

Revista del
Centro de Estudios
de Derecho e
Investigaciones
Parlamentarias

Quórum

Legislativo #127

La **seguridad pública** en México
Marcial Manuel Cruz Vázquez

Perspectivas constitucionales
de los **derechos humanos**
Hasuba Villa Bedolla

La **perspectiva de género**
y el proceso legislativo
Saúl Pérez Trinidad



Quórum

Legislativo #127

es una publicación del Centro de Estudios
de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

Presidente de la Mesa Directiva

Dip. Laura Angélica Rojas Hernández

Vicepresidentes

Dip. María de los Dolores Padierna Luna

Dip. Marco Antonio Adame Castillo

Dip. Dulce María Sauri Riancho

Secretarios

Dip. Karla Yuritzi Almazán Burgos

Dip. Ma. Sara Rocha Medina

Dip. Maribel Martínez Ruiz

Dip. Mónica Bautista Rodríguez

Dip. Lizbeth Mata Lozano

Dip. Héctor René Cruz Aparicio

Dip. Julieta Macías Rábago

Dip. Jesús Carlos Vidal Peniche

Diseño y Formación

Miguel Angel Ramírez Hernández

Fotografía de Portada

Miguel Angel Ramírez Hernández

Septiembre 2019

Presidente de la Junta de Coordinación Política

Dip. Mario Delgado Carrillo

Integrantes

Dip. Juan Carlos Romero Hicks

Dip. René Juárez Cisneros

Dip. Reginaldo Sandoval Flores

Dip. Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla

Dip. Verónica Beatriz Juárez Piña

Dip. Arturo Escobar y Vega

Dip. Jorge Arturo Argüelles Victorero

Secretaría General

Graciela Báez Ricárdez

Secretaría de Servicios Parlamentarios

Hugo Christian Rosas de León

Secretaría de Servicios Administrativos y Financieros

Juan Carlos Cummings García

Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

Integrantes

Juan Carlos Cervantes Gómez

Encargado de la Dirección General del CEDIP

Cecilia Licona Vite

Directora de Estudios de Constitucionalidad

Gonzalo Santiago Campos

Director de Estudios Parlamentarios

Marcial Manuel Cruz Vázquez

Director de Estudios Jurídicos



ISSN: 1870 - 7270

NBS: 04-2019-070116123600-102

Quórum Legislativo 127

Publicación del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, con domicilio en Av. Congreso de la Unión No. 66. Col. El Parque. Alcaldía Venustiano Carranza, C.P. 15960. Ciudad de México.

Impresa en OSMART, imagen e impresión, Privada Díaz Ordaz No. 27, entre Calle 4 y Calle 5, Col. Pantitlán, México, CDMX; en el mes de mayo de 2019 con un tiraje de 500 ejemplares.

Editada y distribuida por la Cámara de Diputados a través del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

Se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, citando la fuente, siempre y cuando sea sin fines de lucro.

Los artículos firmados son responsabilidad exclusiva de los autores.

Q

uórum **127**
Legislativo

ÍNDICE

Editorial CEDIP	09
La seguridad pública en México Marcial Manuel Cruz Vázquez	13
Perspectivas constitucionales de los derechos humanos. Análisis comparado de los derechos sociales Hasuba Villa Bedolla	59
La perspectiva de género y el proceso legislativo Saúl Pérez Trinidad	115
Migración y trabajo infantil en la frontera sur, la contraportada del desarrollo Beatriz Rojas Venegas	165

El juez ejecutor en el Estado de México

José Antonio Álvarez León

María Iracema Cristal González Martínez

227

Naturaleza y elementos del dictamen legislativo

Gonzalo Cervera Aguilar y López

261

Editorial

El Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, tiene entre sus objetivos llevar a cabo investigaciones y estudios jurídicos de carácter histórico, comparativo y sociojurídico sobre instituciones parlamentarias, instituciones públicas, derecho público, derecho privado, derecho social y, en general, sobre cualquier rama o disciplina afín, que contribuyan al ejercicio de las funciones legislativas, así como instrumentar un programa editorial y de divulgación sobre estudios especializados en derecho y prácticas parlamentarias.

De los objetivos anteriores se desprenden dos principios rectores: la investigación científica y la difusión de la cultura jurídica, que son primordiales para el desarrollo de la ciencia del derecho, en este caso del derecho parlamentario, en virtud de lo cual, este Centro hace de ellos su quehacer cotidiano.

Como parte de estos esfuerzos, tenemos el agrado de presentarles el número 127 de la revista Quórum Legislativo, que recoge la participación de expertos en la disciplina parlamentaria y en materias afines que convergen con las actividades legislativas.

Este número consta de seis artículos, que abordan temas de interés legislativo, como el relativo a la seguridad pública que trata Marcial Manuel Cruz Vázquez, quien muestra un panorama general de esta temática, pasando por un análisis jurídico y de pertinencia social, que le permite ubicar diversas problemáticas y planteamiento de soluciones posibles.

El tema de los derechos humanos siempre será de elevada importancia, puesto que en su respeto y ejercicio descansa el Estado de derecho, en virtud de ello, Hasuba Villa Bedolla, presenta su estudio en relación con las perspectivas constitucionales de tales derechos, especialmente los derechos sociales.

Sin duda, la igualdad de género es una temática presente en toda la administración pública, misma que se ha insertado en las diversas actividades de los tres poderes de la Federación, en este contexto Saúl Pérez Trinidad analiza la influencia que la perspectiva de género tiene en el proceso de creación normativa, analizando las diversas problemáticas que ha enfrentado su incorporación y proponiendo, a dicha perspectiva, como una caja de herramientas que pueda contribuir a mejorar la actividad de las y los legisladores.

En el contexto internacional actual, la migración se ha convertido en un tema por demás relevante, más aún cuando se analiza desde una perspectiva de grupos vulnerables, tales como la niñez, en este orden de ideas Beatriz Rojas Venegas, presenta su investigación en esta materia, donde después de estudiar exhaustivamente el fenómeno, resalta que los Estados tienen la obligación de salvaguardar el interés superior de la niñez.

En materia penal, es necesario evaluar si la implantación del Sistema Penal Acusatorio, Adversarial y Oral, ha cumplido con las expectativas jurídicas y sociales, en este sentido José Antonio Álvarez León y María Irasema Cristal González Martínez, analizan la eficacia del Juez Ejecutor de Sentencias en dicho Sistema, en el sentido de la obligación de garantizar el trato digno de las personas privadas de libertad, señalando las deficiencias reglamentarias en el tratamiento penitenciario, como violaciones a la dignidad humana.

Finalmente, Gonzalo Cervera Aguilar y López analiza de manera novedosa y práctica la naturaleza y elementos del dictamen legislativo, resaltando su relevancia y significación dentro de las ciencias de la legislación, con el objetivo de coadyuvar a mejorar el proceso de creación de leyes, para que éstas cumplan con los atributos de eficacia, efectividad, oportunidad, certeza, comprensibilidad, aceptabilidad, brevedad, concisión y coherencia y sobretodo, que cumplan con su función social de resolver las problemáticas para las que fueron creadas, mejorando la condición de los gobernados.

Los trabajos presentados en este número, tienen la pretensión de coadyuvar con la importante función legislativa que tienen las y los diputados de esta legislatura, ofreciendo un espacio de reflexión de algunos de los temas más importantes en materia parlamentaria.

El CEDIP refrenda con esta entrega, su compromiso con el conocimiento, tanto en su generación de calidad como en su divulgación seria, sistemática y pertinente, que sin duda se inserta dentro del marco de exigencia que predomina en esta Cámara de Diputados.

Hugo Christian Rosas de León

Secretario de Servicios Parlamentarios

LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

Marcial Manuel Cruz Vázquez

SUMARIO:

I. Introducción

II. El concepto de seguridad pública

III. Marco normativo

IV. Problemática actual

V. Propuestas

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía

Quórum **127**
Legislativo

Quórum **127**
Legislativo

I. Introducción

Primeramente, este trabajo abordará la reflexión del concepto de seguridad pública para diferenciarlo de otros similares y reflexionaremos acerca de su naturaleza, objetivos y medios para llevarlo a cabo. Después revisaremos el marco legal que regula la materia para vislumbrar su pertinencia; es decir, si responde a las necesidades actuales y, sobre todo, si es eficaz. Al lograr advertir las probables causas de su ineficacia, nos permitirá a su vez hacer propuestas específicas de solución. De igual forma, señalaremos la problemática que impera para concientizarnos de ella y, con ello, definir de manera específica las soluciones más adecuadas.

II. El concepto de seguridad pública

La propia Constitución en el párrafo noveno del artículo 21 establece los elementos para configurar el concepto de seguridad pública. Al respecto, nuestro máximo ordenamiento señala que la seguridad pública es:

“una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social”

Del precepto citado se desprenden tres elementos fundamentales:

1. Es una función de corresponsabilidad de los tres órdenes de gobierno;
2. Los bienes jurídicos tutelados son la vida, las libertades y el patrimonio de las personas;
3. Su carácter teleológico es el orden público y la paz social.

La función de corresponsabilidad establece la concurrencia sobre la materia por parte de la federación, las entidades federativas y los municipios. Esto implica que los tres órdenes de gobierno del Estado mexicano la deben garantizar según su jurisdicción y competencia. Sin embargo, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública refiere que dichos órdenes de gobierno habrán de coordinarse para cumplir los objetivos de ésta, lo cual implica una cierta obligación compartida por parte de ellos sobre cualquier delito.

El artículo 1 de la citada Ley refiere que ésta establece “... la distribución de competencias y las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios...”¹ Por ello, desde este marco normativo, se pretende otorgar cierta responsabilidad conjunta en las acciones de seguridad pública en el país.

Es de considerarse que la seguridad pública contempla las acciones de prevención, investigación y persecución de los delitos y la sanción de las infracciones administrativas. Por ello, se pudiera aceptar que los tres órdenes de gobierno tienen responsabilidad compartida respecto de ellas.

Ejercer la seguridad pública de manera coordinada tiene innegables beneficios. Por ejemplo, si desde el municipio se cumpliera cabalmente la función de prevención del delito, no importando si son del orden común o federal, el beneficio se vería reflejado en los tres órdenes de gobierno, con lo cual se lograría un significativo avance en la materia en todo el país.

La corresponsabilidad en la materia determina el carácter de sistematicidad con que se ejerce la seguridad pública en nuestro país, la cual es a lo vertical por la intervención, precisamente, de los tres órdenes de gobierno y transversal por la diversidad de temas con los que confluye.

¹ Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 02 de enero de 2009, última reforma aplicada el 27 de mayo de 2019.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

Este carácter sistémico configura tanto el concepto como el ejercicio de la seguridad pública, por lo que esta función del Estado mexicano no debe ser tratada de manera aislada; es decir, tanto conceptual como operativamente se tiene que comprender a la luz de diversos temas e instituciones con los que se relaciona, ya que también es una función inter y multidisciplinaria.

El origen del Sistema Nacional de Seguridad Pública en nuestro país podemos localizarlo el 11 de diciembre de 1995 con su entrada en vigor. El contexto en el que surge fue en una situación difícil para nuestro país, pues había graves problemas económicos, de violencia y delincuencia. La devaluación del peso, magnicidios, el conflicto armado en Chiapas y, en general, el incremento de la violencia y delincuencia fueron su caldo de cultivo.

Los objetivos del Sistema Nacional, en términos generales, fueron los mismos en la ley de 2009 que en la actual de 2019, los cuales se han circunscrito en establecer las bases de coordinación y distribución de competencias a nivel federal y local.

A lo largo de casi treinta años de implementación del sistema se han perfeccionado algunos procesos. En un inicio se comenzó por establecer la necesidad de instrumentos tecnológicos que facilitaran el suministro e intercambio de información entre todas las autoridades implicadas, lo cual trajo consigo la puesta en marcha la llamada Plataforma México.

También, en los inicios del sistema, se consideró la importancia de echar andar la carrera policial, para lograr la profesionalización de los policías; hoy se habla del concepto de desarrollo policial, el cual considera desde la selección de los cadetes hasta el retiro digno del policía. La propia ley de 1995 mandataba al Estado establecer mecanismos de participación ciudadana para que intervinieran en la planeación y supervisión de la seguridad pública. En la actualidad, la ley únicamente establece que el Consejo Nacional de Seguridad Pública podrá invitar a personas, instituciones y representantes de la sociedad civil.

Con relación a lo anterior, valdría mucho reflexionar la conveniencia de que la participación ciudadana sea un verdadero derecho y, a su vez, una insoslayable obligación puesto que, de considerarse una prerrogativa formal, seguramente habría efectos positivos al convertirse en un mecanismo eficaz para lograr más transparencia y rendición de cuentas.

Actualmente, el Sistema Nacional de Seguridad Pública se conforma de la siguiente manera:

- Consejo Nacional de Seguridad Pública el cual se integra por el presidente de la república, los secretarios de Gobernación, Defensa Nacional, Marina y Seguridad Pública; por el fiscal general de la república; por los gobernadores de los estados y por el secretario ejecutivo del Sistema
- Conferencia Nacional de Procuración de Justicia
- Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública o sus equivalentes
- Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario
- Conferencia Nacional de Seguridad Pública Municipal,
- Los Consejos Locales e Instancias Regionales
- Secretario Ejecutivo del Sistema

El Consejo Nacional de Seguridad Pública es el máximo órgano del sistema. En él se establecerán los acuerdos a nivel nacional para el mejoramiento de las instituciones y las políticas en la materia.

Desde un inicio, aunque de manera muy elemental, se consideró que el Sistema Nacional se integraría con las cuatro conferencias nacionales mencionadas, pero no fue sino hasta 2009 con la entrada en vigor de la nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, misma que abrogó la de 1995, cuando se especificaron atribuciones de cada una de ellas.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

Dichas conferencias nacionales se conforman con los titulares de cada una de las dependencias responsables en las materias de procuración de justicia, seguridad pública y del sistema penitenciario. Su finalidad recae en establecer acuerdos en el seno de cada una de ellas enfocados a resolver problemáticas sobre su materia. Dichos acuerdos pueden ser no sólo al interior de cada conferencia sino también pueden ser establecidos entre conferencias, con la intención de atacar las problemáticas que se susciten de manera sistémica.

Con relación a lo anterior, es vital que los acuerdos establecidos tengan un plazo razonable para su cumplimiento, lo que implicaría también una labor puntual y eficaz de las secretarías técnicas de cada conferencia. Sin embargo, un grave problema que seguimos arrastrando desde 1995 es que la ley no ha establecido mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento de dichos acuerdos, lo que provoca que al final sean sólo letra que al paso del tiempo queda en el olvido y sin que haya sanciones efectivas a quienes los incumplan.

Otro punto importante de considerar es que los temas de seguridad y justicia deben tener un tratamiento inter y multidisciplinario. Es decir, es sumamente necesario que el Poder Judicial a nivel local y federal se una a los trabajos de las conferencias nacionales, para que de manera conjunta se propongan acuerdos que arriben a soluciones integrales.

Un debate que se ha generado desde la creación del Sistema Nacional de Seguridad Pública en 1995 es el que tiene que ver con la formalización de la intervención de las fuerzas armadas militares en esta materia. Desde ese entonces se han suscitado diversos debates con relación a la supuesta inconstitucionalidad de su actuación, pues se argumenta que ella está en contra, principalmente, de lo dispuesto en los artículos 21 y 129 de la Constitución.

El recientemente reformado artículo 21, señala que las instituciones de seguridad pública, incluyendo la Guardia Nacional, serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El artículo 129, también constitucional, establece que, en tiempo de paz, ninguna autoridad

militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar.

Por un lado, se establece que las autoridades policiales serán de carácter civil y, por otro lado, la obligación de la autoridad militar de no ejercer actos en tiempos de paz. Es decir, de lo anterior se advierte cierta prohibición para que militares y marinos pudieran actuar en la materia.

Otro argumento en contra de la actuación de los soldados es que, al ser instituciones federales, su actuación al interior de los territorios de las entidades federativas o de los municipios estaría vulnerando su ámbito competencial y en consecuencia se estaría contraviniendo, también, lo estipulado en el artículo 40 constitucional por lo que respecta a régimen federal.

Si efectivamente con la actuación de las secretarías de la Defensa Nacional y de la Marina Armada de México se estuvieran quebrantando los preceptos constitucionales mencionados, estaríamos también en una ilegalidad más, misma que recaería en la contravención de la forma republicana de Estado, la cual implica que las autoridades habrán de ceñirse a la voluntad de la ley previamente establecida y no a los mandatos personales.

En síntesis, las supuestas violaciones a la Constitución con la actuación tanto de militares como de marinos en funciones de seguridad pública pudieran ser las siguientes:

- A.** Al artículo 1, ya que dicha intervención militar pudiera exponer la integridad de la población, lo cual trastocaría su propia su dignidad. Esto, se piensa, como consecuencia del tipo de formación que tienen sus elementos, la cual es eminentemente reactiva y de un alto poder por el tipo de armamento que utilizan.
- B.** Al artículo 14, al no estar fundada en la ley sus actuaciones; con ello se podría estar violentando el principio de legalidad.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

C. Al artículo 21, al ser una función a cargo de la federación, los estados y los municipios; con lo que se podría monopolizar de facto dicha función por parte del Ejército y la Marina lo que contravendría el régimen federal de nuestro país. La naturaleza de las instituciones encargadas de la seguridad pública en nuestro país es de carácter civil y no militar.

