausencia de certeza científica no es obstáculo para dictar medidas que conserven el medio ambiente.[54]

Esta decisión evitará que se afecte el entorno ecológico de las comunidades indígenas, en específico el derecho humano al agua, evitándose un daño irreversible en los manantiales situados en dichos sectores desprotegidos de la vida nacional.

En la misma temática resolvió en 2015 los recursos de revisión[55] contra los amparos que las comunidades indígenas de Yucatán y Campeche habían ganado contra los permisos otorgados por Sagarpa a una empresa trasnacional

---

[53] Amparo en revisión, 6 de enero de 2009. Publicada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, novena época, tomo XXX, p. 6. Registro 165826.

[54] "Conceden suspensión de plano a comunidades indígenas de Veracruz". Canal Judicial, 23 de abril de 2015. Disponible en: https://mail.google.com/mail/u/0/#search/canal/14ce7de1d2591167.

[55] Los asuntos fueron radicados en la Segunda Sala. Los amparos provenientes de las comunidades indígenas de Campeche (Segunda Sala, SCJN, AR 498/2015, AR 499/2015, AR 500/2015, AR 270/2015 y AR 410/2015) y de Yucatán (Segunda Sala, SCJN, AR 198/2015) fueron decididos el 4 de noviembre de 2015 y confirmaron las sentencias recurridas al reafirmar la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medioambiente.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para liberación de la soya transgénica. En la demanda de amparo original las comunidades alegaron que el derecho a la consulta libre, responsable e informada no fue realizada a través de los medios idóneos para que la comunidad se manifestara. En este sentido, el juez de distrito otorgó el amparo suspendiendo el permiso otorgado a la empresa hasta en tanto no se llevase a cabo la consulta por los medios idóneos y adecuados a las comunidades, pues consideró que el mecanismo empleado por la autoridad en línea, empleando el internet, no permitía el acceso para la realización de la consulta que la Corte IDH y el Convenio de la OIT numero 169 señalaban como requisito previo.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de México confirma el amparo otorgado. Fue cuestionada la sentencia desde diversos ángulos, que ahora no toca reproducir, sólo basta con señalar aquí que, de acuerdo con los ministros que resolvieron los casos, el amparo otorgado inicialmente debía cambiarse para proteger solamente a las comunidades afectadas, es decir, Yucatán y Campeche; por tanto, las comunidades indígenas de San Luis Potosí, Michoacán y otras promoventes quedaron sin protección en la resolución de la revisión. ¿Por qué ha sido esto importante para nuestro estudio?

La respuesta nos viene dada del planteamiento que hace la Corte IDH en cuanto a la protección de los recursos naturales y el medio ambiente de todos los territorios afectados para el futuro y la aplicación del principio de precaución.

En efecto, recientemente en la Opinión Consultiva número 23, de la Corte IDH,[56] en ocasión de la solicitud de consulta que hiciera Colombia respecto a las obligaciones estatales sobre el medio ambiente marino, en el marco de protección y garantía de los derechos a la vida e integridad personal, consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH, debido a los proyectos de desarrollo relacionados con las exploraciones y extracciones de hidrocarburos emprendidos en los mares y océanos de la región, se reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del medioambiente y la realización de los derechos humanos. La Corte IDH destacó la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Concretamente, sostuvo que los Estados deben respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en relación con los daños ocasionados al medio ambiente. Así señala el deber de prevención de daños

[56] Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ambientales significativos dentro o fuera de su territorio; regular, supervisar y fiscalizar las actividades realizadas dentro de su jurisdicción que puedan producir un daño significativo; realizar estudios de impacto ambiental; establecer un plan de contingencia para minimizar grandes accidentes ambientales y mitigar el daño producido.

En cuanto al principio de precaución,[57] establece el deber de los Estados; por tanto, aquí aplica también para los juzgadores la actuación conforme al principio precautorio frente a los posibles daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica.[58]

6. Conclusiones

A pesar de los diferentes supuestos sobre los que yacen los derechos humanos, todos ellos se encuentran ligados por un vínculo común, que es la persona humana y su relación con el entorno. En este sentido, el más alto sentido de salud integral para una vida digna constituye no sólo un derecho fundamental, sino también el necesario contexto sobre el cual se puedan realizar todos los demás derechos de la persona.

Este artículo expone vínculos conceptuales entre los proyectos de desarrollo e infraestructura de la reforma energética y la salud. Las tensiones observadas entre los espacios para el ejercicio particular y el ejercicio público tienen relevancia de primer orden por cuanto nos da la pauta para generar las condiciones necesarias para el deseado equilibrio entre el desarrollo económico del país con el respeto a los derechos humanos.

Sin duda, el tema de los derechos humanos viene a impactar de manera muy importante en la reforma energética. En efecto, los proyectos de desarrollo e infraestructura que la apertura energética y eléctrica traerá consigo nos llevan a considerar los parámetros sobre los cuales se determinarán la viabilidad de estos proyectos.

Ante tal panorama, la justicia tiene mucho que decir, por lo que para el análisis de esta temática resulta de interés conocer el alcance y contenido del

---

[57] Este principio fue introducido por primera vez en los instrumentos internacionales en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1), principio 15. Más tarde, fue reiterado en otros instrumentos, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de la OEA; el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, de la OEA; y el Convenio sobre la Diversidad Biológica a nivel de Naciones Unidas.

[58] Opinión Consultiva OC-23/17, párrafo 180.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derecho a la salud y su relación con el disfrute de otros derechos humanos. La realidad que imponen los derechos humanos se vuelve vital para cualquier proyecto en materia de hidrocarburos, electricidad o de desarrollo económico en México. Quedan, por tanto, dos enfoques por analizar: por un lado, resarcitorio en materia de reparación a los derechos vulnerados por los órganos públicos o privados; por el otro, preventivo respecto al análisis siempre interesante que nos plantean la ciencia, el desarrollo tecnológico y el respeto a los derechos humanos en el nuevo escenario constitucional.

7. Referencias

Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, número 138, septiembre-diciembre 2013, pp. 939-971.

Cossío, José R., "Primeras implicaciones del caso Radilla Pacheco", *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, julio-diciembre 2012, pp. 31-63.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, 2014. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/libreria/paginas/protocolos.aspx.

Saldaña, Emmanuel, "Nuevo marco jurídico en materia energética establece acciones preventivas en materia social", *Canal Judicial*, 9 de abril de 2015. Disponible en: https://mail.google.com/mail/u/0/#search/canal+judicial/14ca08a5a2d52a54. Consultado el 18 de mayo de 2015.