D. Artículo 40, por la falta de fundamentación legal en dichas actuaciones se contravendría la naturaleza republicana del Estado mexicano. Se vulneraría el régimen federal al menoscabar la competencia constitucional en la materia de los estados y del municipio al asumir el ejército y la marina las funciones de seguridad pública

E. Artículo 129, porque en tiempo de paz la Constitución exige que las fuerzas militares sólo ejerzan funciones relacionadas con la disciplina militar, por lo que no pueden realizar funciones operativas o reactivas para abatir la delincuencia.

Sin embargo, cabría el cuestionamiento acerca de si las funciones que estuvieron realizando tanto el ejército como la marina, antes de la entrada en vigor de la Guardia Nacional, fueron materia de seguridad pública o si lo fueron, en realidad, de seguridad nacional. Además, aunque hubieran ejecutado las primeras, sería importante considerar el supuesto fracaso de las autoridades civiles encargadas de la materia en algunas regiones del país en las que, precisamente, aquellos intervinieron.

El cuestionamiento anterior nos puede llevar a la meditación acerca de la naturaleza del Estado de derecho, con lo cual pudiéramos aclarar ciertas dudas. Desde nuestro punto de vista, la finalidad esencial de éste es la regulación de la conducta de su población y, por ende, dar certeza jurídica a las relaciones que se gesten en él. El Estado no puede dejar un vacío de regulación en ningún tipo de relación o fenómeno social, más cuando estas son conflictivas, ya sea entre particulares, entre éstos y el Estado mismo o entre éste y otros similares a nivel internacional.

Ante la exigencia de facto y por la supuesta ineficacia de las instituciones de seguridad pública, ya sea por corrupción o por incapacidad profesional, el Estado tiene la obligación de valerse de todos los elementos institucionales a su alcance para brindar certeza jurídica. Es decir, si la realidad demuestra que las únicas instituciones públicas capaces de combatir la delincuencia son el ejército y la marina, es totalmente legítimo que acuda a ellas. Pues, precisamente, de no regular la conducta y de no otorgar certeza jurídica, lo que estaría en juego sería en realidad la existencia del propio Estado de derecho, lo cual, de no resguardarlo, tendríamos irremediablemente un Estado fallido.

Desde luego, lo debido es que una vez reestablecidos el orden y la paz sociales en aquellas regiones donde se suscitó el problema, las fuerzas militares regresen a sus cuarteles. Paralelamente, los gobiernos (federal, estatales y municipales) tendrían que hacerse responsables y garantizar el fortalecimiento de las instituciones de seguridad pública. Es decir, la intervención de soldados en la materia debe ser una circunstancia excepcional y no la regla en la materia.

Cabe mencionar que la intervención del ejército y la marina es contra fenómenos delictivos del alto impacto, los que suelen ser producto de la delincuencia organizada. Es decir, contra cárteles de la droga, de secuestradores, contra los que comercian gasolina robada o los que trafican con armas o personas; las fuerzas militares están actuando de manera reactiva contra los actos de violencia y delincuencia de alto calibre, ya por el tipo de organización y por el tipo de armamento con el que cuentan, y no contra la delincuencia “común”.

Pero, como advertimos, este año se aprobó la creación de la Guardia Nacional, misma que por mandato constitucional es de carácter civil. Con esta institución, el gobierno federal pretende resguardar la seguridad pública y reestablecer el orden en las zonas del país que lo ameriten. Con la intervención de ella se pretende que marinos y soldados regresen a sus cuarteles en cumplimiento a lo establecido por el artículo 129 constitucional.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

De vuelta a la comprensión de la integración del Consejo Nacional de Seguridad Pública se cuenta también con los Consejos Locales e instancias regionales, quienes se encargarán de la coordinación, planeación e implementación del Sistema en los respectivos ámbitos de gobierno. Asimismo, darán seguimiento a los acuerdos, lineamientos y políticas emitidos por el Consejo Nacional, en sus respectivos ámbitos de competencia.

El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública es el órgano encargado de articular el Sistema. Éste cuenta con autonomía técnica, de gestión y presupuestal. Tiene la vital importancia de ser quien proponga y supervise mejoras al sistema nacional de seguridad pública, desde temas relacionados con el desarrollo policial hasta la asignación de recursos económicos a los gobiernos estatales y municipales.

Por la importancia que recae en esta institución valdría bien considerar fortalecerla y darle todos los atributos legales y económicos necesarios para que pueda realizar adecuadamente sus funciones. Inclusive, sería interesante considerar otorgarle una autonomía general y que pase a ser un organismo constitucional autónomo, ya que sus funciones exigen el mayor profesionalismo, eficacia y objetividad.

Retomando, para configurar un adecuado concepto de seguridad pública, precisamente es pertinente considerar sus fines, el bien jurídico que tutela, los responsables y la forma de ejercerse; así como también su carácter teleológico y naturaleza jurídica.

Históricamente, el concepto de seguridad pública se ha modificado según las circunstancias y reformas constitucionales y legales a lo largo del tiempo. En este sentido Emilio Rabasa Gamboa refiere que el “problema que se planteaba en cada etapa de nuestro desarrollo constitucional consistía en decantar el concepto de seguridad pública acorde al momento histórico”,² es decir, las exigencias de la población

2 RABASA GAMBOA, Emilio (coord.), *El marco jurídico de la seguridad pública en México*, México, Porrúa, 2012, p. 1

y las necesidades del gobierno, tan cambiantes y diferentes según los tiempos, definitivamente juegan un papel relevante para conformarlo. De considerar lo anterior, podríamos ir confeccionando un concepto de seguridad pública. Para ello tendríamos que percatarnos de los elementos arriba señalados:

- Los fines de la seguridad pública son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas.
- El bien jurídico tutelado es la integridad personal y el patrimonio.
- El responsable de llevarla a cabo es el Estado mexicano a través de sus tres órdenes de gobierno.
- La forma de ejercerla o ejecutarla es mediante un Sistema Nacional.
- El carácter teleológico de esta función es el orden público y la paz social.
- La naturaleza jurídica de ésta es ser una función a cargo del Estado a través de instituciones policiales de carácter civil, las cuales habrán de coordinarse entre todas ellas para cumplirla.

También es necesario considerar que, tras la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, ahora es fundamental comprender el concepto de seguridad pública a la luz de ella. La interpretación conforme,³ el principio pro persona y el debido proceso deben ser insoslayables y con ello no perder de vista la obligación de todas las autoridades implicadas, según sus atribuciones, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución Federal y los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

3 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, [en línea], Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, [24 de junio de 2019], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

En dicha efervescencia de derechos humanos, la seguridad pública no ha sido la excepción de alinearse a ella; a nivel internacional se ha transitado del concepto de seguridad pública al de seguridad ciudadana, lo cual va más acorde con la idea del Estado constitucional y democrático de derecho, en el que precisamente se maximizan éstos en su carácter de exigibilidad y por ser cada vez más justiciables.

En el caso de México ya existen gobiernos estatales y municipales que han nombrado a la autoridad responsable de la materia con la denominación seguridad ciudadana, tales son los casos de los estados de Guanajuato, México, Querétaro y la Ciudad de México; en el orden municipal entre otros se encuentran los municipios de Cuernavaca, Ecatepec, Irapuato, Nezahualcóyotl y Toluca. Y a nivel federal en el presente sexenio se cuenta con la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana.

La Organización de las Naciones Unidas considera la seguridad ciudadana un proceso para establecer, fortalecer y proteger el orden civil democrático, eliminando las amenazas de violencia en la población y permitiendo una coexistencia segura y pacífica.⁴

Como se advierte, la intención de “eliminar las amenazas de violencia” obliga a los responsables de garantizar la seguridad pública a implementar una fortalecida política de prevención de la violencia, la delincuencia y, también, de las adicciones. Es decir, ya no se dará sólo prioridad a la política reactiva, lo cual implica altos costos sociales y económicos, sino ahora más que nunca se le dará a la prevención a través de la vinculación de las autoridades con organizaciones vecinales o comunitarias.

Esto nos lleva a considerar que la seguridad ciudadana es un bien público en el que impera la protección de los derechos humanos, particularmente el derecho a la vida, a la salvaguarda de su integridad, la protección del patrimonio y, en general, del orden público y la paz social.

4 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, página principal del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, [24 de junio de 2019], disponible desde: www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/crisis-prevention-and-recovery/IssueBriefCitizenSecurity.html

Al respecto, es importante que se contemple no sólo la prevención de la violencia y la delincuencia, sino también, de las faltas administrativas y de las adicciones ya que, de no hacerlo, se gestaría un efectivo caldo de cultivo para la generación de ambientes hostiles y de inseguridad para la población.

El Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵ ha establecido los elementos con los que debe contar el concepto de seguridad ciudadana:

- Creación de ambientes propicios y adecuados para la convivencia pacífica de las personas.
- Énfasis en labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad.
- Participación de sector público y de la sociedad civil en las acciones de prevención.
- Abordar los problemas de criminalidad y violencia desde una perspectiva de derechos humanos.
- Considerar a la persona humana como objetivo central de las políticas

Con los elementos advertidos hasta ahora podemos sugerir un concepto de seguridad ciudadana el cual sería: la función del Estado para preservar la vida, la integridad y el patrimonio de las personas, a través de la generación corresponsable (autoridad-población) de un ambiente propicio de respeto a los demás y, sobre todo, a ley.

Finalmente, es conveniente diferenciar el concepto seguridad ciudadana de otros similares como lo son el mismo de seguridad pública, el de seguridad nacional o el de seguridad interior. Básicamente, la diferencia se encuentra en el tipo de autoridades que intervienen al respecto, los marcos normativos que las regulan, el bien jurídico tutelado y desde luego la naturaleza jurídica de la institución.

⁵ Organización De Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, diciembre de 2009, [24 de junio de 2019], disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

La diferencia entre seguridad ciudadana y seguridad pública no solamente es nominal. Si bien ambas pudieran compartir la misma naturaleza jurídica y los mismos fines, la primera se caracteriza por redimensionar lo concerniente a los derechos humanos. Asimismo, esta debe esforzarse en que la participación ciudadana no sólo sea un derecho, sino también una obligación insoslayable y, finalmente, la seguridad ciudadana preferentemente pretende erradicar la inseguridad a través de políticas y acciones preventivas.

En términos generales, por seguridad nacional⁶ se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa para mantener la integridad, la estabilidad y permanencia del Estado mexicano y esta se particulariza en:

- La protección de la nación frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país.
- La preservación de la soberanía e independencia nacionales y defensa del territorio.
- El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno.
- El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la federación.
- La defensa del Estado mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional.
- La preservación de la democracia.

El Programa Sectorial de la Defensa Nacional la define como una “... condición esencial para preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado Mexicano, cuyas vertientes esenciales son la seguridad interior y la defensa exterior de la federación; que son responsabilidad ineludible de todos los entes del Estado, con una participación importante de las Fuerzas Armadas.”⁷

⁶ Ley de Seguridad Nacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005, última reforma aplicada el 26 de diciembre de 2005

⁷ Programa Sectorial de La Defensa Nacional 2013-2018, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de diciembre de 2013, [24 de junio de 2019], disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5326566&fecha=13/12/2013

De lo anterior destacamos que la seguridad nacional tiene un doble ámbito de aplicación, tanto al exterior como al interior del país. La protección al exterior tiene que ver contra ataques que intenten vulnerar la soberanía nacional. Al interior, de lo que se trata es contrarrestar los fenómenos de violencia y delincuencia que pongan en riesgo el funcionamiento del gobierno y sus instituciones democráticas o que representen un grave riesgo para la población, los cuales rebasen las capacidades de las autoridades civiles.

Por lo tanto, la seguridad interior son las acciones destinadas de manera inmediata y directa para mantener la soberanía nacional desde dentro del territorio nacional. Al respecto, Guillermo Cabanellas de Torres dice que la seguridad interior del Estado es "... el orden nacional en que los poderes públicos son respetados, así como la adecuada defensa del régimen de los derechos ciudadanos, de la paz y la tranquilidad pública".⁸

Como lo mencionamos arriba, en México persistió una discusión con relación a las actuaciones por parte del ejército y de la marina en funciones que se han catalogado como de seguridad pública. Básicamente fueron dos argumentos persistentes. Uno tiene que ver con la inconstitucionalidad de dichas acciones por contravenir diversos preceptos de la Constitución y, el otro, fue con relación a la supuesta violación de derechos humanos de la población por su intervención, puesto que los militares no han sido formados para prevenir la violencia y la delincuencia y ni si quiera para combatir este tipo de fenómenos, y al ser su formación eminentemente reactiva y con armas de alto calibre, se dijo que por ello se pone en un estado de riesgo a la población en general.

Si seguimos la tesis de lo que implica un Estado constitucional y democrático de derecho, desde luego los argumentos anteriores encontrarían legitimidad, adecuación, coherencia e idoneidad.⁹ Sin

8 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario militar (aeronáutico, naval y terrestre)*, Bueno Aires, ed. Claridad, 1993, p.165

9 Para comprender estos cuatro conceptos leer a ROBLES MORCHON, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, ed. Coyoacán, 2014.

embargo, existen situaciones fácticas que exigen la urgente intervención de las fuerzas militares para contrarrestar los fenómenos de violencia y delincuencia extrema.

Lo anterior es así porque en algunas regiones del país, la violencia se ha desbordado y ha sido incontenible por parte de las autoridades civiles. Es importante aclarar que la intervención del ejército y de la marina ha sido en zonas focalizadas, más no así en todo el territorio nacional. Esto es relevante porque, precisamente, con ello se aclara que la intervención de las fuerzas militares y navales no es a lo largo y ancho del territorio mexicano, sino sólo en las regiones donde es necesario, por lo que se deja de lado el argumento de la supuesta militarización del país.

III. Marco normativo

La base constitucional la encontraremos en el párrafo noveno del artículo 21 y, con relación al orden municipal, en el inciso h) de la fracción III del artículo 115. El año 2019 ha sido significativo por la entrada en vigor de la nueva normatividad que regula la materia, sobre todo por la creación de la Guardia Nacional, misma que ha causado gran expectativa por el contexto en el que vivimos.

Es relevante comentar que la creación de la Guardia Nacional atrajo innumerables opiniones al respecto, tanto a favor como en contra. Sin embargo, la urgencia de solución a los problemas de inseguridad en algunas regiones del país ha sido el motor que impulsó su vertiginosa aprobación.

El doctor Jaime Cárdenas Gracia ha referido que en la idea del Estado constitucional y democrático de derecho “... los defensores del orden constitucional y de la seguridad son los ciudadanos y las autoridades civiles...”¹⁰ y que por el contrario “La idea de un Estado en donde las

10 CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional*, Hechos y Derechos, [en línea], núm. 49, enero-febrero 2019, [27 de junio de 2019], disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13081/14574>

fuerzas armadas juegan un papel destacado en la defensa del orden constitucional y la soberanía subvierte la lógica entera del Estado constitucional y democrático de derecho.”¹¹.

Dicha reflexión fue previo a la creación de la Guardia Nacional. Sin duda, el doctor Cárdenas tiene absoluta razón, pues en un Estado democrático, en funciones de seguridad ciudadana, lo propio es evitar a toda costa la militarización. Lo más adecuado es otorgar mayor participación a las autoridades civiles e, inclusive, a la propia ciudadanía en tareas de proximidad social y prevención.

Lo anterior viene a colación por la manera en que se ha conformado esta nueva institución de seguridad, la cual en un primer momento ha reclutado a elementos de las policías militar y naval, además de soldados que dejaron las filas del ejército y marina.

Sin embargo, vale mucho reflexionar acerca de lo que implica un Estado democrático. Una característica de estos es la capacidad de otorgar servicios públicos de calidad, principalmente los que tienen que ver con la salud, la educación, la seguridad y con la creación de fuentes de empleo, ya en el sector público o privado; estos servicios públicos de calidad van a generar condiciones de vida más favorables para la población, lo que posibilitará un desarrollo progresivo de la personalidad en lo particular y de la sociedad en general.

Comprender al Estado como un ordenamiento jurídico, nos permite simplificar que Estado y ley son una misma cosa. En términos generales, esto significa que la actuación estatal, a través de sus tres funciones, (legislativa, ejecutiva y judicial) será únicamente con base a lo establecido en la ley. A esto habría que agregar que tanto el Estado y la ley deben adecuarse a las exigencias de la sociedad, contextualizarse a las nuevas realidades a fin de estar en posibilidad de dar certeza jurídica. Es decir, la ley tiene que cambiar para responder a las exigencias sociales del momento.

¹¹ *Íbidem*

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

Por ello, ante el reclamo de seguridad y por la ineficacia de las instituciones policiales en algunos municipios y estados del país, el gobierno actual propuso la creación de la Guardia Nacional. Por un lado, para contar con una institución de carácter civil que haga frente a la problemática y, por otro lado, porque el país necesita de una nueva institución profesional y desmarcada de la corrupción. Por ello es que se determinó que en un primer momento esta institución habría de conformarse, además de la Policía Federal, con elementos de las policías militar y naval, ya que tanto el ejército como la marina cuentan con una legitimidad social incuestionable, además de estar altamente capacitados para hacer frente a la problemática; es cierto, habrá que poner mucho esmero en reforzar los temas de prevención y proximidad social de la Guardia Nacional, pero no parece haber duda de la necesidad de ella.