Talavera, Pedro, "El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* número 12, 2008.

Ventura Robles, Manuel, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, volumen 40, 2004, p. 87-131. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf.

S/A, Conceden suspensión de plano a comunidades indígenas de Veracruz, *Canal Judicial*, 23 de abril de 2015. Disponible en: https://mail.google.com/mail/u/0/#search/canal/14ce7de1d2591167.

Decisiones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Velasquez Rodríguez *vs* Honduras. Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs* Nicaragua, Serie C No. 66 y Serie C No. 79, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.

Comunidad indígena Yakye Axa *vs* Paraguay, Serie C No. 125, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 17 de junio de 2005. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs* Paraguay. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

Pueblo Saramaka *vs* Surinam. Sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

Acevedo Buendía y otros *vs* Perú, Sentencia de excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 01 de julio de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 84. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf.

Comunidad indígena Xákmok Kásek *vs* Paraguay, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

Salvador Chiriboga *vs* Ecuador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de mayo de 2011 Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.

Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku *vs* Ecuador. Sentencia Fondo y Reparaciones de 27 de junio de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 159. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

Gudiel Alvarez y otros (Diario Militar) *vs* Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2012.

Masacre de Santo Domingo *vs* Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012.

Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Caso Suárez Peralta *vs* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.

Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Oneryildiz *vs* Turkey. 24 de noviembre de 2004. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1204313-1251361.

L.C.B. *vs* the United Kingdom (application no. 23413/94). Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58176.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lopez Ostra *vs* Spain de 09 de diciembre de 1994. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57905

Vilnes and Others *vs* Norway Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4598614-5560664.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Contradicción de Tesis 293/2011. 03 de septiembre de 2013. Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 5, tomo I, Tesis: P./J.21/2014, p. 24. Registro 2006225.

Amparo en Revisión. 06 de enero de 2009. Publicada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, novena época, tomo XXX, p. 6. Registro 165826.

Amparos en Revisión 498/2015; 499/2015; 500/2015; 270/2015; 410/2015 y AR 198/2015, 04 de noviembre de 2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 233-238

*Métodos alternativos de solución de conflictos**

Brenda Rosales Báez**

Las reformas constitucionales decretadas el 18 de junio de 2008 sobre el sistema penal acusatorio en nuestro país han marcado sin duda el inicio de una serie de novedades del proceso judicial. El artículo 17 constitucional prevé los mecanismos alternativos de solución de controversias, que son salidas alternas para la solución de conflictos que garantizan la reparación del daño, siendo la justicia restaurativa, mediación, conciliación y arbitraje las principales formas de negociación o toma de decisiones que posibilitan a los operadores del Derecho la aplicación de un debido proceso.

Los profesores Francisco Javier Gorjón Gómez y José Guadalupe Steele Grazaen, en su libro *Métodos alternativos de solución de conflictos*, aportan de forman adecuada los principios, las características, las competencias y las habilidades que deben observarse ante el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos (*MASC*). Es una obra actualizada y didáctica, por lo que se hace un desglose de cada capítulo para identificar los temas relevantes que contienen.

En el primer apartado "Marco general de los métodos alternativos de solución de conflictos" se plantea que en la actual forma de impartir justicia se hace uso de la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje; asimismo, se analiza la reforma constitucional penal, pero también se concibe un reconocimiento del uso de estos mecanismos en otras áreas específicas de aplicación, como la solución de asuntos de carácter escolar, familiar, comercial, médico y financiero, por mencionar algunos, y la importancia de principios como la voluntariedad, la confidencialidad, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad y la oralidad, pero se destaca que la voluntad de las partes

*Gorjón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G. *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2017.
**Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (brendarosales28@gmail.com) orcid.org/0000-0003-3781-1141

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es necesaria para que los *MASC* puedan operar; de lo contrario, no podrían ser considerados como funcionales en el procedimiento judicial.

La comunicación es básica en toda negociación; cuando surge un problema, se busca obtener una solución que satisfaga las necesidades de las partes, y es por eso que se cuenta con las figuras del mediador y conciliador, que son los encargados de conducir y lograr una negociación. Entre la mediación y conciliación hay una diferencia: en la primera, el tercero que interviene sólo guía a las partes para que solas solucionen el conflicto, y en la segunda, el tercero propone la solución y persuade a las partes sobre las ventajas del proceso extrajudicial.

Ahora bien, respecto al arbitraje los autores señalan que es un procedimiento que resuelve controversias en diversas áreas del Derecho y del comercio, donde el árbitro es un experto en la materia y da la solución, además de brindar seguridad jurídica, a diferencia de la otra figura, que es la transacción donde las partes hacen concesiones y acuerdos, y donde la solución no depende del árbitro o juez.

En el segundo apartado de la obra se presentan los elementos de desarrollo y aplicación de la mediación familiar. En la actualidad, ante los mecanismos para solucionar extrajudicialmente conflictos de esta índole, como diferencias entre la pareja, entre padres e hijos, entre abuelos y nietos, entre hermanos, entre todas las personas unidas por parentesco, surge el tercero neutral o mediador, quien asume un rol centrado en las necesidades del sistema familiar y ayuda a los involucrados a negociar para llegar a un resultado aceptable, facilitando la comunicación entre los contrarios y evitando un desgaste emocional y económico.

La mediación civil que se presenta en el tercer capítulo no tiene tanto impacto como la familiar pero cumple una serie de acciones en donde es proclive la resolución de asuntos por la vía de la mediación o el arbitraje cuando la ley expresamente señale que puede darse un acuerdo, implementando un procedimiento alterno cuando entre el autor y el demandado cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo.

Uno de los puntos innovadores que tiene el libro es que la mediación escolar que se explica en el apartado cuatro tiene como objetivo promover la forma pacífica de resolución de problemas en los planteles educativos y mantener la sana convivencia en las escuelas, presentando técnicas, habilidades y estrategias del mediador escolar con una adecuada coordinación entre directivos, maestros, alumnos y padres de familia, al identificar la ventaja que

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tiene este procedimiento debido a que se aprende a manejar los conflictos sin pelear, sin insultarse y sin quejarse, además de dar ejemplos de experiencias en diferentes países que hacen uso de la mediación escolar, como Estados Unidos, Francia y Argentina.