Como señalamos, entre las instituciones con mayor legitimidad se encuentran precisamente el ejército y la marina; además, otro dato importante es que cuentan con un eficaz servicio civil de carrera lo cual las ha llevado a ser instituciones altamente profesionales. De igual modo, la Policía Federal se encuentra entre las instituciones con mayor legitimidad, además de que en esta institución se han realizado esfuerzos importantes en materia de desarrollo policial, lo que le ha valido ser considerada para conformar la Guardia Nacional.

El debate no es si con la Guardia Nacional vamos en contra de lo que presupone la idea del Estado constitucional y democrático de derecho por una suposición de militarización del país; en realidad, el debate debe centrarse en cómo resolver, desde las instituciones del Estado los problemas de inseguridad que se viven en el país. Por supuesto, es, también una obligación que a la par se diseñen y se pongan en vigor los mecanismos con los que se solucionen las deficiencias al interior de las instituciones policiales para que en un momento no muy lejano tengamos instituciones policiales mejor formadas, mejor capacitadas y, también, mejor pagadas.

Es de resaltar que previo a la creación de la Guardia Nacional, la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, convocó en los primeros días del mes de mayo de 2019 a las audiencias públicas para discutir el tema. En ellas participaron legisladores, titulares de gobiernos estatales y municipales, representantes de organismos e instituciones de derechos humanos, organizaciones y colectivos de la sociedad civil; también, académicos, especialistas, servidores públicos federales del ramo de la seguridad y de las fuerzas armadas, todos ellos para que dieran su opinión al respecto.

En consecuencia, el 26 de marzo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional.

Dicha reforma establece que la Guardia Nacional es una institución policiaca de carácter civil, adscrita a la ahora Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana federal.

Posteriormente, fueron publicadas la Ley de la Guardia Nacional, la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, la Ley Nacional del Registro de Detenciones y la reforma a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. A continuación, señalaremos brevemente lo que estos marcos normativos establecen.

La Ley de la Guardia Nacional señala en términos generales lo siguiente:

- En principio se constituirá con elementos de la Policía Federal, de la Policía Militar y de la Policía Naval.
- Los supuestos de coordinación con las instituciones de seguridad pública estatales y municipales.
- Las reglas para determinar las aportaciones de los gobiernos locales cuando soliciten la intervención de la Guardia Nacional.
- Todo lo concerniente al desarrollo policial (ingreso, formación, profesionalización, evaluación, jerarquía, disciplina, faltas, delitos y sanciones).

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

- Lo relacionado con la portación y uso de armas de fuego.
- Delimitación de sus actuaciones.
- Requisitos que deberán cumplir sus integrantes.
- Las características del informe anual que deberá presentar al senado.

Esta ley señala que la Guardia Nacional será una institución policial, armada, civil, disciplinada, profesional y permanente. Tendrá autonomía técnica, operativa y de mando.

Su naturaleza jurídica será la de un órgano administrativo desconcentrado adscrito a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana federal, cuyo titular será quien tendrá el mando de la Guardia Nacional. Su objetivo será realizar la función de seguridad pública a través de la celebración de convenios de colaboración con los gobiernos estatales y municipales.

La Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza en términos generales establece lo siguiente:

- Los fines, alcances y definición del uso de la fuerza pública.
- Los sujetos obligados, así como sus derechos y obligaciones.
- Los principios rectores son los de legalidad, necesidad, proporcionalidad, racionalidad y oportunidad.
- Los medios, métodos, técnicas y tácticas del uso de la fuerza física, con armas incapacitantes, armas no letales y armas letales.
- Los niveles para el uso de la fuerza.
- La distinción y regulación de las armas.
- Las reglas sobre la portación y uso de armas de fuego.

De lo que se advierte de esta ley es que se evitará el uso de la fuerza de manera desproporcionada con relación al supuesto fáctico que la ha originado, pues se determinan de manera clara los niveles y las circunstancias en que habrán de ejecutarse.

La Ley Nacional del Registro de Detenciones, en términos generales establece lo siguiente:

- Las características del registro y los principios que lo van a regir, así como su conformación, uso y conservación.
- El momento exacto en que debe realizarse el registro de la detención.
- Tratamiento de los datos personales de los detenidos.
- Personas autorizadas para acceder a la base de datos del Registro.

El Registro Nacional de Detenciones tiene por objeto establecer un banco de datos actualizado con información que permita identificar y localizar a las personas detenidas por la probable comisión de un delito o por una posible infracción administrativa.

La Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública establece lo siguiente:

- Las bases de coordinación entre los tres órdenes de gobierno.
- La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la federación, las entidades federativas y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.
- El establecimiento de un sistema nacional de información en seguridad pública a cargo de la federación al que ésta, las entidades federativas y los municipios, a través de las dependencias responsables de la seguridad pública, proporcionarán la información de que dispongan en la materia, conforme a la ley. El sistema contendrá también las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

- La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública.
- Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines. La federación contará con una institución policial de carácter civil denominada Guardia Nacional, cuyos fines son los señalados párrafos arriba, así como, la coordinación y colaboración con las entidades federativas y municipios, y la salvaguarda de los bienes y recursos de la nación.
- La ley determinará la estructura orgánica y de dirección de la Guardia Nacional, que estará adscrita a la secretaría del ramo de seguridad pública, que formulará la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, los respectivos programas, políticas y acciones.

La formación y el desempeño de los integrantes de la Guardia Nacional y de las demás instituciones policiales se regirán por una doctrina policial fundada en el servicio a la sociedad, la disciplina, el respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley, al mando superior, y en lo conducente a la perspectiva de género.

IV. Problemática actual

Si bien es cierto que pudieran ser innumerables los problemas que acontecen en la materia, podemos señalar algunos temas en los que urge dar solución: a) incapacidad institucional, b) distribución adecuada del recurso económico, c) continuidad de políticas públicas en la materia, d) implementación de políticas públicas transversales, e) desarticulación del Sistema Nacional de Seguridad Pública,

f) legitimidad social de las instituciones policiales, y g) carencia de un organismo rector fortalecido.

a) Incapacidad institucional

La incapacidad institucional se da por dos principales factores. Uno de ellos tiene que ver con la mala formación y, con ello, el deficiente desarrollo policial en el cual se consideran los procesos de selección de los cadetes, su formación, su posterior capacitación, la certificación, los ascensos; también, lo concerniente a los temas de dignidad policial como sueldos, jornadas laborales, seguridad social, retiro, etc.

Otro de los factores tiene que ver por la creciente corrupción e impunidad en la materia, lo cual, entre sus múltiples consecuencias, trae consigo deslegitimación social.

Como ejemplo, la autoridad identificada como la más corrupta es el policía de tránsito con 77.3% y en segundo lugar con 69.1% está la Policía Preventiva Municipal.¹²

Es decir, este tipo de policías, los cuales son los más cercanos a la sociedad y que pudiéramos considerarlos como la base de las estructuras policiales, son los que se perciben como los más corruptos. Esto desde luego es altamente negativo en términos de legitimidad social y confianza en la institución en general.

El combate a la corrupción y la impunidad ha cobrado relevancia en nuestro país. A nivel constitucional lo tenemos previsto en el artículo 109, en sus fracciones II y III:

Artículo 109. *Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado serán sancionados conforme a lo siguiente:*

¹² Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, 25 de septiembre 2018, [27 de junio de 2019], disponible en: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

...

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable.

...

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.

Sin embargo, pese a ello, parece ser que las prácticas de corrupción no se terminan e incluso siguen proliferando, por lo que en la realidad este precepto constitucional queda sin eficacia.

Además de la corrupción, es necesario hablar de la impunidad, la cual implica dejar sin castigo al culpable; así las cosas, la corrupción existe porque existe impunidad, de allí que una medida principal para combatir la corrupción es que se sancione eficazmente.

De nada sirve realizar una adecuada detención, aseguramiento, traslado y puesta a disposición por parte del policía preventivo, también llamado primer respondiente, si a nivel de la investigación de la probable responsabilidad penal o administrativa en caso del juez calificador o cívico, no se siguen los protocolos y procedimientos debidos; y más aún, las malas actuaciones tanto del primer respondiente como del ministerio público pueden repercutir a nivel de impartición de justicia en el juicio penal, en el cual se podría resolver la no culpabilidad del imputado y quedarse impune un delito.

Desde luego que también a nivel jurisdiccional existe la posibilidad de una inadecuada resolución o sentencia, la cual pudiera favorecer a quien no se lo merecía, lo que tendría la perniciosa consecuencia de dejar en libertad a criminales. Si a nivel de la prevención, procuración e impartición se cumpliera adecuadamente, se lograría erradicar la impunidad.

b) Distribución adecuada del recurso económico

En general el recurso que se asigna a los gobiernos municipales es insuficiente y se agrava aún más porque éstos destinan una mínima parte de él a las funciones de seguridad pública. Esto impacta de manera muy negativa en los sueldos, prestaciones y sistemas de retiro para los policías y a la posibilidad de contar con equipos e instalaciones de calidad; a consecuencia de ello, es imposible hablar de corporaciones policiales bien equipadas y que cuenten con tecnología de punta para facilitar su labor.

Es relevante recalcar lo que sucede a nivel municipal, pues en ese orden de gobierno se cuenta con las autoridades de mayor proximidad social, por lo que de asignarles recursos suficientes pudiera ser en beneficio de una mejor labor en la materia.

En lo que respecta a la falta de equipo el 86.1% de los elementos de policía con funciones operativas obtuvieron por cuenta propia¹³ al menos un accesorio o material de apoyo o protección para el desempeño de sus funciones; el 34.2% consiguió por cuenta propia una prenda o accesorio de su uniforme y el 4.9% adquirió armas y municiones o accesorios para su armamento.¹⁴

Así las cosas, es evidente que adquirir tecnología actualizada que permita el mejor desempeño de las labores policiales resulta casi imposible. Esto es muy grave debido a que los policías muchas veces no cuentan con el equipo adecuado para cumplir su función; aquellos que lo adquieren por su propia cuenta, resienten en su economía, algo

¹³ *idem*

¹⁴ *idem*

que es obligación de cada uno de los gobiernos para los que trabajan proporcionárselos. En estas condiciones no es posible si quiera pensar que estos elementos policiales pudieran hacer frente a la delincuencia, combatir el delito o, al menos, prevenirlo.

Por ello y las consecuencias negativas que esto representa, es urgente revertir lo anterior y destinar mayor presupuesto a los gobiernos municipales, para que exista la posibilidad real de invertir parte importante de dichos recursos para atender la materia. Desde luego, esta carencia de recursos puede presentarse a nivel estatal, lo cual agrava aún más la situación.

Si bien el tema económico no encierra totalmente la problemática en la materia, lo cierto es que con en el otorgamiento suficiente de recursos se tendrían mayores elementos para contrarrestar los fenómenos de violencia y delincuencia. Es preciso señalar la necesidad de gastar adecuadamente el presupuesto, que éste se ejerza de manera objetiva, legal y legítima para evitar el despilfarro y los negocios particulares y con ello romper el círculo vicioso que en gran medida impide la solución de los problemas.

c) Continuidad de políticas públicas en la materia

La Primer Encuesta de Estándares de Capacitación Profesional Policial (ENECAP) señala que en 2017 se capacitaron un aproximado de 384.9 mil elementos policiales a nivel nacional; el 76.1% de ellos se encuentra adscrito a las policías estatales o municipales; el 80.5% recibió al menos un curso de formación inicial y el 57.8% recibió un curso de actualización¹⁵.

Esto no necesariamente es reflejo de condiciones positivas para dichas corporaciones locales, ya que actualmente no se sabe si esos elementos capacitados sigan en activo, hayan desertado o causado baja. Además,

15 Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Primera Encuesta Nacional de Estándares y Capacitación Profesional Policial (ENECAP). Comunicado de prensa núm. 548/2018, 12 de noviembre de 2018, [27 de junio de 2019], disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/ENECAP2017.pdf>

es dudable que dichos cursos de capacitación, de formación inicial o de actualización hayan sido verdaderamente de calidad y con mayas curriculares actualizadas.

Por otro lado, es común que al inicio de cada gobierno se proponen nuevas fórmulas y muchas veces no se consideran otras que en el pasado han sido implementadas con éxito significativo, por lo que valdría mucho la pena dar continuidad a todas ellas que estén en esa situación.

d) Implementación de políticas públicas transversales

De igual forma, la seguridad pública se correlaciona transversalmente con diversos temas. Desde nuestra perspectiva dentro de los más relevantes se encuentran la salud pública, el educativo, el empleo, el desarrollo y, por supuesto, los derechos humanos.

1. Salud pública

Las alarmantes cifras de delitos cometidos en nuestro país, sobre todo los de homicidio y lesiones los cuales un alto porcentaje son realizados con violencia, han propiciado que esto sea considerado como un problema de salud pública.

Una de las responsabilidades del Estado es garantizar la salud pública de su población y precisamente la violencia y la delincuencia son un factor que pone en alto riesgo su cumplimiento. Sobre todo, la violencia "... se ha percibido como un problema, en la medida que ocasiona daños a la salud física y mental, produce discapacidad y diferentes tipos de secuelas que impactan negativamente diversas esferas en la vida de la población".¹⁶ Esto tiene mucho sentido y debe alertar a las autoridades de los tres órdenes de gobierno. De no prevenir y combatir la incidencia delictiva, sobre todo la que tiene que ver con afectaciones directas a la integridad física de las personas, la problemática pasará

¹⁶ PEÑALOZA, Pedro José (Coord.), *Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, México, Porrúa, 2006, p. 265.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

de ser sólo en materia de seguridad pública a también un problema de salud, lo cual implicará mayores costos en todos los sentidos.

En el artículo intitulado *La Violencia como un Grave Problema de Salud Pública*, de Guillermo Soberón, Beatriz Zurita, Teresita Ramírez y José Luis Torres publicado por la Fundación Mexicana para la Salud, A. C. se destaca que la violencia “puede y debe ser tratada como un problema de salud pública no sólo porque produce... lesiones y defunciones, sino por su influencia en el deterioro del entramado de relaciones sociales de solidaridad y cooperación”¹⁷ y más adelante estos científicos mexicanos destacan que “la salud pública puede y debe entenderse como un elemento clave para el desarrollo social y económico, por lo que el gasto en salud deba considerarse, cada vez más, como una inversión productiva y como factor estratégico para el desarrollo del capital humano”.¹⁸

Es de considerar relevante la apreciación que se le está dando a la violencia como un problema de salud pública. Por un lado, porque considera el problema de manera individual por el daño a la integridad física, ya sea por lesiones o por homicidio y, por otro lado, porque dicha consideración es consecuencia de las repercusiones que genera a nivel social, pues nos esclarece que la violencia afecta los lazos de solidaridad, lo cual trae repercusiones altamente negativas ya que, precisamente, la solidaridad es fundamental no sólo para su progreso, sino también, y que sería lo más importante, para su conservación.

2. Educación

Los efectos positivos de una educación de calidad para prevenir la violencia, la delincuencia y las adicciones en niñas, niños y adolescentes es evidente. Por un lado, el tiempo dedicado en las aulas por parte de los menores de edad es un factor ocupacional que los puede mantener distraídos de otro tipo de acciones algunas horas del día. Por otro lado,

17 RAMÍREZ, Teresita, SOBERÓN Guillermo y otros, *La Violencia como un Grave Problema de Salud Pública*, Fundación Mexicana para la Salud, A.C., Libro Caleidoscopio de la Salud [en línea], [03 de julio de 2019], disponible en: <http://funsalud.org.mx/portal/linea-editorial/libros-manuales-y-boletines/economia-y-salud/articulos-en-revistas/>

18 *Ídem*

y es lo más importante, la trasmisión de valores y principios cívicos y de salud habrían de ser contundentes para erradicar las prácticas delictivas en este sector de la población.

La delincuencia va de la mano con la falta de opciones educativas, en el caso sobre todo de los jóvenes, y de empleos bien remunerados. El entorno en que se vive también puede influir en el comportamiento de las personas; si dicho entorno es uno en el que la violencia, la delincuencia y las adicciones sean el común denominador, la probabilidad de replicar estas prácticas pudiera incrementarse.

La CNDH realizó un informe especial sobre Adolescentes: Vulnerabilidad y violencia¹⁹; en él se analizan precisamente las carencias educativas y laborales como detonantes de la violencia y la delincuencia entre la población juvenil de nuestro país.

El problema de no entender el derecho humano a la educación como una alternativa eficaz de prevención de la violencia, la delincuencia y las adicciones, es que no tendremos la oportunidad de avanzar en la materia, pues la política en México a lo largo de muchos años ha sido preferentemente reactiva más que preventiva, lo cual termina teniendo altos costos económicos, políticos y sociales.

La Agenda para la Infancia y la Adolescencia 2019-2024²⁰ elaborada por la UNICEF México, señala que en nuestro país viven casi 40 millones de niños, niñas y adolescentes, lo que representan el 35% de la población total y lamentablemente más de la mitad se encuentra en pobreza (51.1%) y de ese universo existen 4 millones de niñas, niños y adolescentes que no acuden a la escuela.

Si lográramos como país garantizar el derecho a la educación de calidad de esos 40 millones menores de edad, seguramente nuestra

¹⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Informes Especiales Adolescentes: Vulnerabilidad y Violencia (CNDH y CIESAS), [04 de julio de 2019], disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Informe_adolescentes_20170118.pdf

²⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia o Unicef, Agenda de la Infancia 2019-2014, [04 de julio de 2019], disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/306/file/agenda%20de%20la%20infancia%20y%20la%20adolescencia%202019-2024.pdf>

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

realidad cambiaría de manera positiva. Desde las aulas de todos los niveles educativos pudiéramos lograr ese anhelado cambio, a través de programas de estudio integrales con mallas curriculares actualizadas y de utilidad, en las que se contemple también el deporte, las artes y la filosofía; se brinde en las escuelas atención médica y alimentación sana; además de incluir un fuerte contenido de nuestra historia nacional para fortalecer lazos de identidad y solidaridad y desde luego una consistente educación cívica.

En el Boletín Informativo número 333 titulado Educación, Factor Elemental para Prevenir la Delincuencia²¹ de fecha 28 de octubre de 2008, emitido por la Secretaría de Educación Pública del Gobierno federal, el cual da cuenta de lo acontecido en el 3er Foro Contra la Delincuencia: Prevenir el delito ¿a quién le toca? organizado por México Unido Contra la Delincuencia A.C.; dicho Boletín recoge la participación del entonces subsecretario de Educación Media Superior, Miguel Székely Pardo, el cual expuso datos muy esclarecedores. El subsecretario refirió que la probabilidad de cometer delitos, en contraste con los jóvenes que no asisten a la secundaria o la preparatoria, se reduce en 50 por ciento para la población estudiantil de 15 a 19 años y hasta en 75 por ciento para los estudiantes de 19 a 24 años. Asimismo, dijo que, a mayor nivel de estudios de las personas, disminuye el riesgo de dedicarse a actividades delictivas y en la medida en que pasen más tiempo al interior de las escuelas, también se reduce el riesgo de convertirse en víctimas de la delincuencia. Comentó que en jóvenes que no asisten a la escuela o que desertan de la secundaria o la preparatoria, aumenta al doble el riesgo de que se dediquen a alguna actividad ilícita.

Por lo anterior, considerar la política pública de prevención de la violencia, la delincuencia y las adicciones desde las aulas parece ser que podría resultar muy eficaz, además de brindar mayores elementos a ese sector de la población para que en un futuro se incorporen a la vida laboral y con ello ser productivos económicamente, lo que también incidiría de manera positiva.

²¹ Secretaría de Educación Pública, octubre de 2008, [04 de julio de 2019], disponible en: <http://calderon.presidencia.gob.mx/2008/10/el-presidente-calderon-en-la-inauguracion-del-tercer-foro-contra-la-delincuencia-a-quien-le-toca-prevenir-el-delito/>

3. Empleo

La falta de empleo es un detonante de los delitos, sobre todo de los patrimoniales. Si la población no logra acceder a una fuente legal de ingresos, la probabilidad de que opte por alguna ilegal podría ser muy alta.

La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE)²² 2018, refiere que en el año anterior se cometieron 9.5 millones de robos o asaltos en la calle o en el transporte público. En el 68% de los casos lo robado fue dinero, tarjetas de crédito y cheques, mientras que un 51.2% de los casos fueron teléfonos celulares.

La ENVIPE también señala que, a nivel nacional, el 64.5% de la población de 18 de años y más considera la inseguridad y la delincuencia como el problema más importante que aquejó a su entidad federativa durante 2017, seguido del aumento de precios con un 36.3% y el desempleo con un 33.2%.

Como se aprecia, las primeras preocupaciones de la población son con relación a su integridad física y patrimonial, el costo de la vida y la fuente de ingresos. En general, todos tienen en común una base económica. Es simple observar y deducir de los datos arrojados por la Encuesta que al no haber empleo la comisión de los delitos relacionados con el patrimonio se eleva.

Precisamente, tratar los problemas de violencia e inseguridad con relación a la generación de empleos es vital para contrarrestarlos. En la medida que la población tenga ingresos económicos suficientes producto de una actividad laboral legal, será la medida de prevenir y reducir la incidencia delictiva.

22 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, página principal del INEGI, [05 de julio de 2019], disponible en; https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

4. Derechos humanos

La relación entre derechos humanos y seguridad pública es de tal magnitud que, inclusive, se puede asegurar que los primeros dependen en lo absoluto de la segunda. Esto es así en virtud de la tutela que la seguridad pública tiene con relación a la integridad física de las personas, pues sólo en la salud y buen desarrollo de la personalidad es que se pueden materializar los derechos humanos.

Por otro lado, a su vez, la seguridad pública al ser una función del gobierno, éste debe garantizar que sus agentes o autoridades con potestad en todo momento deben, precisamente, promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales que nuestro país haya suscrito y ratificado.

Al respecto, Antonio Díaz Piña refiere que la seguridad pública es un derecho humano a la luz de dos perspectivas:²³ 1. La perspectiva histórica hace énfasis a que la seguridad personal es algo ancestral del ser humano como parte de una necesidad vital para poder vivir y desarrollarse; 2. La perspectiva jurídica, la cual aborda la regulación formal de la seguridad pública a través de la norma positiva, ya sea en el ámbito de la legislación interna o nacional o de la legislación externa o internacional con base a los tratados suscritos y ratificados por nuestro país.

La función principal del Estado es garantizar la seguridad y ante tal responsabilidad se legitima el otorgamiento de todo lo indispensable para cumplir con ello. Es de aclarar que la seguridad que brinda el Estado es de diversos tipos; es decir, existen diferentes modalidades de ella. El doctor Jorge Fernández Ruíz refiere que estas son: la jurídica, la pública, la ciudadana, la nacional, la internacional y la social.²⁴

23 Cfr DÍAZ PIÑA, Antonio, *El Derecho Humano a la Seguridad Pública*, México, UNAM Azcapotzalco, 2015, pp. 129-139.

24 Cfr FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Seguridad Pública Municipal*, México, FUNDAPO, 2003, págs. 27-36

Para efectos de este trabajo interesa ahondar en las primeras dos modalidades de seguridad; por un lado, porque la jurídica habría que considerarla como presupuesto de los demás tipos de seguridad, pues con base a ésta obtienen su fundamento legal. No hay que olvidar que la función principal del Estado es regular la conducta de su población y otorgar certeza jurídica en sus relaciones. La seguridad jurídica es factor determinante tanto del derecho como del Estado, mediante la norma jurídica previamente establecida. Dice el doctor Fernández Ruíz que “Para que haya seguridad jurídica es necesaria la existencia de un orden jurídico que regule la conducta externa humana y para que ese orden sea eficaz deberá ser coercitivo...”,²⁵ lo cual implica el uso de la violencia institucional si fuera necesario. Precisamente, dicho uso de la violencia es a través de los cuerpos de seguridad pública y nacional, para que precisamente se imponga la voluntad de ley aún y en contra de la voluntad de aquél que la ha transgredido.

e) Desarticulación del Sistema Nacional de Seguridad Pública

Si bien es cierto que la clasificación legal de los delitos atiende a los de orden común y federal y, con ello, al establecimiento de jurisdicción y competencia de las autoridades que serán las responsables de atenderlos; en el ánimo de lo establecido en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la cual mandata las labores de coordinación entre los tres órdenes de gobierno, es también responsabilidad de los gobiernos municipales y de los estatales coadyuvar con las autoridades federales para mitigar la comisión de los delitos del orden federal.²⁶

Pero, independientemente de quién de los tres órdenes de gobierno de nuestro país sea el responsable de prevenir, combatir y sancionar los delitos, lo claro es que es la población local, ya sea de los municipios o de las alcaldías en el caso de la Ciudad de México, la que sufre en carne propia las consecuencias de la violencia y la delincuencia.

²⁵ *Ídem*

²⁶ Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicado en el portal de la Cámara de Diputados, última reforma aplicada el 27 de mayo de 2019.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

La naturaleza constitucional de la seguridad pública en México es de corresponsabilidad legal entre los tres órdenes de gobierno; es decir, de distribución de competencias sobre la misma materia. Esto está regulado a nivel secundario por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la cual va a mandar la coordinación entre la federación, los estados y los municipios para llevar a cabo esta función.

El grave problema es que la coordinación establecida en la ley, no ha dado los resultados esperados a nivel operativo y tampoco a nivel de acuerdos para establecer políticas públicas verticales y transversales que aminoren la problemática en la materia.

A nivel operativo resulta, precisamente, que las autoridades locales, y muy particularmente las municipales, deberían asumir cierta participación y por ello responsabilidad, inclusive, en sobre la prevención y combate de los delitos, ya que la coordinación operativa pretende esa vinculación entre todas las fuerzas del orden de nuestro país. En los hechos, es común enterarse que las autoridades municipales quedan totalmente rebasadas por el crimen, ya cuantitativa como cualitativamente.

Por otro lado, con relación a la coordinación entre los tres niveles de gobierno, en realidad la relación es de subordinación de las autoridades locales a las federales, donde la policía federal, y más el ejército y la marina asumen el liderazgo en las acciones.

En general el Sistema Nacional de Seguridad Pública ha fracasado a pesar de los grandes presupuestos e incrementos que cada año se han otorgado (para 2019 fue de 144,809.7 millones de pesos).²⁷

Es fundamental que se responsabilice a quien por omisión esté incumpliendo con el mandato constitucional de garantizar la seguridad de la población. Históricamente se ha responsabilizado al gobierno federal de los problemas de inseguridad en el país; sin embargo, tanto

²⁷ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, [05 de julio de 2019], disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/fondo-de-aportaciones-para-la-seguridad-publica-fasp>

presidentes municipales como gobernadores son igual de responsables, por lo que también se les tiene que exigir y ellos a su vez de manera irrestricta deben cumplir con dicha obligación.

f) Legitimidad social de las autoridades

Comparando los cuatro primeros meses de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, en términos generales, se ha presentado un incremento en la comisión de los delitos del orden común en todo el país, esto según cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP).

Es de destacarse que las cifras de incidencia delictiva mostradas por el SESNSP sólo refieren la comisión de presuntos delitos registrados en averiguaciones previas o carpetas de investigación iniciadas en las agencias del ministerio público y reportadas por las Procuradurías Generales de Justicia y Fiscalías Generales de las 32 entidades federativas, instancias responsables de la veracidad y actualización de las cifras.

Lo anterior es muy riesgoso puesto que abre la posibilidad a que haya errores u omisiones, ya sea a nivel de agencia del ministerio público, de procuraduría o fiscalía; además, dichas cifras no hacen alusión a la llamada “cifra negra”; es decir, todos aquellos delitos que en realidad se han cometido en el país, pero no se denunciaron, motivado esto, tal vez, por la desconfianza hacia las instituciones de procuración de justicia.

Como se podrá apreciar en las siguientes cifras publicadas por el propio SESNSP, la incidencia delictiva ha incrementado y en algunos delitos el problema ha sido exponencialmente preocupante:

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

Delitos	Cifra 1er cuatrimestre 2019
Contra la vida y la integridad corporal	78,794
Contra la libertad personal	6,708
Contra la libertad y seguridad sexual	15,933
Contra el patrimonio	337,547
Contra la familia	71,681
Contra la sociedad	3469
Contra otros bienes jurídicos afectados	138,955
Delitos	Cifra 1er cuatrimestre 2018
Contra la vida y la integridad corporal	76,845
Contra la libertad personal	5,620
Contra la libertad y seguridad sexual	12,578
Contra el patrimonio	334,745
Contra la familia	69,887
Contra la sociedad	2,011
Contra otros bienes jurídicos afectados	120,701
Delitos	Cifra 1er cuatrimestre 2017
Contra la vida y la integridad corporal	76,217
Contra la libertad personal	5,296
Contra la libertad y seguridad sexual	11,501
Contra el patrimonio	323,905
Contra la familia	64,110
Contra la sociedad	2,222
Contra otros bienes jurídicos afectados	115,101
Delitos	Cifra 1er cuatrimestre 2016
Contra la vida y la integridad corporal	66,988
Contra la libertad personal	4,254

Contra la libertad y seguridad sexual	10,966
Contra el patrimonio	260,227
Contra la familia	60,563
Contra la sociedad	1,488
Contra otros bienes jurídicos afectados	103,490
Delitos	Cifra 1er cuatrimestre 2015
Contra la vida y la integridad corporal	70,540
Contra la libertad personal	3,842
Contra la libertad y seguridad sexual	9,998
Contra el patrimonio	265,555
Contra la familia	48,083
Contra la sociedad	1,806
Contra otros bienes jurídicos afectados	99,399

Las cifras muestran que no se ha logrado tener éxito en la materia, lo cual ha mermado la confianza ciudadana en las instituciones encargadas de la seguridad pública. Desde luego que esto está relacionado con los temas de corrupción e impunidad, los cuales en conjunto con la ineficacia policial afectan de manera significativa la legitimidad de estas corporaciones.

g) Carencia de un organismo rector fortalecido

La seguridad pública se rige a través de un sistema nacional, lo que implica la coordinación entre todas las instituciones en materia de seguridad y procuración. Es decir, intervienen todas las dependencias del orden local y federal encargadas de la seguridad pública o ciudadana, de la procuración de justicia, del sistema penitenciario, así como el ejército y la marina.

Todas esas instituciones se articulan por el Secretariado Ejecutivo Nacional de Seguridad Pública. Este es el órgano operativo del Sistema

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

y goza de autonomía técnica, de gestión y presupuestal. Cuenta con los Centros Nacionales de Información, de Prevención del Delito y Participación Ciudadana, así como de Certificación y Acreditación.

Las atribuciones más importantes del Secretariado son:

- Formular propuestas para el Programa Rector de Profesionalización;
- Verificar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, los convenios generales y específicos en la materia, así como las demás disposiciones aplicables e informar lo conducente al Consejo Nacional de Seguridad Pública;
- Proponer los criterios de evaluación de las instituciones de seguridad pública en los términos de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública;
- Preparar la evaluación del cumplimiento de las políticas, estrategias y acciones del Sistema en los términos de Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública;
- Presentar al Consejo Nacional los informes de las conferencias nacionales, para el seguimiento de los acuerdos y resoluciones que se adopten en las mismas;
- Colaborar con las instituciones de seguridad pública que integran el Sistema, para fortalecer y eficientar los mecanismos de coordinación; en especial en el impulso de las carreras ministerial, policial y pericial;
- Integrar los criterios para la distribución de los fondos de seguridad pública y someterlos a la aprobación del Consejo, en términos de las disposiciones legales aplicables;
- Gestionar ante las autoridades competentes, la ministración de los fondos de seguridad pública, de conformidad con los criterios aprobados por el Consejo y las demás disposiciones aplicables;
- Supervisar, en coordinación con las demás instancias competentes,

la correcta aplicación de los recursos de los fondos por las entidades federativas y por los municipios;

- Elaborar y someter a consideración del Consejo Nacional, opinión fundada y razonada por la que se recomiende la remoción de los titulares de las instituciones de seguridad pública;
- Presentar quejas o denuncias ante las autoridades competentes por el incumplimiento de la Ley, los acuerdos generales, los convenios y demás disposiciones aplicables, así como por el uso ilícito o indebido de los recursos a que se refiere el artículo 142 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, e informar al respecto al Consejo Nacional;

Tales atribuciones son muy importantes, las cuales significan en sí mismas la viabilidad del Sistema Nacional. Por ello, en el caso de que tenga continuidad el Sistema, es necesario fortalecer al Secretario Ejecutivo; es decir, dotarlo de plena autonomía constitucional para logra mayor objetividad e imparcialidad.

V. Propuestas

Abordar la problemática de violencia e inseguridad desde el municipio puede ser muy favorable, pues es en su territorio y en su población donde se detonan, aunado a una sólida política de prevención desde ese ámbito de gobierno pudiera favorecer significativamente no sólo a la prevención de los delitos del fuero común, sino también a la de los del fuero federal.

Colocar al municipio en un principal papel de importancia en cuanto a la implementación de políticas públicas dentro del contexto nacional definitivamente ayudaría a contrarrestar muchas de las dificultades que se padecen.

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

Es fundamental saber la realidad de cómo están las instituciones de seguridad pública municipal en cuanto a cada uno de los procesos del llamado desarrollo policial y, con ello, también es necesario contar con un diagnóstico que muestre lo que está sucediendo con sus servidores públicos. La fiscalización, la rendición de cuentas y la participación ciudadana tienen que ser una realidad y no sólo una aspiración.

Valorar la ampliación de la gestión de las administraciones municipales pudiera ser significativo para la concreción de políticas públicas de mediano y largo plazo, ya que los tres años con los que cuentan son insuficientes para alcanzar dicho objetivo.

Otra opción es repensar la idea del mando único policial. En términos generales, se debiera suprimir a las policías municipales y establecer un solo mando liderado por el gobierno estatal, lo que permitiría mayor control sobre la corporación.

Algunos beneficios del mando único policial son los siguientes:

1. Concentración del presupuesto en una sola corporación policial.
2. Mayor eficacia de las instrucciones por parte del mando.
3. Homologación respecto del desarrollo policial, protocolos, uniformes, equipo, instalaciones, entre otros.
4. La responsabilidad social, política y jurídica sería mayormente determinable.
5. Mayor facilidad para la participación ciudadana, rendición de cuentas y fiscalización.
6. Fortalecimiento al combate a la corrupción e impunidad dentro de las corporaciones.
7. Incremento del estado de fuerza.
8. Fortalecimiento de la implementación de políticas públicas.
9. Legitimidad social.
10. Disminución de las adicciones, la violencia y la delincuencia.