El capítulo cinco aborda la mediación, conciliación penal y justicia restaurativa presentando los beneficios de aplicar estas herramientas en relación con el infractor, la víctima y la comunidad, así como al conocer ante qué delitos se pueden usar los *MASC*. A partir de la reforma penal y por los reclamos sociales de falta de una justicia pronta, imparcial, transparente y accesible, la reforma garantiza una justicia pronta, expedita y con certidumbre al incluirse la justicia restaurativa, siendo una nueva forma dinámica de resolución de conflictos al concentrarse en reparar el daño, conociendo las causas y consecuencias, en lugar de condenar y castigar, donde los métodos alternativos son la forma distinta de ejercer justicia.

En materia penal, la mediación se da como método alternativo de solución y con la ayuda del facilitador o mediador, el cual crea las condiciones favorables para una comunicación efectiva y para poder llegar al acuerdo reparatorio o pacto entre la víctima y el imputado, siempre y cuando se cumplan los siguientes criterios: que el imputado no sea reincidente en la comisión del delito, que el delito culposo no sea grave, que sea con la voluntad de las partes, que el tercero neutral sea imparcial, que exista un equilibrio en la reparación y las circunstancias del delito cometido; consideraciones necesarias para que el mecanismo alterno evite la acumulación de expedientes y juicios prolongados.

El apartado seis presenta el procedimiento de mediación abreviado, el cual tiene la finalidad de resolver conflictos de forma amigable y evitar los procedimientos judiciales. Las etapas del procedimiento incluyen una preparación de quienes van a intervenir; en algunos casos, la mediación no es recomendable por ir en contra del orden público o porque no satisface el interés de alguna o ambas partes, pero en caso de ser favorable, se inicia la etapa de organización que contempla el espacio físico, es decir, donde se llevará a cabo la mediación. Después, sigue la comprensión, en la cual las partes expresan los antecedentes del conflicto, señalando cómo surgió y cómo les afecta; luego, hay que saber los intereses o posturas de las partes para lograr un encuadre y poder generar opciones y determinar cuál es más viable para lograr la solución. La última etapa es la del acuerdo y cierre de la mediación, donde se llega a un convenio.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El siguiente punto trata del arbitraje comercial, su teoría fundamental y procedimiento en el contexto nacional e internacional, valorando su importancia en los acuerdos comerciales y su reconocimiento en el Derecho Comparado, debido a que varios países hacen uso de los *MASC* al existir reglamentos que lo regulan y el reconocimiento de solución con el laudo arbitral, con el cual concluye el procedimiento y da inicio la ejecución del laudo, que puede ser voluntaria o forzosa, sabedores de que la vía de ejecución del laudo es equiparada a una sentencia, situación que dependerá del país en donde se dé.

El capítulo ocho, sobre el arbitraje de consumo en la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), narra las ventajas de este procedimiento sumario entre proveedores y consumidores; presenta los derechos y obligaciones de las partes, pero ante un conflicto hay un tercero neutral interviniente para resolver las diferencias comerciales. Es en la Profeco, donde, mediante un trámite gratuito (salvo que se requiera un peritaje), se llega a resolver un conflicto a través de un laudo.

Por otro lado, se habla de que el arbitraje financiero en la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros consiste en la intervención y relación que se da entre personas que necesitan dinero, bienes o servicios y las instituciones financieras que otorgan el financiamiento. Es la Condusef el organismo público, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la encargada de promover y asesorar a los usuarios de servicios financieros, pues actúa como conciliador y árbitro en conflictos de los que tiene competencia (bancarios, finanzas, seguros y bursátil).

El penúltimo apartado habla de la conciliación y arbitraje en los servicios médicos, en los cuales las partes intervinientes son pacientes, médicos e instituciones que pueden aplicar *MASC* en asuntos de servicios y salud. Tal como lo observan los autores, son pocas las obras especializadas sobre el tema pero son una realidad debido a que existen reclamaciones de servicios médicos por presuntas irregularidades, pero con la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) se resuelven quejas de acciones como negación del servicio, falla en el diagnostico, tratamiento incorrecto, egreso hospitalario inadecuado, falla de amabilidad por parte de los prestadores de estos servicios, entre otros; casos que se pueden resolver con gestiones en las comisiones mediante una conciliación.

El último capítulo, sobre el procedimiento de arbitraje abreviado, presenta las bases generales para realizarlo con un modelo que proponen los autores para la puesta en práctica del procedimiento, donde indican las etapas y

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

elementos que incluyen el inicio del arbitraje con la demanda, la contestación de la demanda, el nombramiento del árbitro, la conformación del expediente, las audiencias, el cierre de la instrucción, el laudo y su notificación.

En los once apartados que contiene la obra se pueden apreciar cuadros explicativos, diagramas, casos y actividades al final de cada capítulo, que sirven para reforzar los contenidos, por lo que se considera como un material práctico y didáctico que sin duda puede ser de mucha utilidad para los interesados en aumentar su conocimiento sobre los métodos alternos de solución de controversias, porque su aplicación y desarrollo es multidisciplinario y opera en todos los niveles sociales. Finalmente, esta obra nos permite entender las principales herramientas de la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje, como vías de resolución de conflictos.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 239-244

*En defensa de los derechos de los animales**

Mauro Pérez Bravo**

Hemos visto cómo, a finales del siglo *xx* y principios del *xxi*, el pensamiento político, filosófico y científico ha ido adentrándose en diversos problemas y planteamientos que en otra época apenas y merecieron unas cuantas páginas en libros o artículos de investigación. Las reflexiones contemporáneas abarcan nuevos problemas que, de igual forma, conllevan nuevas soluciones y perspectivas. Tal es el caso de la relación que guardan los humanos con los animales. Estudiar desde el ámbito científico o social la relación del ser humano con los animales o estudiar a los animales en relación con los seres humanos tiene relativamente poco tiempo.

La Veterinaria y la Zootecnia, por ejemplo, son disciplinas que involucran el aspecto fisiológico y de comportamiento del animal. La apreciación o visión que tienen estas disciplinas sobre el animal tiene que ver más con una perspectiva de *bien mueble,* es decir, como objeto, y como si los animales fueran *propiedad* de los *dueños*. ¿Qué pasa con la ética, con la filosofía? ¿Cuál puede ser el aporte del saber filosófico al análisis del estatus de los animales? Desde el derecho, ¿pueden ser ya no sólo objeto, sino ahora *sujetos* de derechos?