Al respecto, es importante recordar que la seguridad pública se compone de las siguientes acciones: la prevención, la persecución e investigación de los delitos y la sanción. Para no contravenir el marco constitucional y con ello las atribuciones del municipio en la materia, se puede considerar dejar la acción de prevención y proximidad social a las policías municipales y respecto de las acciones de combate darlas por completo a las instituciones estatales y federales.

Finalmente, otra propuesta es dotar de autonomía constitucional al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública para lograr mayor objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus atribuciones.

VI. Conclusiones

1. El concepto de seguridad pública que se desprende de la Constitución comprende tres elementos fundamentales: a. La función de corresponsabilidad de los tres órdenes de gobierno; b. Los bienes jurídicos tutelados como la vida, las libertades y el patrimonio de las personas, y c. El carácter teleológico vinculado al orden público y la paz social.
2. Se ha transitado del concepto de seguridad pública al de seguridad ciudadana; si bien ambos pudieran compartir la misma naturaleza jurídica y los mismos fines, esta última se caracteriza por redimensionar los derechos humanos, además le da una significativa importancia a la participación ciudadana, lo cual se tiene que adoptar no sólo como un derecho, sino también como una obligación insoslayable que contribuya para prevenir la violencia, la delincuencia, las adicciones y los tratos discriminatorios
3. Por lo que se refiere al marco normativo, el año 2019 ha sido significativo por la reforma constitucional y la nueva legislación en materia de seguridad pública, sobre todo por la creación de la Guardia Nacional en el artículo 21 constitucional; la Ley de la Guardia Nacional,

La seguridad pública en México

Septiembre 2019

la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, la Ley Nacional del Registro de Detenciones y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

4. La Guardia Nacional es una institución policiaca de carácter civil, adscrita a la ahora Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana federal, que el gobierno implementa en respuesta al reclamo de seguridad y por la ineficacia de las instituciones policiales en algunos municipios y Estados del país. El objetivo de su implementación es contar con una institución de carácter civil, profesional y desmarcada de la corrupción.

5. En la problemática actual, en nuestro país existen temas en materia de seguridad pública que urge ser atendidos, tales como la incapacidad institucional, la distribución adecuada del recurso económico, la continuidad de políticas públicas en la materia, la implementación de políticas públicas transversales, la desarticulación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la legitimidad social de las instituciones policiales y la carencia de un organismo rector fortalecido.

6. Son varias las propuestas para la posible solución a la problemática de seguridad pública antes planteada, entre ellas: se propone colocar al municipio en un papel de importancia en cuanto a la implementación de políticas públicas de seguridad dentro del contexto nacional; contar con un diagnóstico que muestre lo que está sucediendo con sus servidores públicos, principalmente los que se encuentran relacionados con tareas de seguridad pública; con una eficiente fiscalización y rendición de cuentas; con una participación ciudadana activa y con la ampliación del tiempo de duración de las administraciones municipales; repensar la idea del mando único policial; así como dotar de autonomía constitucional al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, para lograr mayor objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus atribuciones.

VII. Bibliografía

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario militar (aeronáutico, naval y terrestre)*, Bueno Aires, ed. Claridad, 1993.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional, Hechos y Derechos*, [en línea], núm. 49, enero-febrero 2019, [27 de junio de 2019], disponible en; <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13081/14574>

DÍAZ PIÑA, Antonio, *El Derecho Humano a la Seguridad Pública*, México, UNAM Azcapotzalco, 2015.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Seguridad Pública Municipal*, México, FUNDAPO, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, [en línea], Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, [24 de junio de 2019], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>

PEÑALOZA, Pedro José (Coord.), *Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, México, Porrúa, 2006.

RABASA GAMBOA, Emilio coord., *El marco jurídico de la seguridad pública en México*, México, Porrúa, 2012.

RAMÍREZ, Teresita, SOBERÓN Guillermo y otros, *La Violencia como un Grave Problema de Salud Pública*, Fundación Mexicana para la Salud, A.C., Libro Caleidoscopio de la Salud [en línea], [03 de julio de 2019], disponible en: <http://funsalud.org.mx/portal/linea-editorial/libros->

manuales-y-boletines/economia-y-salud/articulos-en-revistas/

ROBLES MORCHON, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, ed. Coyoacán, 2014.

Otras fuentes

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informes Especiales Adolescentes: Vulnerabilidad y Violencia (CNDH y CIESAS)*, [04 de julio de 2019], disponible en;

http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Informe_adolescentes_20170118.pdf

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia o Unicef, *Agenda de la Infancia 2019-2014*, [04 de julio de 2019], disponible en;

<https://www.unicef.org/mexico/media/306/file/agenda%20de%20la%20infancia%20y%20la%20adolescencia%202019-2024.pdf>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, página principal del INEGI, [05 de julio de 2019], disponible en;

https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*, 25 de septiembre 2018, [27 de junio de 2019], disponible en;

http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *Primera Encuesta Nacional de Estándares y Capacitación Profesional Policial (ENECAP)*. Comunicado de prensa núm. 548/2018, 12 de noviembre de 2018, [27 de junio de 2019], disponible en;

<https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/ENECAP2017.pdf>

Ley de Seguridad Nacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005, última reforma aplicada el 26 de diciembre de 2005.

Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 02 de enero de 2009, última reforma aplicada el 27 de mayo de 2019.

-----, publicado en el portal de la Cámara de Diputados, última reforma aplicada el 27 de mayo de 2019.

Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, diciembre de 2009, [24 de junio de 2019], disponible en; <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, página principal del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, [24 de junio de 2019], disponible desde: www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/crisis-prevention-and-recovery/IssueBriefCitizenSecurity.html

Programa Sectorial de la Defensa Nacional 2013-2018, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de diciembre de 2013, [24 de junio de 2019], disponible en; http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5326566&fecha=13/12/2013

Secretaría de Educación Pública, 2008, [04 de julio de 2019], disponible en; <http://calderon.presidencia.gob.mx/2008/10/el-presidente-calderon-en-la-inauguracion-del-tercer-foro-contra-la-delincuencia-a-quien-le-toca-prevenir-el-delito/>

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, [05 de julio de 2019], disponible en; <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/fondo-de-aportaciones-para-la-seguridad-publica-fasp>

PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES

Hasuba Villa Bedolla

SUMARIO:

I. Introducción

II. Génesis de la concepción de los derechos humanos

III. Internacionalización de los derechos sociales

IV. Los derechos sociales en la Constitución mexicana

V. Análisis comparativo de los derechos sociales

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía

VIII. Índice de abreviaturas

Q uórum **127** Legislativo

Septiembre 2019

I. Introducción

Los seres humanos somos y debemos vivir siendo iguales en libertad y derechos, por tanto, saber qué hay detrás de ellos, su génesis, reconocimiento, adopción y la razón de su contenido se convierten en parámetros válidos para el estudio de los derechos humanos (DDHH).

Resulta innegable y evidente que a partir de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia, existe una aceptación y reconocimiento generalizado sobre éstos, lo cual se ha reflejado en el contenido de múltiples documentos constitucionales e instrumentos internacionales. Es así que la denominación de los DDHH se ha vuelto un término cotidiano del cual se asume su significado llegando a ser usado de manera indiscriminada, concretamente, aun cuando se supone un aparente consenso en la aceptación y relevancia del contenido fundamental de éstos; también se presume una falta de acuerdo ante la utilización de conceptos que se refieren a dicha materia, esto es, el uso de locuciones como “derechos individuales”, “derechos subjetivos”, “garantías constitucionales”, “libertades fundamentales”, “derechos del hombre” o “derechos esenciales”, entre otros, lo que se vuelve motivo de confusión y de usos equívocos que llevan a una significación distinta que depende de tiempo y espacio.

Por tanto, los DDHH encierran una profunda dimensión antropológica que se encuentra de manera inicial en el sentido del concepto de estos y posteriormente, a partir del reconocimiento jurídico y social de la singularidad de cada ser humano y de su pertenencia a un territorio, una cultura y una familia.

De esta forma, al colocar al individuo en el centro de atención del estudio de los DDHH, la obligación del Estado frente a la protección y garantía de los derechos del individuo se ha vuelto un asunto prioritario. Por lo que los Estados deben asumir deberes al respecto,

no sólo al interior, frente a su propia población, sino también frente a la comunidad internacional, con lo que se reafirma el hecho de que el Estado existe para el individuo, y no en sentido contrario, ya sea a partir de disposiciones constitucionales internas o mediante normas de carácter internacional que establecen obligaciones de los Estados como parte de la comunidad internacional.

Ahora bien, de manera general se entienden a los DDHH como los atributos, prerrogativas y libertades que se le reconocen a un ser humano por el simple hecho de serlo, indispensables para una vida digna. Sin ellos no es posible un desarrollo civilizado de personas y de pueblos en el que prevalezcan la libertad, el respeto al derecho del otro, la justicia, la equidad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, bajo la forma de clasificación de los DDHH conocida y agrupada por generaciones, en la que se toma en cuenta su protección progresiva, podríamos afirmar que la primera generación, en la que se agrupan los derechos fundamentales del ser humano, tiene un grado de madurez mayor o de progresividad, respecto de las otras generaciones. Por lo tanto, la presente investigación busca contribuir al estado del conocimiento de la segunda generación, así como a la posibilidad de fortalecimiento de la exigibilidad de las obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Al hablar de los DESC es importante ubicarlos históricamente y partir del surgimiento de éstos hasta la actualidad, por lo que la primera parte de la investigación estudiará lo relativo a la génesis y la ubicación de los DESC dentro del devenir histórico. Una vez establecido el contexto, se estudian las perspectivas constitucionales de los DESC, considerando que éstos implican un entramado complejo entre las obligaciones estatales y el poder jurídico que posee el individuo como titular de esos derechos para hacerlos valer.

Para el estudio de los DESC se toma el caso de los derechos sociales, para lo cual se establece un apartado sobre la constitucionalización de éstos en México, lo que determina la pauta para que se estudie de manera comparativa el reconocimiento de los derechos sociales a

Septiembre 2019

partir de los tratados de derechos humanos que ha ratificado el Estado mexicano.

El estudio, desde el enfoque constitucional, permitirá determinar el grado de obligación que ha asumido el Estado para tornar efectivos los señalados derechos ya sea en la Constitución Política, en la legislación interna o mediante la ratificación y adopción de tratados de DDHH que reconocen los DESC.

II. Génesis de la concepción de los derechos humanos

El concepto de DDHH es universal e incluyente, son necesarios para todas y cada una de las personas, tanto en lo individual como en lo colectivo, en el marco de la situación histórica, temporal y cultural que rodea su convivencia.

Actualmente, existe cierto consenso en definir a los DDHH como aquellos que son inherentes a todos los seres humanos, es decir, que por su naturaleza son inseparables de las personas,¹ sin distinción de sexo, nacionalidad, religión, o de cualquier otro tipo. Sin embargo, es importante señalar que, aunque dicho concepto surgido desde el *ius naturalismo*, parecería inalterable, el contenido de los DDHH ha sido dinámico desde su nacimiento, pues a la par de ciertos acontecimientos históricos ha ido perfeccionándose o complementándose, hasta llegar a lo que hoy tenemos por derechos humanos. Nos encontramos pues, ante un proceso inacabado de reconocimiento y tutela de los derechos.

Dichos sucesos que han sido claramente identificados por los estudiosos de los DDHH, están vinculados al nacimiento del Estado constitucional que surge como una forma de hacer frente al poder absoluto en Gran

1 La Real Academia Española define el término inherente como: Del lat. *inhaerens*, -*entis*, part. pres. act. de *inhaerere* estar unido'. 1. adj. Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=Lba6iN1>

Bretaña, Francia y en Estados Unidos de América y a los documentos que les dieron sustento: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en donde se plasmaron los que hasta entonces eran considerados derechos naturales.

En un segundo momento, los Estados recogieron los derechos reconocidos en los citados documentos, con lo que éstos dejaron de ser aspiraciones filosóficas y se convirtieron en derechos exigibles frente al poder público.²

En la última etapa, que se inaugura en 1948 con la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos de Humanos*, los derechos, muchos de los cuales habían sido previamente incorporados a las constituciones de los Estados, son reconocidos por una autoridad supranacional representada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, con lo que

*... tienden a ser reconocidos no ya solamente en el ámbito del Estado, sino también **contra el Estado mismo**, es decir, tienden a una protección que se podría llamar de segundo grado, la cual debería entrar en funcionamiento cuando el Estado dejase de cumplir sus obligaciones constitucionales en las relaciones con sus sujetos.*³

Siguiendo a Peces-Barba, a partir de los citados acontecimientos se puede hablar de una evolución de los DDHH, enmarcada en cuatro procesos muy puntuales: de positivación, de generalización, de internacionalización y de especificación”.⁴

2 Vid. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 68.

3 *Ibidem*, p. 39

4 PECES-BARBA, Gregorio, prólogo a *El tiempo de los derechos* de Norberto Bobbio, *Op. Cit.*, p. 10.

a) Positivación de los DDHH

Como ya se mencionó, la incorporación de los DDHH en el derecho positivo se dio en el siglo XVII en Gran Bretaña; en el siglo XVIII en las colonias inglesas de Norteamérica; y en 1789 en Francia. Es importante señalar que en estos instrumentos se positivaron únicamente ciertos derechos, los cuales en ese entonces resultaban relevantes para el tránsito del Estado absolutista al liberal, como son las garantías procesales.

Así, en la Declaración de Derechos del 13 de febrero de 1689,⁵ se encuentran diversos derechos fundamentales ideados para limitar el poder del rey, entre éstos: la prohibición expresa al rey de dispensar las leyes o ejecutarlas sin consentimiento del parlamento, incluyendo la recaudación de impuestos para el uso de la Corona; se prohíbe exigir fianzas o imponer multas excesivas, así como infligir castigos crueles. Como puede apreciarse, en la Declaración de Derechos inglesa prevalece el principio de legalidad, es decir, el derecho a la seguridad jurídica.

Por otra parte, en los Estados Unidos de América, los DDHH fueron positivados en dos relevantes documentos: *Declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia* de 12 de junio de 1776;⁶ y la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, del mismo año.

En la *Declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia*, se establece que todos los hombres son libres y que tienen ciertos derechos innatos de los que no pueden ser privados, estos son: el goce de la vida y de la libertad, los medios de adquirir y poseer la propiedad y de obtener la felicidad y la seguridad; la prohibición de suspender las leyes o su ejecución sin contar con el consentimiento de los representantes del pueblo; se establecen los derechos de los acusados; la prohibición de

5 *La Declaración de Derechos (The Bill of Rights)*, (13 de febrero de 1689), [10 de abril de 2019] disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>.

6 *Declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia* [10 de abril de 2019], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

imponer multas excesivas y castigos crueles o inusitados ; así como la libertad de prensa y del libre ejercicio de la religión.

En la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* de 1776,⁷ se establece que todos los hombres son iguales, dotados de ciertos derechos inalienables, entre éstos: la vida y la libertad.

Aunque en 1787 se publicó la *Constitución de los Estados Unidos de América*, no es sino hasta 1791,⁸ cuando fueron ratificadas y añadidas las diez primeras enmiendas, destacándose las siguientes: libertad de religión, de palabra y de imprenta; prohibición de aprehensiones arbitrarias; derecho a un juicio rápido, público y por un jurado imparcial; reconocimiento de que los derechos contenidos en la Constitución no son los únicos con los que cuenta “el pueblo”.

Finalmente, en 1789 la Asamblea Nacional francesa aprobó la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*,⁹ en cuyo preámbulo se asienta la razón de ser de la positivación de los DDHH: Los representantes del pueblo francés [...] han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes [...]

En el artículo 2º se establece que el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, los cuales son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

La *Declaración* fue concebida como el preámbulo de la Constitución francesa de 1791 y es considerada el parteaguas del constitucionalismo moderno, ya que en ella existe una evidente interdependencia *entre la parte dogmática y la parte orgánica de que constan las Constituciones modernas [...] Por ello, es que se ha hecho notar que la Declaración*

⁷ *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* [10 de abril de 2019], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf

⁸ *Constitución de los Estados Unidos de América*, [10 de abril de 2019], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf

⁹ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, [10 de abril de 2019], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_huma.pdf

Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.
Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

contiene dos categorías de derechos: los derechos del hombre y los derechos de la nación.¹⁰

En el artículo 16 se encuentra la sentencia que fundamenta la positivación de los derechos humanos, hasta nuestros días: *Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.*

b) Generalización de los DDHH

Cuando se habla de generalización de los DDHH se hace referencia a una ampliación tanto de los titulares como de los derechos¹¹ producto del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales que dieron a su vez cabida a la transición del Estado liberal al Estado social, explicado por *el paso del sufragio censitario al sufragio universal y el reconocimiento del derecho de asociación, supondrán la incorporación de la clase trabajadora al sistema parlamentario representativo, y esa integración a su vez generará un nuevo tipo de derechos [...].*¹²

Los instrumentos jurídicos representativos de esta etapa son, por supuesto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y la Constitución de la República Federal Alemana (Constitución de Weimar) de 1919, en los que se buscó proteger ya no los derechos individuales sino, de manera específica los derechos colectivos. En estos instrumentos se incluyeron derechos agrarios, laborales y educativos, que más tarde fueron replicados en los textos constitucionales de otros países, dando paso también a un nuevo derecho constitucional.¹³

10 PANTOJA MORÁN, David, *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución*, México, UNAM-ILJ, Serie Estudios Jurídicos, núm. 303, 2017, pp. 64-65

11 ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., La historia de los derechos humanos, en: *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, España, Universidad Nacional de Andalucía, 2000, p. 74

12 PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, p. 18, [15 de abril de 2019], disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30043495.pdf>

13 SAYEG HELÚ, Jorge, *Vid El Constitucionalismo Social Mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986)*, México, UNAM-Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987, T. II, pp. 387-415

c) Internacionalización de los DDHH

Este proceso surgió al término de la Segunda Guerra Mundial y se caracteriza por una protección que abarca la totalidad de los derechos; una protección continua o permanente, cuyo control o vigilancia es ejercido por organismos internacionales que son más estables; y finalmente, una protección supranacional que implica que el Estado debe cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente aún en contra de su voluntad.¹⁴

El documento insigne de la internacionalización de los DDHH es la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la cual es considerada la norma general en materia de derechos humanos, pese a que no es un instrumento jurídicamente vinculante. En la *Declaración* se encuentra la primera referencia a los derechos humanos, y se establecen además derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, lo cual daría lugar a que casi 20 años después de la elaboración de la *Declaración Universal*, en 1966 se proclamaran el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP)¹⁵ y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC)¹⁶ que, junto con sus respectivos protocolos facultativos, desarrollan de manera específica los derechos enunciados. En conjunto, estos instrumentos integran la *Carta Internacional de Derechos Humanos*.

d) Especificación de los DDHH

Como complemento de la *Carta Internacional de Derechos Humanos*, se han proclamado diversos instrumentos que de manera específica buscan proteger a las personas que se encuentran en una situación de desventaja o discriminación. Dicha situación puede derivar de

¹⁴ RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Jesús, *Las Declaraciones Francesa y Universal de los Derechos Humanos*, en *Bicentenario de la Revolución francesa*, México, IJ-UNAM, 1991, pp. 207

¹⁵ El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* entró en vigor el 23 de marzo de 1976, [16 de abril de 2019], disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

¹⁶ El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* entró en vigor el 3 de enero de 1976 [16 de abril de 2019], disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

Septiembre 2019

condiciones relacionadas con la edad, sexo, origen étnico u otras. La especificidad de los DDHH es definida por Norberto Bobbio como *el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derecho. Así, respecto al abstracto sujeto hombre se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?*¹⁷

A través de los siguientes instrumentos que son considerados como los tratados básicos en materia de DDHH, se intenta responder a esa pregunta: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT); Convención sobre los Derechos del Niño (CRC); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (conocida como Convención sobre los Trabajadores Migratorios o ICRMW); y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD).¹⁸

Adicional al sistema de protección de los derechos humanos que se fundamenta en la referida Carta de las Naciones Unidas y los tratados señalados, se han conformado tres sistemas regionales: el africano, el europeo y el interamericano. En cada uno de los cuales se han suscrito instrumentos de protección específicos, sobre los que se volverá más adelante.

De esta forma, la evolución de los DDHH se ha convertido en un referente de los propios Estados modernos, al tiempo que permite dar cuenta del progreso del ser humano en paralelo a las instituciones que han sido creadas para su desarrollo y bienestar. Pese a ello, aún se siguen produciendo violaciones a los mismos. Por tanto, revisar el grado de desarrollo y fortalecimiento de los mecanismos de justiciabilidad

17 BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, p. 109

18 *Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios No. 26*, Unión Interparlamentaria y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2016, pp. 47 y 48, [20 de abril de 2019], disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

como una obligación importante de los Estados, permitirá contribuir al desarrollo de éstos, por lo que, para fines de la presente investigación se consideran como caso de estudio, los derechos sociales por su trascendencia al ser los primeros que partieron de la premisa de que los derechos humanos eran para todos, de ahí la importancia de su generalización, pero también por tratarse de aquellos a los que más se les ha cuestionado la posibilidad de su exigibilidad. Toda vez que, como ya quedó asentado, en la primera etapa, los derechos de libertad, igualdad y seguridad eran sí, derechos de los ciudadanos, pero no todas las personas gozaban de ese estatus.

III. Internacionalización de los derechos sociales

México fue uno de los precursores en 1917 del reconocimiento a nivel constitucional de los derechos sociales, lo que supuso un punto de partida para el tratamiento de estos derechos, hecho que sin duda influyó en el ulterior proceso de internacionalización de los mismos, asumiendo que, en principio, dicho reconocimiento no resultó necesariamente en el establecimiento de un Estado social de derecho, lo cual ocurrió más adelante.

Sesenta años después, en 1976 entró en vigor el PIDESC, luego de que fuera depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación, lo cual supuso el compromiso de cada uno de los estados partes en adoptar medidas especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, es decir:

-El derecho al trabajo (artículo 6); al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7); y a fundar sindicatos o afiliarse al de su elección (artículo 8).

Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.
Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

- El derecho a la seguridad social (artículo 9).
- El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11).
- El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12).
- El derecho de toda persona a la educación (artículo 13).

Ese mismo año entró en vigor también el PIDCP, el cual a diferencia del PIDESC, establece con precisión la obligación de los estados partes de dictar las disposiciones legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en él y de garantizar recursos al alcance de las personas cuyos derechos o libertades hayan sido violados.

Es decir, mientras que en el PIDESC parecería que la protección de los derechos sociales queda sujeto a que el Estado cuente con los recursos necesarios al no mandatarse la implementación de mecanismos de justiciabilidad, en el PIDCP la obligación estatal es clara: hacer efectivos los derechos y contar con recursos judiciales accesibles. Esta distinción ha generado la idea de que únicamente los derechos contenidos en el PIDCP pueden ser justiciables, es decir, que el incumplimiento de algunas de las obligaciones que se derivan de los derechos pueden ser reclamados ante un juez,¹⁹ en tanto que los derechos sociales serían meras aspiraciones. No obstante, tal como señalan Abramovich y Courtis, los derechos sociales pueden presentar en su estructura por lo menos una característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de ser violados.

Otra distinción que suele hacerse entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos es que el cumplimiento de estos últimos es factible pues el Estado únicamente debe abstenerse de realizar ciertas conductas; en tanto que los primeros requieren la erogación

¹⁹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 37

de recursos por parte del Estado²⁰ “hasta el máximo de los recursos de que disponga”.

Sin embargo, el papel del Estado respecto de los derechos civiles y políticos no es únicamente de abstención, pues tiene también la obligación de vigilar:

*... que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida [...] Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos y no la mera abstención del Estado.*²¹

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) en la Observación General No. 3 señala que los Estados partes tienen obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, pues, aunque en el PIDESC se menciona una realización progresiva considerando las restricciones económicas, también se imponen diversas obligaciones inmediatas. Estas son: la de garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto sin discriminación alguna por los motivos que en él se enuncian; y la de adoptar medidas para lograr progresivamente, la plena efectividad de éstos. Estas medidas deben ser específicas y estar orientadas hacia la satisfacción de las obligaciones que han sido reconocidas en el PIDESC y no se agotan en las de carácter legislativo.²²

Adicional al PIDESC, el cual como mecanismo universal obliga a los 169 Estados partes que lo han ratificado a su cumplimiento, dentro de los tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos, es decir, el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema

²⁰ *Vid, Op. Cit.*, p. 21

²¹ *Ibidem*, p. 24

²² *Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto período de sesiones, 1990, [5 de mayo de 2019], disponible en: https://conf-dts.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#-GEN3

Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.
Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

Africano, también se considera la protección de los derechos sociales. En el Sistema Interamericano, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*²³ establece en el Capítulo Primero los siguientes derechos sociales: a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI); a la educación (artículo XII); al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV); y a la seguridad social (artículo XVI). Mientras que el artículo 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José),²⁴ de manera similar al PIDESC, señala que los Estados partes deben adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de éstos derechos, *en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*.

En el mismo Sistema, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”*²⁵ es el instrumento en el que, 20 años después se desarrollaron los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, mientras que los derechos civiles y políticos formaron parte íntegra de la *Convención Americana*.

En el *Protocolo de San Salvador*, además de *considerar el máximo de los recursos disponibles*, como una limitante para lograr la plena efectividad de los derechos sociales por parte del Estado, se incorpora *el grado de desarrollo* de cada Estado parte. Los derechos sociales que desarrolla el *Protocolo Adicional* son: derecho al trabajo; derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; derechos sindicales; derecho a la salud; a la alimentación y el derecho a la educación.

23 *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá Colombia, en 1948 [6 de mayo de 2019], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

24 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, [6 de mayo de 2019], disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

25 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador*, adoptado en San Salvador, El Salvador en 1988, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, [6 de mayo de 2019], disponible en: <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf>

La Carta Social Europea (revisada) de 1996²⁶ es el instrumento en el que en el Sistema Europeo de protección de los derechos humanos, se garantiza el disfrute de, entre otros, los siguientes derechos sociales: al trabajo; a unas condiciones de trabajo equitativas; a la seguridad e higiene en el trabajo; a una remuneración equitativa; a la protección de la salud; a la seguridad social; a la asistencia social y médica; a los beneficios de los servicios sociales; a la educación; y a la vivienda.

Finalmente, en el Sistema Africano, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* también conocida como la *Carta de Banjul*,²⁷ los derechos sociales reconocidos son: al trabajo, a la salud y a la educación.

Es importante señalar que, ni en la *Carta Social Europea (revisada)*, ni en la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, se retoma lo señalado en el PIDESC –como sí lo hace el *Protocolo de San Salvador* – respecto de que los Estados partes puedan adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que dispongan”. En el Sistema Europeo las Partes reconocen que el objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados será el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos; en tanto que, en la *Carta de Banjul*, los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otra índole sin considerar ninguna limitante en las obligaciones derivadas de la *Carta Africana*.

26 La *Carta Social Europea (revisada)* de 1996 es el instrumento único en el que se incorporaron todos los derechos que habían sido garantizados por la *Carta* de 1961, su Protocolo adicional de 1988 y agrega nuevos derechos y enmiendas adoptados por las Partes. Está reemplazando gradualmente a la *Carta Social Europea* de 1961 [17 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>

27 La *Carta de Banjul* fue aprobada el 27 de julio de 1981 en Nairobi, Kenya [17 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.te.gob.mx/Defensoria/media/pdf/c85d7c6c569f0d9.pdf>

Septiembre 2019

IV. Los derechos sociales en la Constitución mexicana

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) promulgada en 1917, recogió en su articulado algunas de las demandas más importantes realizadas por trabajadores y campesinos derivadas de la Revolución Mexicana. El contenido de dichos artículos le valió un lugar en el mundo como la primera declaración constitucional de derechos sociales, distintos éstos de los derechos individuales que hasta entonces habían sido reconocidos, es decir: libertad, igualdad, seguridad y propiedad. Los derechos sociales plasmados en la Constitución de 1917 buscaban proteger

*... a los grupos sociales más débiles, a los que históricamente han vivido oprimidos. Es una declaración dinámica, con fuerza impositiva. Quiere que el trabajador y el campesino lleven una vida digna. La idea es asegurar esos mínimos jurídicos para que, basados en ellos, estos grupos sociales logren nuevas y abundantes conquistas.*²⁸

Los artículos que propiamente contenían derechos sociales en la Carta Magna original fueron cuatro: el 3º relativo a la educación gratuita; el 4º sobre la libertad de trabajo (actualmente contenida en el artículo 5º); el 27 sobre derecho de propiedad; y el 123 que desarrolló de manera importante los derechos laborales.

Sin embargo, la positivación de estos derechos no se tradujo en el cambio hacia un Estado social de derecho, *pues más que el reconocimiento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la carta magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados.*²⁹

28 CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, en *El Constitucionalismo Social Mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986)*, Op. Cit., p. 322

29 CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2011, p. 812.

No fue sino hasta pasada la Segunda Guerra Mundial que se observa en distintos textos constitucionales la intención de garantizar el ejercicio de los derechos sociales. En este sentido, el instrumento insigne del cambio de paradigma es la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* de 1949,³⁰ cuyo primer artículo señala que los derechos fundamentales enunciados en ella vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial *como derecho directamente aplicable*, y, de acuerdo con el artículo 19, en caso de existir alguna vulneración a esos derechos de parte del poder público, se podrá recurrir a la vía judicial, *si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios*.

En nuestro país, además de los derechos sociales del texto original de 1917, se han ido incorporando y desarrollando otros, tal es el caso de los derechos a la vivienda, a la protección de la salud y a la alimentación.

Aunado a lo anterior, desde 1981 México se adhirió al PIDESC, por lo que, como Estado parte está obligado a su cumplimiento,³¹ sin embargo, al no haber signado el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, desconoce la competencia del CESCR para recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de sus derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Dicha omisión además de impactar de manera directa en el ejercicio de los derechos consagrados en el PIDESC, exime de la atención de las recomendaciones realizadas a México por el organismo.

También, a partir de 1999 y luego de la entrada en vigor para México del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, nuestro país está obligado como Estado parte a adoptar las medidas necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos que ahí se reconocen.

³⁰ *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, [20 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

³¹ El PIDESC entró en vigor para México a partir del 23 de junio de 1981.

Septiembre 2019

Como se verá en el siguiente apartado, estos esfuerzos históricos del Estado mexicano de comprometerse en el reconocimiento de los derechos sociales, no se ha traducido en garantizar su justiciabilidad y exigibilidad.

V. Análisis comparativo de los derechos sociales

Dentro de este apartado se analizará la protección de los derechos sociales enunciados en la CPEUM al margen de su evolución, tomando como referencia los apartados anteriores, lo que en algunos casos incluso ha implicado una protección más amplia que la mandatada por los instrumentos internacionales.

Derecho a la educación

En el último párrafo del artículo 3º de la CPEUM de 1917 se incorporó la obligatoriedad del Estado mexicano de proporcionar gratuitamente la enseñanza primaria, con ello, se perfiló la educación como un derecho social, al considerar al Estado como un ente con obligaciones específicas.

Desde entonces el artículo 3º ha sido reformado en 11 ocasiones, acentuándose en algunas de estas modificaciones el carácter social de la educación. Así, el artículo 3º vigente establece el derecho de toda persona a la educación, obligando a los tres niveles de gobierno a impartir y garantizar la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria y media superior; y puntualiza que la educación que imparta el Estado deberá ser gratuita, además de universal, inclusiva, pública y laica.

En cuanto a la protección internacional de este derecho, el párrafo segundo del artículo 13 del PIDESC y el tercer párrafo del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, establecen similares disposiciones respecto del derecho a la educación, es decir:

Los Estados Partes reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente [ambos instrumentos];

La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita [ambos instrumentos];

La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita [ambos instrumentos];

Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental/básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria [ambos instrumentos];

Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente [PIDESC].

Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales [Protocolo de San Salvador].

Adicionalmente, el CDESCR en su *Observación General número 13 “El derecho a la educación (artículo 13)”*,³² establece que la educación de todos los niveles debe tener las siguientes características interrelacionadas:

³² *Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13)*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 21º período de sesiones (1999), [30 de mayo de 2019], disponible en: https://conf-dtsLunog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CDESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13

Septiembre 2019

- a) **Disponibilidad**, es decir, debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente.
- b) **Accesibilidad**, en sus tres dimensiones: sin discriminación, especialmente accesible a los grupos más vulnerables; material, es decir, debe ser asequible geográfica o tecnológicamente; y económica, al alcance de todos, en aquellos casos en los que no se establezca la obligatoriedad de su gratuidad.
- c) **Aceptabilidad**, se refiere al contenido de los programas educativos, los cuales deben ser pertinentes, adecuados y de calidad y estar orientados hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, fortaleciendo el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- d) **Adaptabilidad**, para tener la flexibilidad necesaria para adecuarse a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Las características señaladas deben considerar sobre todo el interés superior de los alumnos.

Como se observa, México fue pionero en la implementación de la educación gratuita, pues aún antes de que los instrumentos internacionales fueran proclamados, la Carta Magna de 1917 ya había considerado la necesidad de que el Estado proporcionara de manera gratuita la educación básica. Actualmente, se encuentra obligado a garantizar la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria y media superior.

Asimismo, a lo largo del artículo 3º constitucional se desarrollan las cuatro características determinadas por el CDESCR, ya que se establece que el Estado -Federación, estados, Ciudad de México y municipios- impartirán y garantizarán la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior, lo que supone que el Estado debe garantizar por lo menos la *disponibilidad* de instituciones para dar cumplimiento a esta obligación.

De igual forma, se señala que el Estado mexicano está obligado a garantizar que los materiales didácticos, la infraestructura educativa, su mantenimiento y las condiciones del entorno, sean idóneos y contribuyan a los fines de la educación (*accesibilidad material*); y que el criterio que orientará la educación será equitativo, y deberán implementarse medidas que combatan las desigualdades socioeconómicas, regionales y de género en el acceso, tránsito y permanencia de los servicios educativos; se respaldará a estudiantes en vulnerabilidad social, será inclusivo y con base en el principio de accesibilidad se realizarán ajustes razonables (*accesibilidad sin discriminación*).

También en el artículo 3º constitucional, se señala que la educación deberá basarse en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, fomentando el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos y las libertades, además, deberá ser de excelencia, promoviendo el máximo logro de aprendizaje (*aceptabilidad*).