Son interrogantes válidas para todos aquellos que se preguntan y se preocupan por el bienestar de los animales y por sus derechos. Es aquí donde encontramos la obra de Tom Regan, *En defensa de los derechos de los animales*. Los derechos de los animales no son un tema meramente jurídico, sino que se incluye una amalgama de estudios y aspectos como el de la filosofía, la economía, la ética, la sociología, etcétera. Los temas a tratar sobre los animales no pueden remitirse únicamente al aspecto positivista del Derecho: su estatus jurídico, moral, ontológico, sino todo un enfoque multidisciplinario. El libro es así, no está escrito únicamente para los estudiosos del Derecho, sino que es accesible para cualquiera que se encuentre interesado en el tema.

*Regan, Tom. *En defensa de los derechos de los animales*, México, FCE, 2016.

** Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. (mauro050@yahoo.com) orcid.org/0000-0002-9303-4730

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El libro que aquí se reseña cuenta con nueve capítulos. Comienza los seis primeros con un análisis y una propuesta ética que nos ayudan para adentrarnos en los derechos morales de los animales. Los tres capítulos restantes tratan propiamente sobre las implicaciones jurídicas de la relación entre animales y humanos, es decir, los derechos de los animales, donde se lleva a cabo un diálogo con conceptos de la teoría jurídica como la justicia y el deber.

La propuesta de Regan oscila entre lineamientos éticos y aplicaciones jurídicas concretas sobre la defensa de los derechos de los animales. Por ello, en la primera parte de la obra se postulan los lineamientos éticos sobre la base del respeto a la dignidad de todo ser vivo, para posteriormente anclar esas bases éticas en un marco normativo.

Por el momento, dado la brevedad del espacio, no nos adentraremos en el debate y la reflexión sobre cómo denominar a los animales en su relación con los seres humanos; se aclara esto en razón de que el término contemporáneo para referirse a los animales es el de *animales no humanos*. Sin embargo, para llegar a dicha denominación se tuvieron que realizar múltiples investigaciones y disertaciones cuyo desarrollo no es posible narrar en el presente trabajo. Y es que podrían desprenderse un amplio espectro de reflexiones y análisis del binomio *humano/animal*. Tan sólo en las primeras páginas del libro *En defensa de los derechos de los animales* se cita la frase de Mary Midgley: "No nos parecemos a los animales, somos animales" (p. 24). Entonces, tenemos delante todo un postulado de incidencia ontológica que permite desglosar en múltiples posibilidades y reflexiones la relación del *ser* humano con el del *ser* animal, además de todas las consecuencias de índole filosófico y ético que se puedan generar.

Hasta hace algunas décadas, la relación de los humanos con los animales no humanos era principalmente de carácter alimenticio y utilitario. Se daba por asentado que los animales, y en general la naturaleza, se encontraban a disposición del ser humano para satisfacer sus necesidades primarias: alimentación y vestido. De la carne de los animales no humanos se obtenían las proteínas necesarias en la nutrición humana, y la piel de los animales servía para el vestido.

El título del libro que aquí se reseña, *En defensa de los derechos de los animales,* da por sentado la existencia de los derechos. Lo que se expondrá serán las razones de su defensa, no de la existencia de sus derechos, que ya son y no necesitan ser justificados, sino defendidos. La pregunta que se

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

genera entonces es: ¿qué derechos son los que deben ser defendidos de los animales? Derechos morales y legales, de acuerdo con Tom Regan.

En el ámbito ético/moral podemos ir entendiendo la propuesta del autor, al postular la existencia de un derecho moral: derecho a no ser dañado. Éste es un derecho, aunque moral, que se puede integrar en un ordenamiento para generar un derecho positivo capaz de vincular en los interesados obligaciones y sanciones. No obstante, en un primer momento es un derecho moral, un imperativo categórico, una máxima universal que abarca no sólo a los seres humanos, sino a los seres animales, a la naturaleza.

Defender los derechos de los animales implica un verdadero esfuerzo de estudio y de comprensión de todo un marco teórico ético, el cual tiene que ser sistematizado y muy preciso en sus referencias, términos y conceptos. Regan tiene cuidado con las palabras que utiliza para la argumentación en los aspectos filosófico y ético. La diferenciación entre agentes morales y pacientes morales que Regan expone (p. 182) constituye en forma fundamental el soporte para la propuesta imperativa/universal del respeto de los derechos, morales o legales, de los animales:

> Los pacientes morales no pueden hacer nada correcto o incorrecto que afecte o involucre a agentes morales, pero los agentes morales pueden hacer lo que es correcto o incorrecto de maneras que afecten o involucren a los pacientes morales (p. 185).

Podríamos deducir fácilmente que los animales son pacientes morales dado que no poseen esa *conciencia* para poder *saber* cuándo una acción es buena o mala. Pero no. La cuestión no es tan sencilla. Para despejar o aumentar las dudas, el primer capítulo del libro se encuentra dedicado precisamente a la cuestión de la *conciencia animal,* concluyendo en efecto que es posible *considerar* a algunos animales como nosotros en el sentido de ser conscientes (p. 56). Entonces, ¿hacia dónde apunta la moralidad del animal?

Tenemos que precisar que no es objeto del libro determinar el estatus moral de los animales, pero sí discutirlo. Lo mismo pasa con el estatus ontológico, es la discusión lo que enriquece y aporta ideas generadoras para ir adentrándonos cada vez más en una auténtica y enriquecedora defensa de los animales.

Como hemos dicho, el libro es sistemático, y así deben ser las teorías éticas, o al menos es lo que Tom Regan sugiere. La Ética, como disciplina de

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Filosofía cuyo objeto de estudio son los actos morales, requiere una metodología y una sistematización si es que se quiere tener un aparato crítico y sólido. Lo mismo ocurre con otras disciplinas científicas y sociales. La debida sistematización y la aplicación correcta de un método dará la certeza de que nos encontramos ante argumentos y no sólo ante meras opiniones superficiales sin el requerido rigor académico. La ética se encarga de la reflexión de los actos morales. Por lo restringido del espacio, no nos adentraremos a señalar qué es un acto moral, pero lo que sí tenemos que enfatizar es la necesidad de un sistema y método de estudio. Regan señala que, en todo caso, la mejor teoría ética es la que puede sistematizar las creencias y sus consecuencias.