Finalmente, en los planes y programas de estudio de la educación básica y normal en toda la república deberá considerarse el contenido de los proyectos y programas educativos que contemplan las realidades y contextos, regionales y locales (adaptabilidad).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), también se ha pronunciado respecto de las obligaciones estatales que derivan de los compromisos internacionales que México ha adquirido y del propio artículo 3º comentado:

DERECHO A LA EDUCACIÓN. SU EFECTIVIDAD ESTÁ GARANTIZADA POR DIVERSAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER POSITIVO Y NEGATIVO A CARGO DEL ESTADO Y DE LOS PARTICULARES.

De los artículos 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 13, numeral 1, del Pacto Internacional de

Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.

Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13, numeral 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 26, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y XII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se advierte el establecimiento de diversas obligaciones, tanto positivas como negativas, a cargo del Estado y de los particulares, tendientes a respetar y garantizar el derecho humano a la educación en favor de todo ciudadano, como base de la sociedad a la que pertenece. Por tanto, la efectividad del derecho indicado puede lograrse mediante el cumplimiento de obligaciones de respeto, en las cuales se busca no obstaculizar o impedir el acceso al goce de los derechos; igualmente, a través de conductas positivas, como las relativas a llevar a cabo acciones para no permitir que terceros obstaculicen esos bienes referentes a la protección del derecho, o incluso acciones de garantía, que aseguran que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo. Asimismo, pueden identificarse prohibiciones, como las relativas a no impedir el acceso a los servicios de educación, al igual que conductas positivas relacionadas con la prestación de servicios educativos de manera gratuita, dentro de lo cual se incluye la construcción de centros educativos, de instalaciones sanitarias, la participación de docentes calificados y el pago de salarios competitivos, entre otras. Además, si bien es cierto que los ordenamientos disponen una puesta en práctica gradual del derecho y reconocen las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos, también lo es que se imponen obligaciones con efecto inmediato, como lo es la no discriminación, la relativa a mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos, así como la de establecer normas mínimas que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privada, entre otras.³³

33 DERECHO A LA EDUCACIÓN. SU EFECTIVIDAD ESTÁ GARANTIZADA POR DIVERSAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER POSITIVO Y NEGATIVO A CARGO DEL ESTADO Y DE LOS PARTICULARES, [Tesis Aislada], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, mayo de 2015, Tesis: 1a. CLXIX/2015, página 429.

La tesis transcrita nos permite confirmar el papel activo que corresponde al Estado mexicano para garantizar el ejercicio de este derecho a sus gobernados, pues tal como se señala, sus obligaciones no se limitan a la no obstrucción en el acceso al derecho, sino también a realizar acciones específicas para, de manera gradual, pero también continua, prestar el servicio de educación.

Sin embargo, ni el artículo 3º constitucional, ni la Ley General de Educación (LGE), cuentan con mecanismos que permitan demandar al Estado mexicano por la vía judicial o incluso en sede administrativa el cumplimiento de este derecho. Ya que, aunque la LGE prevé un capítulo denominado “De las infracciones, las sanciones y el recurso administrativo”, su contenido en realidad se refiere a las infracciones que pueden cometer quienes prestan servicios educativos, tales como permitir que se realice publicidad dentro de los planteles o no utilizar los libros de texto que la Secretaría de Educación Pública autorice.

Derecho a la protección de la salud

La única referencia del derecho a la protección de la salud en la CPEUM de 1917, se encuentra en el artículo 123 fracción XV, que señala que el patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, así como a organizar el trabajo de tal manera que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación.

El contenido original del artículo 4º de la Constitución promulgada en 1917, se refería a la libertad de ocupación o de trabajo que actualmente se encuentra en el artículo 5º. En 1983 se incorporó en el artículo 4º, por primera vez en el texto constitucional, el derecho a la protección de la salud, que establecía en el primer párrafo que toda persona tiene derecho a dicha protección, señalando que en la Ley secundaria se definirían las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.³⁴ El artículo 4º vigente mantiene la redacción de 1983, aunque actualmente es el párrafo cuarto.

³⁴ Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de febrero de 1983.

Septiembre 2019

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley General de Salud (LGS), publicada un año después de la reforma constitucional, este derecho tiene las siguientes finalidades: el bienestar físico y mental de la persona para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana; la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población; el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud; y el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Asimismo, el artículo 2º constitucional en el apartado B fracción III, establece la obligación del Estado mexicano en sus tres niveles de gobierno de asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud a los pueblos y comunidades indígenas mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), ha definido la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades.³⁵ En el artículo 12 del PIDESC se establece que los Estados partes deben reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Las medidas que deberán adoptar, por lo menos, para lograr la plena efectividad de este derecho, deberán ser las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

³⁵ *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada en Nueva York el 22 de julio de 1946, entró en vigor para México el 7 de abril de 1948, [30 de mayo de 2019], disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/OMS-CONST.pdf>

- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En la Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*,³⁶ el CESCR señala que el derecho a la salud no debe ser entendido como un derecho a estar sano, *sino como un derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*, el cual tiene dos componentes: uno de libertades y otro de derechos. En el primero se encuentra la libertad de todas las personas de, por ejemplo, controlar su cuerpo, de contar con libertad sexual y genésica, así como a no ser sometidas a experimentos médicos sin consentimiento; en el segundo, se encuentra el relativo a contar con un sistema de protección de la salud en igualdad de condiciones, que permita disfrutar del más alto nivel de salud.

En la Observación General No. 14, el CESCR estableció que el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- a) **Disponibilidad**, para que el Estado cuente con el número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- b) **Accesibilidad**, con las vertientes de no discriminación, lo cual implica que los establecimientos sean accesibles a los sectores más vulnerables sin discriminación; accesibilidad física, para que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todos los sectores de la población, en particular grupos vulnerables, dicha accesibilidad deberá considerar que se encuentren a una distancia geográfica razonable y que se cuente con acceso adecuado a las instalaciones para las personas que tienen alguna discapacidad; accesibilidad económica (asequibilidad) lo cual

³⁶ *Observación general No 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones, 11 de agosto de 2000, [30 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Septiembre 2019

implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todos y que los pagos por estos servicios se basen en el principio de equidad; acceso a la información, que implica el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas respecto de las cuestiones relacionadas con la salud.

c) Aceptabilidad, implica que los establecimientos, bienes y servicios deberán ser respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades y sensibles al género y al ciclo de vida.

d) Calidad, desde el punto de vista científico y médico, los servicios deben ser apropiados, es decir, con personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario en buen estado y condiciones sanitarias adecuadas.

En México, el Tribunal Colegiado, al desarrollar el contenido de la Observación General No. 14, especifica las obligaciones del Estado mexicano, las cuales, como se verá a continuación, incluyen no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho. Para lo cual, es necesario el reconocimiento suficiente del derecho a la salud (en los ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo) y que realicen actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población.

DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE.

El Estado Mexicano suscribió convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar, al más alto nivel, ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute del derecho a la salud, y existen documentos que las desarrollan en términos de su contenido y alcance. Uno de los más importantes es la Observación General Número

14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual México es parte y el que, esencialmente, consagra la obligación de proteger, respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes detallados para su ejercicio, tomando, al mismo tiempo, medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud, es decir, este ordenamiento incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho. En estas condiciones, ese cumplimiento requiere que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, adoptando una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para su ejercicio, cuando menos en un mínimo vital que permita la eficacia y garantía de otros derechos, y emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población, entre las que figuran, fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; verbigracia, la realización de investigaciones y el suministro de información, velar porque el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y de alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, al igual que apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.³⁷

37 DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE, [Tesis Aislada], Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 3, octubre de 2013, Tesis: I.4o.A.86 A, página 1759.

Septiembre 2019

En el Sistema Interamericano, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador señala que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Para hacer efectivo este derecho, los Estados partes deben reconocer la salud como un bien público, adoptando las siguientes medidas:

- a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Destaca la consideración que hace el Protocolo de la salud como un “bien público”, lo cual implica que *los gobiernos no pueden desentenderse de la atención y garantía del derecho a la salud de forma equitativa para todas las personas sujetas a sus jurisdicciones.*³⁸

Como ya se ha señalado, en algunos ámbitos persiste la idea de que los derechos sociales no son justiciables, porque la redacción en los instrumentos internacionales permite esa interpretación, sin embargo, en el caso del derecho a la salud o a la protección de la salud contenido en el PIDESC, el Comité ha sido enfático al señalar en la multitudada

³⁸ SALVIOLI, Fabián, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Revista IIDH, 2004, p. 117. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-4.pdf>

Observación General No. 14, que toda persona o grupo que sea víctima de violación de este derecho, deberá contar con los recursos judiciales efectivos u otro tipo de recursos apropiados. Asimismo, deberán tener derecho a una reparación adecuada (restitución, indemnización, satisfacción o garantías de no repetición). Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció en los siguientes términos:

DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN.

Cuando en un caso concreto esté directamente vinculado el derecho a la salud y exista una determinación de la vulneración de aquél, el juzgador tiene que, en efecto, buscar, dentro de sus respectivas competencias y atendiendo al caso concreto, ordenar las reparaciones pertinentes. Así, la protección del derecho a la salud supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. Algunas de las reparaciones que se pudieran dar en estos supuestos, de conformidad con el parámetro de regularidad constitucional, son: i) establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones; ii) las autoridades deben prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para la presunta víctima, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto; iii) cuando hay una lesión clara a la integridad de la persona, como es la mala práctica médica, las autoridades políticas, administrativas y especialmente judiciales, deben asegurar e implementar la expedición razonable y prontitud en la resolución del caso; iv) tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible

Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.
Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

*de salud; v) otorgar servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como que sean apropiados médica y científicamente. Cuando en un caso concreto esté directamente vinculado el derecho a la salud y exista una determinación de la vulneración de aquél, el juzgador tiene que buscar, dentro de sus respectivas competencias y atendiendo al caso concreto, ordenar las reparaciones pertinentes.*³⁹

Como se observa en la tesis aislada transcrita, parecería que estamos ante una tendencia, por lo menos en el Poder Judicial hacia la implementación de mecanismos de exigibilidad del derecho a la salud, lo cual reviste importancia ya que, no obstante en la LGS se hace referencia por ejemplo, en el artículo 27 a los servicios básicos considerados para los efectos del derecho a la protección de la salud, en el que se señalan algunos de los elementos considerados en los instrumentos internacionales para permitir el ejercicio de este derecho, en el Título Décimo Octavo “Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos” no se establece ninguna consecuencia jurídica por la inobservancia por parte de las autoridades sanitarias (el Presidente de la República, el Consejo de Salubridad General, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas y de la Ciudad de México), por lo que, este derecho parecía tampoco ser justiciable de conformidad con el marco jurídico vigente.

Derecho a la vivienda

Este derecho fue incorporado en el párrafo séptimo del artículo 4º constitucional en el año de 1983, en los mismos términos en los que se encuentra regulado hasta la fecha: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.⁴⁰

39 DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN, [Tesis Aislada], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, noviembre de 2015, Tesis: 1a. CCCXLIII/2015, página 969.

40 CARBONELL, Miguel, estima que la redacción del texto constitucional contiene una serie de errores importantes, uno de ellos, referente al hecho de que lo que se garantiza en la Constitución es el disfrute de la vivienda, pero no su adquisición. Sin embargo, en el PIDESC tampoco se refiere la adquisición de la vivienda como un elemento para el disfrute de este derecho. CARBONELL, Miguel, *Op. Cit.*, p. 919

Por su parte, el PIDESC en el artículo 11, señala que:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Los elementos de la definición de vivienda adecuada⁴¹ y que constituyen el máximo referente en la materia, es la proporcionada en la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) del año 1996, en cuyo Capítulo IV se señala que:

Una vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.⁴²

La Ley de Vivienda, que es la ley reglamentaria del artículo 4º constitucional en la materia, establece aspectos más limitados para considerar que una vivienda es digna y decorosa, ya que se considera

⁴¹ El término ha sido homologado por la SCJN con el de “vivienda digna” contenido en el artículo 4º constitucional. Véanse entre otras las tesis bajo los rubros: “Derechos humanos. El relativo a una vivienda digna y decorosa debe ser analizado a la luz de los principios plasmados en la Constitución federal y tratados internacionales, a partir de la interpretación más amplia que favorezca en todo momento a las personas (aplicación del artículo 1º, párrafo segundo, constitucional – principio pro homine-)”; “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales”.

⁴² Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos (Hábitat II), Estambul (Turquía), del 3 al 14 de junio de 1996, párrafo 60, [3 de junio de 2019], disponible en: https://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/12040_Habitat_II_report_Spanish.pdf

Septiembre 2019

como tal a la que cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables en materia de asentamientos humanos y construcción, salubridad, cuenta con espacios habitables y auxiliares, así como con los servicios básicos y brinde a sus ocupantes seguridad jurídica en cuanto a su propiedad o legítima posesión, y contemple criterios para la prevención de desastres y la protección física de sus ocupantes ante los elementos naturales potencialmente agresivos.

Respecto de los servicios básicos, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), retomando los criterios propuestos por la Comisión Nacional de Vivienda (CONAVI), señala que se considera como población en situación de carencia por servicios básicos en la vivienda, aquellas personas cuyos hogares presenten al menos una de las siguientes características:

1. El agua se obtiene de un pozo, río, lago, arroyo, pipa; o bien, el agua entubada la obtienen por acarreo de otra vivienda, o de la llave pública o hidrante.
2. No cuentan con servicio de drenaje, o el desagüe tiene conexión a una tubería que va a dar a un río, lago, mar, barranca o grieta.
3. No disponen de energía eléctrica
4. El combustible que se usa para cocinar o calentar los alimentos es leña o carbón sin chimenea.⁴³

La Observación General No. 4 *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*,⁴⁴ contiene las consideraciones realizadas por el CDESCR, respecto de la identificación de algunos aspectos inherentes a este derecho:

a) Seguridad jurídica de la tenencia, que le garantice a las personas una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.

43 Información disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Medici%C3%B3n/ Acceso-a-servicios-basicos-vivienda.aspx>

44 Observación General No. 4 *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sexto período de sesiones (1991), [3 de junio de 2019], disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf?view=1>

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, que implica que las personas tengan acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, energía, calefacción, alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, drenaje, entre otros.

c) Gastos soportables, que no impidan ni comprometan el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Para ello, los Estados partes deben crear subsidios de vivienda y formas de financiación que correspondan a las necesidades de vivienda.

d) Habitabilidad, es decir, que haya espacio adecuado para los ocupantes que los proteja del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento o cualquier amenaza para la salud, garantizándose también la seguridad física de sus ocupantes.

e) Asequibilidad, para los grupos en situación de desventaja, debe concederse un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda, estimando prioritariamente a los grupos vulnerables.

f) Lugar, la vivienda debe encontrarse en un lugar que permita el acceso al empleo, a los servicios de salud, escuelas y otros servicios. Asimismo, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados que puedan afectar el derecho a la salud.

g) Adecuación cultural, se refiere a que los materiales de construcción y los materiales, deben permitir la expresión de la identidad cultural.

El derecho a la vivienda es un derecho justiciable de acuerdo con la Observación General No. 4, en la cual se recomienda tomar mínimamente las siguientes medidas: a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones

Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.
Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.

En este sentido, la Ley de Vivienda prevé en el Título Octavo denominado “De la denuncia popular y las responsabilidades” el derecho de toda persona de “denunciar ante la Secretaría o ante otras autoridades competentes todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir daños al ejercicio de los derechos establecidos en esta Ley o contravengan sus disposiciones y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la vivienda”. La denuncia deberá tramitarse y ser resuelta conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Aunque en el texto de la Ley de Vivienda no se especifican cuáles son los derechos que podrían denunciarse, se estima que este mecanismo puede ser una herramienta para alcanzar la justiciabilidad de este derecho.

Por otra parte, resulta de suma relevancia el criterio adoptado por la Primera Sala de la SCJN, en el sentido de que para la satisfacción de este derecho no es suficiente que la vivienda cumpla con la infraestructura básica adecuada, sino que el Estado debe asegurarse de que se cuenta con acceso a los servicios públicos básicos:

DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUÉLLA, SINO QUE DEBE COMPRENDER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CXLVIII/2014 (10a.), estableció el estándar mínimo de infraestructura básica que debe tener una vivienda adecuada; sin embargo, ello no implica que el derecho fundamental a una vivienda adecuada se agote con dicha infraestructura, pues en términos de la Observación No. 4 (1991)

(E/1992/23), emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, el derecho fundamental referido debe comprender, además de una infraestructura básica adecuada, diversos elementos, entre los cuales está el acceso a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios sociales, como son los de emergencia, hospitales, clínicas, escuelas, así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación. Asimismo, dentro de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas, se señaló que los Estados debían asegurarse de que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos. Ahora bien, el derecho a una vivienda adecuada es inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, pues es necesaria para mantener y fomentar la salud física y mental, el desarrollo adecuado de la persona, la privacidad, así como la participación en actividades laborales, educativas, sociales y culturales. Por ello, una infraestructura básica de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos como son, enunciativa y no limitativamente, los de: iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y evacuación de basura, transporte público, emergencia, acceso a medios de comunicación, seguridad y vigilancia, salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable. De ahí que si el Estado condiciona el apoyo a la vivienda a que se resida en un lugar determinado, bajo la consideración de que lo hace con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la vivienda digna y decorosa de los gobernados, la vivienda que otorgue debe cumplir no sólo con una infraestructura básica adecuada, sino también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el de seguridad pública ya que, en caso contrario, el Estado no estará cumpliendo con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados.⁴⁵

⁴⁵ DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUÉLLA, SINO QUE DEBE COMPREN-

Finalmente, es importante señalar que el Protocolo de San Salvador no hace referencia específica al derecho a la vivienda.⁴⁶

Derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación fue incorporado al tercer párrafo del artículo 4º constitucional en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de octubre de 2011, el cual señala que *Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.* En esa misma fecha se adicionó un segundo párrafo a la fracción XX del artículo 27 constitucional, para establecer que *El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca.*

Las comisiones unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, que fueron las dictaminadoras de la iniciativa que dio como resultado las reformas constitucionales enunciadas, consideraron que la adecuación en la alimentación se refiere a la obligación del Estado de garantizar la disponibilidad de alimentos tanto en cantidad como en calidad, que éstos sean nutritivos y conforme a las tradiciones culturales que permitan satisfacer las necesidades alimentarias de las personas. Mientras que la sostenibilidad se refiere a que el Estado mexicano *se obligue a fortalecer las capacidades de la Nación para desarrollar su soberanía alimentaria y emplear un modelo de agricultura que no sólo no agote, sino enriquezca la dotación de recursos naturales.*⁴⁷

DER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS, [Tesis Aislada], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, junio de 2015, Tesis: 1a. CCV/2015, página 583.