El lector o lectora que se acerque a las páginas escritas por Regan y pretenda desmembrar la propuesta ética y jurídica que desarrolla, no tendrá que ser especialista o perito en la materia para comprender la idea general del libro. Sin embargo, como el mismo Regan lo expresa, pretende que sea un libro global, un libro para las personas que se acercan a la filosofía y para un público más abierto. El caso de que se tuviesen conocimientos generales sobre ética generaría que la lectura del libro que aquí se reseña fuese más ágil, pero no es un requisito indispensable.

El gran acierto de Regan y lo enriquecedor del libro es que también puede servir para los que no son expertos, como un primer acercamiento a la teoría ética en general, e ir familiarizándose con el lenguaje, autores y corrientes, para aplicarlos en un tema concreto, en este caso, la defensa moral y legal de los derechos de los animales. Nombres como Kant o Rawls, que son referentes contemporáneos en los análisis filosóficos, éticos y políticos, serán recurrentes en lo largo de la obra, pero también será la exposición sistemática y esquemática la que se desarrolle a fin de que pueda quedar explicado someramente el contexto de los autores. Así se da la sucesión con los diferentes temas en general.

No obstante, toda argumentación sólida y bien estructurada requiere de componentes lógicos y conectores que den paso al nexo causal entre los silogismos y las conclusiones. Por lo que no deberá sorprenderse el lector que no se encuentre familiarizado con el lenguaje filosófico al encontrarse con oraciones y párrafos que necesiten un somero acercamiento a las categorías lógicas.

Un aspecto que debemos reconocerle a Regan es que al final de cada capítulo es puntual al realizar un pequeño resumen de lo expuesto, con lo cual

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el lector podrá retroalimentarse, retomar las principales ideas y argumentos que se expusieron a detalle.

Finalmente, los lineamientos jurídicos que se derivan de la propuesta ética de Regan aterrizan en señalamientos precisos sobre el bienestar de los animales: contra el uso de los animales en experimentos científicos, para fines educacionales y contra su consumo. En concreto, Regan termina tomando una postura evidente: contra el utilitarismo de los animales.

La defensa de los derechos de los animales no es un libro meramente teórico, implica la práctica, el conocimiento, la sensibilidad por una realidad que impera e irrumpe en la cotidianidad del ser humano: los animales. Se trata de volver la mirada, los estudios, los conocimientos y las buenas prácticas a contribuir en la promoción y defensa de sus derechos, no porque sea moda, sino porque es un imperativo categórico: no causar dolor al que puede sufrir. Un precepto que se vuelve universal para todos los habitantes del planeta y para los que buscamos la armonía entre el vivir de los animales y el convivir de los seres humanos.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 245-250

*Violencia de género y feminicidio en el Estado de México: una visión económica**

Maximiliano Gracia Hernández**
María Monserrat Morales Colorado***

El Estado de México es uno de los territorios mexicanos con una de las mayores expresiones de violencia en contra de las mujeres; dicho problema no ha recibido la atención prioritaria por parte de las autoridades responsables para combatir tal flagelo.

Las y los autores del texto reseñado investigan, con base en un trabajo de campo, la magnitud del conflicto y las consecuencias generadas en la sociedad del Estado de México. Inician su investigación a partir del papel desempeñado por las organizaciones civiles que combaten el flagelo en dicha entidad. Ofrecen una percepción y una metodología para recabar datos pertinentes sobre el problema de la violencia de género y el feminicidio en dicha entidad.

El libro se estructura con tres componentes: el primero presenta un análisis teórico; el segundo revisa y analiza los datos empíricos existentes para un análisis socioeconómico; y el tercero considera la revisión de políticas públicas para verificar la posición del gobierno en el Estado de México respecto a la problemática que se presenta y a las posibles soluciones.

La violencia y el feminicidio son un fenómeno que se vuelve parte de la discriminación de género, problema delicado en la sociedad mexicana; por ello, el objetivo del libro es identificar las diversas categorías que lo generan, para proponer posibles soluciones.

*Vasil'eva, Jana; Centmayer, Helena; Dávila Del Valle Dávila, Oscar y Maya Gabriel, Lucia Esperanza. *Violencia de género y feminicidio en el Estado de México: la percepción y las acciones de las organizaciones de la sociedad civil*, México, CIDE, 2015.

** Profesor Investigador en El Colegio de Hidalgo, México. (graciamaximiliano@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-3174-8006
***Becaria del Programa Delfín en el Verano de Investigación 2017. (moralescolorado96@gmail.com)

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para las y los autores de la obra, el capítulo uno es significativo porque destaca la importancia que debe existir en la comprensión de los conceptos. El objetivo es sostener el marco legal y establecer las diferencias que genera la reciprocidad entre hombres y mujeres.

En el texto de referencia, el género es entendido como una diferenciación entre hombres y mujeres, aunado a los roles, responsabilidades, prioridades y oportunidades que tienen dentro de la sociedad. La violencia se presenta como parte esencial de la condición masculina, como instinto arcaico y primitivo que se convierte en característica humana de hombres y mujeres.

Además del marco conceptual, en la obra se presenta una reseña histórica del proceso legal internacional para alcanzar la equidad de género; en ese sentido, en 1979, en el marco de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Exclusión contra la Mujer, se puso en la mesa de discusión el tema de la discriminación contra las mujeres en la agenda global. Posteriormente, en 1992 se definió explícitamente la violencia contra las mujeres como "la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer y la afecta de manera desproporcionada".Existen casos extremos de violencia de género en los cuales las mujeres son privadas de sus derechos humanos y, en el peor de los escenarios, pierden la vida a causa de la violencia; bajo ese contexto, el término *feminicidio* fue utilizado por primera vez en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, pero fue hasta 1990 cuando se logró alcanzar las bases del concepto.

En el texto reseñado —y ese es uno de sus principales objetivos— se intentan y se logran conocer con precisión las percepciones de las organizaciones que están luchando contra el feminicidio y la violencia hacia la mujer. La investigación intenta responder la siguiente pregunta: ¿Qué acciones llevan a cabo las organizaciones de la sociedad civil para contrarrestar la violencia contra las mujeres?

Parte del argumento del libro consiste en proponer la unidad entre las diferentes organizaciones de la sociedad civil; el objetivo es desarrollar mejores estrategias y líneas de acción para exigir al Gobierno del Estado de México medidas más oportunas y eficaces para contrarrestar la violencia contra las mujeres en la entidad.

A lo largo de los últimos años se ha incrementado en el Estado de México el asesinato de mujeres; sin embargo, no se le ha dado la difusión necesaria y la atención de la política pública, al menos como en su momento se le dio al

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

feminicidio en Ciudad Juárez; no obstante, en el Estado de México el problema es diez veces más profundo.

Los autores se preguntan: ¿Cómo en Ciudad Juárez se tienen estrategias integrales contra los feminicidios, mientras que en el Estado de México pasa casi desapercibido el problema?

Justicia es lo que piden las víctimas de la violencia de género y los familiares de los feminicidios en el Estado de México. Los autores del libro describen diversas situaciones que dejan entrever la falta de asistencia por parte de las autoridades correspondientes. La mayoría de casos relata la falta de atención que reciben las victimas al momento de presentar su declaración ministerial, el maltrato de la misma autoridad y el poco valor humano que manejan las autoridades judiciales ante una evidencia tan clara.

La impunidad está presente en el Estado de México, representa un foco rojo que no se puede apagar y que, más aún, está aumentando. Los funcionarios públicos de seguridad son quienes deberían prestar apoyo, sin embargo, son parte de una red discriminatoria y violenta en contra de las víctimas y sus familias. El poder judicial que se ejerce debería generar acciones positivas y erradicar o disminuir la violencia contra la mujer, sin embargo, no se ha logrado.

El libro menciona que en el Plan de Desarrollo del Estado de México 2005-2011 se dio a conocer que la violencia en contra de la mujer y su caso más extremo, el feminicidio, representa un asunto de seguridad pública. El documento reitera la necesidad de lograr la paz y el orden público dentro de la población, contrarrestar la violencia contra la mujer y lograr igualdad de oportunidades para mujeres y hombres en los ámbitos económicos, políticos y gubernamentales; no obstante lo antes señalado, el problema aún se mantiene: con base en datos del Observatorio Estatal de Feminicidios en el Estado de México, si se compara el año 2011 con el 2016, el feminicidio creció 58% en la entidad.

Se habla de que las zonas urbanas y más pobladas del Estado de México muestran mayor violencia; el Gobierno, por su parte, no ha realizado acciones serias para su erradicación.

Para toda acción existe una reacción. Al existir sobrepoblación se genera mayor insatisfacción de necesidades básicas, falta de recursos, delincuencia, crimen organizado e inseguridad. La combinación de todos los elementos antes señalados genera un caldo de cultivo para que surja descontrol social y caos.

De acuerdo con la diversidad cultural que existe en el Estado de México, existen causas que generan un cúmulo de situaciones que la sociedad

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

enfrenta. El crecimiento urbano y la migración descontrolada influyen en la falta de organización del Gobierno del Estado de México para resolver los problemas; a ello le agregamos la marginación y pobreza que se desencadena por los asentamientos humanos irregulares.

Con base en el Conapo, se sabe que los municipios más urbanizados dentro del Estado de México y que a su vez muestran mayor incidencia de feminicidios en la entidad exhiben niveles de marginación global muy bajos, por lo que la marginación no necesariamente está vinculada con el feminicidio.

Dentro de los resultados empíricos destaca la respuesta a la pregunta: ¿Qué factores han sido causantes e influyentes del fenómeno de la violencia y del feminicidio? Destacan las variables socioculturales (machismo, roles tradicionales, emancipación, entre otros) y aquellas relacionadas con el Estado (discriminación institucional, corrupción y colusión con el crimen organizado).

¿A qué se debe la violencia contra las mujeres dentro de los hogares? Es una pregunta a la cual los autores responden detalladamente: la falta de ingresos suficientes para cubrir las necesidades básicas lleva al desencadenamiento de problemas entre los integrantes que conforman el hogar. Al ser el hombre quien en su mayoría contribuye económicamente al sostenimiento del hogar, se produce la confrontación. Cuando se presenta violencia intrafamiliar, se desarrollan patrones que enmarcan ciclos en los integrantes de la familia, lo cual causa repeticiones de esos patrones.

Cuando se forma una familia y la economía es inestable, se produce un factor determinante en la relación familiar, se desarrolla la insatisfacción y frustración de los principales pilares y surge la violencia, que destruye los lazos de armonía.

La mayor manifestación de violencia se observa en los hogares económicamente inestables. La falta de un estímulo tan importante como el dinero en las familias rehace la sensación de inconformidad y falta de recursos para el sustento de cada día. Los salarios mínimos pauperizados son la resignación a una vida precaria y generadora de problemas familiares.

La violencia de género y el feminicidio se traducen en una falta de atención gubernamental global. En el libro se remarca la importancia de las organizaciones civiles, que realizan su mejor esfuerzo para erradicar ese flagelo.

La investigación realizada es un caso abierto para las y los funcionarios gubernamentales en el Estado de México. La violencia de género es resultado de un engrane en este sistema social que nos marca a todos.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuando existe violencia, ser rico o pobre no significa nada, el que tiene dinero abusa de su abundancia y el pobre justifica la violencia por la carencia de recursos económicos. El libro: *Violencia de género y feminicidio en el Estado de México* nos muestra un panorama de lo que se vive en dicha entidad, tema que representa en la sociedad mexicana un flagelo difícil de erradicar pero no imposible.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Díkê Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
E-ISSN: 2594-0708 / Año 12, No. 23, abril-septiembre de 2018 / pp. 251-257

*El camino del consuelo**

Hugo César Moreno Hernández**

La violencia a la que nos enfrentamos actualmente se escribe y aparece con caligrafías tan gruesas que hacen imposible voltear la mirada. No se trata de novedades estilísticas, sino de encuentros novedosos para nuestros ojos, acostumbrados a reconocer la tortura y el terror bajo la mano entrenada del ejército o las policías más infames. Esos actores escribían la violencia con una caligrafía fina, tratando de ocultar los hechos entre los pliegues del ejercicio del gobierno y la cotidianidad. Se trataba de mantener el control, de gobernar los cuerpos y mantener el margen más o menos administrado. Se trataba del ejercicio caligráfico de un ogro filantrópico, el cual poco a poco se convirtió al neoliberalismo dejando ver claramente todo su odio hacia lo humano: "Entre 1997 y 2007 la media nacional de homicidios dolosos por 100 mil habitantes disminuye de 17 a 10. A partir de 2007, y ya con la ofensiva gubernamental en marcha, la violencia va a repuntar a trancos" (p. 29). Las cifras, ofrecidas por Jesús Suaste Cherizola, más que un diagnóstico, significan la presentación de la gramática con que hoy comprendemos la violencia. Una gramática que no busca las buenas formas, sino las formas grotescas, espectaculares, alarmantes.

> Allí donde existan operativos conjuntos los homicidios se multiplicarán de un año a otro: de 128 a 520 en Michoacán, de 90 a 540 en Baja California, de 90 a mil 209 en Tamaulipas, de 299 a mil 137 en Guerrero, de 426 a mil 815 en Sinaloa. Chihuahua es el caso más dramático: en 2007 se registran 244 asesinatos. En marzo de 2008 se pone en marcha el Operativo Conjunto y se registran mil 992 durante los diez meses posteriores, 3 mil 345 durante 2009 y 4 mil 427 durante 2010. Respecto del

*Suaste, Cherizola, Jesús. *El país del dolor. Historia del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad.* México, Ediciones Proceso, 2017.

** Profesor-investigador en el Posgrado de Sociología del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades "Alfonso Vélez Pliego" de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Mexico. (hcmor@hotmail.com) orcid.org/0000-0003-1709-3955

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> año anterior al lanzamiento del operativo el número de homicidios se habrá multiplicado 17 veces (p. 29).

Esta eficiencia de la muerte parece exceder los márgenes de un Estado acostumbrado a impartir terror para mantener el control. La guerra sucia de la década de los setenta es un ejemplo de la capacidad con que el Estado mexicano sabe administrar muerte y destrucción con el fin de gobernar. La contrainsurgencia es la inteligencia de las fuerzas armadas. Pero ¿qué pasó después de 2006? La violencia homicida, a partir de la estrategia de combate "frontal" a la delincuencia organizada, se elevó dantescamente, lo que nos deja ver que el factor militar sirvió como elemento exponencial y no como remedio. Sin embargo, a pesar de las evidencias, cada año más contundentes, la estrategia (conocida ya como parte del sentido común de la política mexicana como guerra contra el narcotráfico) se ha mantenido hasta hoy, incluso con la pretensión de llevar un estado de emergencia o excepción al estatuto de normalidad jurídica, realizado por la Ley de Seguridad Interior, aprobada en el 2017. Jesús Suaste lo define así:

> Todo en vano. A la cruzada mediática la rebaten cotidiana y consistentemente crímenes que certifican la incapacidad del gobierno para disuadir la violencia. Y todo esto en una situación que si por sus cifras y resultados insinúan la presencia de una guerra, por su estatus jurídico transcurre dentro de la normalidad legal y sin que se ponga en riesgo la supervivencia del Estado. La "excepción permanente", que no es aquí ni mera provocación al pensamiento ni floritura retórica, es la afortunada descripción de una realidad que se halla en el oxímoron como en casa (p. 31).

Si en la poética el oxímoron funciona como herramienta expresiva, en política lo hace como forma difusa que oculta los hechos sin lograr poner los cadáveres en el armario. Muy al contrario, los cadáveres devinieron signos y símbolos que han cambiado el significado de la violencia homicida. Los resultados de esta guerra, por lo menos aquellos cacareados como resultados de política pública (quizá ahí el oxímoron, la guerra como política pública), son ostensibles en la desarticulación de los cárteles. La detención de los capos, de los cerebros malignos, de los jefes, patrones y números uno tuvo como efecto la aparición de los números dos, tres, cuatro y así según la capacidad mortífera de aquel con la suficiente audacia para tomar el lugar de los deca-

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pitados (descabezamiento es una palabra que se usó mucho para referirse a la detención o asesinato de uno de los "grandes"). Si el oxímoron sirve para expresar un sentimiento enorme y confuso capaz de alcanzar los extremos de su espectro, la metáfora permite simplificar la complejidad de, por ejemplo, una estrategia fallida: pareciera que la política pública de seguridad funciona como si un bombero usara gasolina para tratar de sofocar un incendio, pero no por error, sino por un principio ideológico que le indica que el fuego sólo puede ser evitado si termina con todo, sólo cuando ya no exista algo más por ser quemado.

Más o menos en esa vía va el diagnóstico inicial presentado por Jesús Suaste para comprender el contexto en el que surge el Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (*MPJD*), impulsado por el poeta Javier Sicilia, quien fuera alcanzado por el fuego a través de la muerte de su hijo, acompañado por varios amigos. *El país del dolor. Historia del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad* no es la crónica sensiblera de un movimiento tan *sui generis* como éste. Un movimiento que define con claridad el estatus actual de nuestro país, que tiene en su interior todo el dolor de la muerte por asesinato y la desaparición. El *MPJD* no fue un movimiento ideológico o político, no tenía un objetivo especifico en términos de una lucha clara, no se trataba de liberar a los oprimidos o de exigir la integración de los marginados. No tuvo una consistencia asible bajo los términos, digamos, de los nuevos movimientos sociales de Alain Touraine. Si tuvo un sujeto, éste fue la víctima cansada de su victimización. Esta crónica-ensayo presentada por Suaste nos ayuda a comprender este movimiento-acontecimiento y brinda claves para orientar por qué lado se puede dar inteligibilidad a los contornos de los movimientos sociales contemporáneos.

En primera instancia, este movimiento se gestó desde la voz de un Sicilia que reclamó a las dos fuerzas que aplastaron la vida de su hijo: el Gobierno y la delincuencia. Desde ahí incluyó un primer componente de potencia de clase:

> No es sólo el sincero sentimiento de solidaridad, sino también un instinto de autoprotección de clase; y no es el crimen en cuanto tal, sino el crimen dirigido a uno de sus miembros, lo que lleva a este sector a movilizar su capital social para marcar un límite a la violencia: el periodismo, la universidad, el medio cultural (y sus recursos no desdeñables: espacios en los medios, en las aulas, en las publicaciones, su manejo de las redes sociales,

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> su tiempo destinable al activismo) son el primer círculo que retransmite el mensaje y masifica la convocatoria (pp. 44-45).

Es claro que sin esta potencia el movimiento no habría encendido o siquiera se hubiera permitido que su llama se elevara visible entre las flamas del incendio, como muchas llamitas de clases pobres y empobrecidas convertidas en víctimas perennes. Ese fue el segundo elemento, la segunda potencia, la fuerza de unidad que desestabilizó la unidad de clase para crear un movimiento transversal, social y políticamente hablando. Un movimiento que en sí mismo logró expresar el dolor del amplio espectro de sus participantes en la conjunción de extremos que lograron convivir, dialogar y caminar juntos durante un tiempo no desdeñable. Por ello, "La medida del éxito [es] el número de encuentros que hizo posible [el movimiento] y la cantidad y calidad de voces para las que construyó un sitio de aparición" (p. 86). Voces que no sólo se dejaron oír, sino que, en su discurso, en su discurrir, en el encuentro con otras voces y problemas, se fueron transformando, fueron abandonando el claustro de la víctima absoluta para lograr articular un discurso donde ellos aparecían como sujetos plenos, dueños de una palabra cierta, total, sin matices:

> La palabra de las víctimas, en su precariedad (y por ella) tiene la peculiaridad de que nada en ella es excesivo, tal vez por estar desprovista de todo poder institucional, por encontrarse por debajo de toda facultad sofística. Roland Barthes habló de la posibilidad de un discurso que no podría mentir aunque quisiera: 'La palabra del oprimido no puede ser sino pobre, monótona, inmediata: su desnudamiento es la medida misma de su lenguaje: sólo tiene uno, siempre el mismo, aquel de sus actos; el metalenguaje es un lujo al que no puede acceder...' La palabra de los oprimidos es real; es casi incapaz de mentir, pues la mentira es una riqueza... (p. 134).

Si algo combatió el movimiento fue la victimización como coartada para la inmovilidad y la criminalización como acción para la impunidad. Dos movimientos que se combinan para dejar aparecer la coherencia necesaria de un discurso que debe ser escuchado por los gobernantes y también por parte de los delincuentes, pero a estos últimos la interpelación exige la presencia y disposición de los primeros. Se trataba de disolver otra forma del sentido

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

común confeccionada por la infame guerra contra el narco: la criminalización, la asunción de que todo cuerpo calcinado por el fuego azuzado por la estrategia de combate a la delincuencia organizada era parte de ese todo que debía ser eliminado sin dejar rastro, sin dejar memoria, desaparecer y ya, aunque su aparición entre las llamas se debiera a la infame formulación del "daño colateral". Sentido común que afecta, principalmente, a la impartición de justicia, discurso que el movimiento, como efecto expansivo, combatió desde su propia conformación:

> Tan interiorizado está en la conciencia colectiva el discurso de la criminalización, que los sucesivos oradores asumen espontáneamente la obligación de resaltar las virtudes personales y cotidianas del ser perdido (era alegre, sonriente, trabajador) como presentando las pruebas que lo exculparían del crimen que ha sufrido. El objetivo es deslindar a la persona de las actividades ilícitas, pero al fungir como un argumento principal de la denuncia se omite el hecho de que, en estricto sentido, el puro crimen debe bastar para exigir justicia. En este nivel de casi inexistencia se encuentra la cultura de la legalidad en el país; sólo tras meses de búsqueda las víctimas descubren (si lo hacen) que tienen derechos (p. 74).

El movimiento logró crear de entre las cenizas una gramática fuera de los cadáveres para acceder a los nombres propios, a las identidades y a la complejidad humana. Esta gramática articuló un discurso propio capaz de ser entendible para todos, accesible para todos, articulable por todos; "la articulación de un discurso que rebate al oficial, el encuentro con otros actores politizados, la disputa por hacer cambiar al gobierno su estrategia de combate al crimen, por hacer que el Estado asuma su responsabilidad ante las víctimas y cumpla su tarea de garantizar seguridad a la población" (p. 100). Significó esa nueva gramática, pero también se dejó ver, al proferirlo, su calidad de intransferible hacia el poder.

Uno de los aportes más interesantes de *El país del dolor* es la crítica al diálogo; no en sí al diálogo, sino a las reglas que se han establecido bajo la democracia mexicana acaecida a partir del 2000 con el triunfo de Vicente Fox. Se trata de un diálogo con gestos regañones que aparece cuando las cosas parecen desbordarse. Un diálogo que se exige al Gobierno en turno, con nudos en la garganta, definiendo el acento de quienes lo exigen, con indolencia en el semblante de quienes responden con un sí, ahora sí, hoy sí,

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ya verán que como nunca, como ningún otro Gobierno, el mío sí, nosotros sí. El diálogo entre la ciudadanía y el Gobierno ha sido profuso en esta época democrática. A nadie se le cancela, mucho menos si tiene tras de sí fuerzas diversas con buen porte electoral. Pero el diálogo no trasciende, como si el puro diálogo fuera síntoma de trascendencia. Nos dice Suate: "Por el diálogo reiterado, la ciudadanía se convierte en el depositario de una confianza siempre defraudable pero siempre susceptible de renovación; el sujeto de un desengaño a plazos" (p. 132). La repetición del diálogo la torna en pantomima de una democracia de por sí circense. El diálogo sin efectos reales es pura entrada de información sin procesamiento. Pero el diálogo siempre fue la herramienta o el arma elegida por el movimiento, y en esa elección la inclusión del Gobierno estaba definida. La búsqueda de un pacto que implicara a los dialogantes en un fin común exigía el diálogo, a pesar de las devaluaciones sufridas por éste en el *País del dolor*. "Se trataba de trabajar por un proceso ideológico que pusiera al país en el camino de la descriminalización colectiva" (p. 159) y la provisión irrestricta de justicia, esto es, el procesamiento de todos los asesinatos sin importar la vida de las víctimas (fueran o no delincuentes). Y en la herramienta el movimiento descubrió el arma con que se le atacaría: "La contradicción que terminó por agotar al *MPJD* fue haber ofrecido legitimidad a un Estado que puede muy bien subsistir sin ella" (p. 187).

El diálogo sin efectos de realidad desgastó al movimiento. La misma realidad le impuso otras luchas, como el caso Ayotzinapa, con el cual no logró fundirse, quizá por la incompatibilidad de las víctimas o por la abulia generada ante la reiteración del mismo diálogo. Sin embargo, las tragedias que generaron ambos movimientos son compatibles en su centro, porque se trata de luchar contra la producción de vidas desechables, criminalizadas. Como bien observa Suaste:

> Una de las muchas cuestas que nuestra sociedad deberá remontar es la tendencia a la culpabilización de las víctimas, esa sutil violencia ideológica que desde la vida cotidiana la sociedad vuelca sobre sí misma. Al adoptar esta postura la población se confabula con la violencia y se hace digna del Estado que hoy tiene (p. 189).

Esto es la impronta de una forma de actuar políticamente según la realidad de nuestra democracia, es decir, luchar por darle importancia a cada ser humano que habita este país, luchar por alcanzar la ciudadanía plena para todos, para

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las víctimas, para los delincuentes, para los políticos que se suponen exentos de las obligaciones ciudadanas.

DR © 2018. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/index