46 En el Sistema Interamericano en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, se establece en el artículo 24 que las personas mayores tienen derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades, con las características específicas que requieren las personas mayores. Sin embargo, México no ha ratificado este instrumento. La Convención fue adoptada en Washington, D.C., Estados Unidos, apenas en el año 2015, pero únicamente ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay.

47 *Proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero al artículo 4º recorriéndose en el orden los subsecuentes y un segundo párrafo a la fracción XX del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, presentado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, Diario de los Debates de 12 de abril de 2011.

No obstante la inclusión de este derecho en la CPEUM desde hace casi ocho años, aún no ha sido suficientemente desarrollado en ninguna ley secundaria, como sí ha ocurrido con los otros derechos hasta ahora analizados.⁴⁸ La legislación que contiene alguna referencia, son: Ley General de Desarrollo Social que en su artículo 6º reconoce que la alimentación nutritiva y de calidad es un derecho para el desarrollo social; y el artículo 178 de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable, que señala la obligación del Estado para establecer las medidas que procuren el abasto de alimentos y productos básicos y estratégicos a la población, además, el deber de promover su acceso a los grupos sociales menos favorecidos.⁴⁹

Ante esta omisión cobran especial relevancia las tesis que al efecto han emitido los órganos del Poder Judicial de la Federación, de las cuales se pueden retomar los siguientes elementos:⁵⁰

-El derecho a la alimentación es un derecho exigible que obliga al Estado mexicano a garantizar en favor de toda persona que se encuentre en territorio nacional su cumplimiento.

-El derecho a la alimentación comprende la disponibilidad de alimentos y la accesibilidad a éstos. La disponibilidad es la posibilidad de las personas de alimentarse ya sea directamente, o a través de los sistemas públicos o privados de distribución, elaboración y comercialización. En tanto que la accesibilidad comprende dos aspectos: la económica y la social, que permita que los alimentos estén al alcance de todas las personas, incluso aquellos que pertenecen a los grupos vulnerables.

48 En el Senado de la República se encuentra pendiente de dictaminación por las comisiones unidas de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural y de Estudios Legislativos la *Iniciativa con proyecto de decreto de Ley General para el Derecho a la Alimentación y la Soberanía Alimentaria*, reglamentaria del párrafo cuarto del artículo 4º y del párrafo segundo fracción XX del artículo 27 de la CPEUM. Publicada en la Gaceta del Senado de 10 de octubre de 2018.

49 El artículo 179 de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable enlista los que deberán considerarse como productos básicos y estratégicos: maíz; caña de azúcar; frijol; trigo; arroz; sorgo; café; huevo; leche; carne de bovinos, porcinos, aves; y pescado.

50 Véanse las tesis aisladas bajo los siguientes rubros: *Derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. Es de carácter pleno y exigible, y no sólo una garantía de acceso; Derecho a la alimentación. Elementos y forma de garantizar su núcleo esencial; y Derecho a la alimentación. Garantías para su protección.*

Septiembre 2019

-El derecho a la alimentación exige el establecimiento de tres niveles de protección que exigen del Estado la observancia de las obligaciones de: respetar, proteger y facilitar.

Es importante señalar que a nivel regional Argentina, Guatemala, Brasil, Venezuela, Nicaragua, Ecuador, Honduras y Bolivia sí cuentan con leyes nacionales de seguridad alimentaria y nutricional.⁵¹ En México, como ya se señaló no se cuenta con una ley marco, sin embargo, tan sólo en la Ciudad de México, tres leyes hacen referencia a este derecho: Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional para el Distrito Federal; Ley que establece el derecho a la pensión alimentaria para los adultos mayores de sesenta y ocho años, residentes en la Ciudad de México; y la Ley que establece el derecho a recibir un apoyo alimentario a las madres solas de escasos recursos residentes en la Ciudad de México.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, es en el artículo 11 del PIDESC en donde se consagra el derecho a la alimentación:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de

51 La información está actualizada hasta el año 2015. *Análisis de la legislación en materia de seguridad alimentaria y nutricional. El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua*. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Roma, 2015 [7 de junio de 2019], disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i5287s.pdf>

los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

La Observación General No. 12 del CDESCR⁵² desarrolla el derecho a una alimentación adecuada, puntualizando que este derecho se ejerce cuando las personas tienen acceso físico y económico en cualquier momento a dicha alimentación, o bien, cuentan con los medios para obtenerla. El contenido básico de este derecho comprende lo siguiente:

-La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;

-La accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

El Comité enfatiza que el PIDESC es violado cuando los Estados partes no garantizan la satisfacción de, al menos, *el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido por el hambre*.

En el Sistema Interamericano, el derecho a la alimentación está consagrado en el artículo 12 del Protocolo de San Salvador, al tenor de lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.
2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar

⁵² *Observación General 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20º período de sesiones, Ginebra, del 26 de abril al 14 de mayo de 1999, [5 de junio de 2019], disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>

Septiembre 2019

los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

Adicionalmente, los artículos 15 y 17 se encargan de establecer el compromiso de los Estados partes de garantizar a los niños una adecuada alimentación (durante la lactancia y la edad escolar); y de proporcionar alimentación a las personas mayores cuando carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas.

Derechos de los trabajadores

La consagración de los derechos laborales en la Constitución de 1917 fue una de las grandes aportaciones del Constituyente de Querétaro. Quizá de ahí se derive también que el artículo 123 sea la segunda disposición que más reformas constitucionales ha tenido, 27 hasta la fecha,⁵³ aunque los aspectos sustantivos permanecen intactos, entre ellos: la duración de la jornada; los derechos de las mujeres y la prohibición del trabajo infantil; la protección del salario; derecho a la vivienda; seguridad social; libertad de asociación sindical; derecho de huelga; e irrenunciabilidad de derechos.

Conviene señalar que algunos autores han referido que parte del contenido del artículo 123 podría haber sido retomado por el Tratado de Versalles, en cuyo artículo 427 se delinean diversos derechos de los trabajadores, los cuales guardan una gran similitud con el texto mexicano.

Aunado al emblemático artículo 123, el artículo 5º constitucional refiere entre otros aspectos, el derecho al trabajo y la prohibición de impedir que las personas se dediquen a la profesión, industria, comercio o trabajo elegido, así como el trabajo forzoso; y la irrenunciabilidad de los derechos.

⁵³ El apartado B, relativo a las relaciones laborales entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores no figuraba en el texto original, fue incorporado hasta el año de 1960. El artículo más reformado de la Carta Magna es el 73 con 82 reformas hasta el mes de junio de 2019.

Tanto el PIDESC como el Protocolo de San Salvador contienen diversos artículos referentes a los derechos laborales, que en gran medida se asimilan con el contenido del artículo 123 constitucional.

En el caso del PIDESC, el artículo 6 reconoce el derecho a trabajar; el artículo 7 al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; el artículo 8 reconoce el derecho de toda persona de fundar sindicatos y de afiliarse al de su elección.

La Observación General No. 18 el CDESC desarrolla lo inherente al artículo 6 del PIDESC,⁵⁴ estableciendo que el trabajo referido debe ser un trabajo digno, es decir, que respete los derechos fundamentales del trabajador. El ejercicio de este derecho supone la existencia de los siguientes elementos:

- a) **Disponibilidad**, significa que los Estados partes deben contar con servicios especializados que permitan a las personas identificar empleos disponibles y el acceso a ellos.
- b) **Accesibilidad**, en sus tres dimensiones: sin discriminación; física; a la información sobre el mercado de trabajo.
- c) **Aceptabilidad y calidad**, relacionadas con el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo.

De acuerdo con el Comité, los Estados partes tienen obligaciones jurídicas específicas: respetar el derecho al trabajo, mediante por ejemplo, la prohibición del trabajo forzoso, el combate a la discriminación, particularmente hacia las mujeres y las personas jóvenes; proteger el derecho al trabajo a través de la aprobación de la legislación o de medidas que garanticen acceso al trabajo y capacitación, así como la prohibición del trabajo forzoso; proporcionar el derecho al trabajo cuando las personas o grupos no pueden realizar este derecho por ellos mismos.

⁵⁴ *Observación General No. 18. El derecho al trabajo*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra del 7 al 25 de noviembre de 2005, 35º período de sesiones, [6 de junio de 2019], disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CDESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN18

Septiembre 2019

El Comité reconoce el papel que desempeñan los sindicatos para garantizar el respeto del derecho al trabajo y para ayudar a los Estados a cumplir las obligaciones que derivan del Pacto.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador establece en el artículo 6 el derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios que permitan llevar una vida digna y decorosa; en el artículo 7 el goce del derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; y en el artículo 8 los derechos sindicales que implica el derecho de los trabajadores de organizar sindicatos y afiliarse al de su elección.

Este derecho ha sido ampliamente regulado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT),⁵⁵ la cual ha considerado que los siguientes son los convenios “fundamentales” en la materia:

- Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930.
- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948.
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949.
- Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951.
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957.
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958.
- Convenio sobre la edad mínima de 1973.
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

México ha ratificado los convenios citados que contienen obligaciones específicas para el desarrollo de este derecho. Sin embargo, y a pesar de que existen instancias encargadas de resolver los conflictos entre

55 En la Parte XII del *Tratado de Versalles* (artículos 387 AL 399) se establece la creación de la “oficina internacional del trabajo”. Siendo la OIT la organización internacional que cuenta con atribuciones específicas para establecer las normas internacionales del trabajo. *Tratado de Versalles*, [10 de junio de 2019], disponible en: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

los trabajadores y los patrones; así como entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores, ni en el artículo 123 constitucional, ni en la Ley Federal del Trabajo o en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, se consideran mecanismos que permitan reclamar al Estado mexicano la vulneración del derecho al trabajo como tal, a la que pueden enfrentarse por ejemplo, las personas en situación de pobreza.

En el cuadro siguiente se establece el estado que guardan los derechos sociales respecto a su inclusión en la norma y a los mecanismos de justiciabilidad con los que se cuenta para invocar su cumplimiento por parte de los titulares de los derechos.

Cuadro 1. Comparativo de los derechos sociales

Derecho Social	PIDESC	Protocolo de San Salvador	Marco Jurídico Nacional		Mecanismo de Justiciabilidad
			CPEUM	Ley	
Educación	Artículo 13	Artículo 13	Artículo 3°	Ley General de Educación	No
Salud	Artículo 12	Artículo 10	Artículo 2° y 4°	Ley General de Salud	No
Vivienda	Artículo 11	No lo refiere	Artículo 4°	Ley de vivienda	Recurso administrativo
Alimentación	Artículo 11	Artículo 12	Artículo 4° y 123	No se cuenta con ley en la materia	No

**Perspectivas constitucionales de los
 derechos humanos.**

Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

Trabajo	Artículo 6, 7 y 8	Artículo 6, 7 y 8	Artículo 123	Ley Federal de Trabajo o en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucio- cional	No
---------	----------------------	----------------------	--------------	---	----

Fuente: Elaboración propia

Una vez estudiadas las características de los derechos sociales se puede observar que éstos han alcanzado su desarrollo pleno como derecho, en sí mismo, ya que aparecen en normas formalmente válidas, no sólo en la CPEUM, sino también en diversos instrumentos internacionales que han sido adoptados por los órganos legislativos, sin embargo, aún se enfrentan el reto de que los derechos sociales alcancen su pleno desarrollo respecto a que su cumplimiento de acuerdo a los estándares internacionales y los propios nacionales, pueda ser invocado mediante mecanismos jurisdiccionales accesibles, es decir, que sean justiciables, en todos sus elementos.

Lo anterior, sin dejar de lado lo señalado en el artículo 1º de la Ley de Amparo, que establece que éste procede por actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la CPEUM, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Y es que, de acuerdo con lo dicho líneas arriba, los derechos sociales pueden presentar en su estructura por lo menos una característica que permita su exigibilidad judicial en caso de ser violados.

Así por ejemplo, es claro que todas y todos los niños tienen derecho a la educación, bien la que es proporcionada directamente por el Estado o por escuelas privadas. En cualquier caso, si en alguna institución

educativa se les niega el acceso, se podrá recurrir al juicio de amparo para combatir dicho acto de autoridad. Sin embargo, si se trata por ejemplo de una comunidad indígena que requiere el servicio educativo, el Estado mexicano siempre podrá argumentar que no cuenta con los recursos financieros suficientes para proveer de escuelas a todas las comunidades; o para garantizar el derecho a la alimentación o a una vivienda digna a todas las personas.

Es decir, aunque, existen aspectos concretos en los derechos sociales enunciados que son exigibles, la limitante económica que caracteriza la efectividad de estos derechos puede ser esgrimida por el Estado, lo cual, como ya se ha señalado, no ocurre con los derechos civiles y políticos.

VI. Conclusiones

A raíz de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, se confirmó que la humanidad comparte valores fundamentales que pueden constituirse como un paradigma clave para interpretar y determinar el funcionamiento de sus instituciones sociales y, sobre todo, alrededor del cual puede constituirse un mundo en el que prime la paz y la justicia.

Como se ha advertido a lo largo de la investigación dentro del estudio de los DDHH, el campo jurídico ha predominado en las últimas décadas, sin embargo, no existe un cuerpo teórico unificado para su abordaje, que guíe y oriente la generación del conocimiento y su contribución a la consolidación del respeto y garantía de los propios derechos. Por eso resulta importante retomar su estudio a partir de los procesos de positivación, de generalización, de internacionalización y de especificación, propuestos por Peces-Barba, estudiados en el capítulo I.

Septiembre 2019

Lo anterior permite identificar cuál es el proceso que se debe fortalecer a fin de lograr hacer frente a los retos que enfrentan los DDHH, y, dentro de éstos, los derechos sociales, lo cual podría incidir en llegar a tener el menor número de violaciones a los propios derechos. Ello implica lograr una adecuada incidencia en la defensa y promoción activa de los derechos humanos, así como el impacto en la vida jurídica de las transformaciones sociopolíticas actuales, coadyuvando al fortalecimiento e inclusión de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía, que se reconocen al ser humano, individual y colectivamente.

Dentro de los apartados desarrollados se dio cuenta de la amplia codificación que ha permitido la definición y determinación del alcance de los derechos sociales, visibilizando que su reconocimiento normativo está en el auge de su desarrollo, lo que invariablemente contrasta con las situaciones cotidianas de violaciones a los derechos, por lo que se observa que el trabajo no está necesariamente en la configuración del marco normativo nacional o internacional, sino más bien en la interpretación, implementación y exigibilidad de los mismos. Es decir, a pesar de estar garantizados normativamente la eficacia de los mismos dependerá más de una estrategia ejecutable que del solo discurso normativo.

De esta forma, en materia de derechos sociales, tanto el estudio como el desarrollo legislativo deben trascender al sólo ejercicio de incidencia en el ordenamiento jurídico del Estado mismo. Para ello, es importante visibilizar el proceso en el que se encuentran los derechos, en este sentido, dentro de la presente investigación se dio cuenta de que actualmente los derechos sociales han logrado posicionarse en la Constitución, teniendo como vocación la protección de los derechos del ser humano, por lo que los esfuerzos ya no deben desarrollarse en ese proceso. El paso siguiente, entonces implica orientar el trabajo académico y legislativo a la búsqueda de nuevas formas de hacer justicia en la materia. Si bien es cierto que esta transformación debe emerger de los cuerpos legislativos también lo es que, debe tener las

bases para poder ser ejecutada por las instituciones del Estado a fin de otorgar las garantías que permitan exigibilidad y justiciabilidad para la satisfacción de los derechos.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior y encaminado los ordenamientos a lograr una intervención judicial más amplia y profunda deberá garantizarse el acceso de la sociedad a los mecanismos de impartición de justicia, puesto que el hecho de que exista una actuación judicial más completa y eficiente no asegura que los derechos se garanticen, pero sí es un paso más concreto en el ejercicio de los derechos sociales.

Por lo que no sólo es reconocer y garantizar la justiciabilidad sino asegurar que el Estado por sí mismo desarrolle políticas, mecanismos y estrategias en materia de derechos sociales que aseguren su cumplimiento y el respeto a los mismos, lo que implica una necesaria reforma de orden estructural y no sólo normativa o institucional.

A partir de lo establecido en la investigación, se puede concluir que si bien los DDHH nacen universales y plausibles respecto de su motivación y contenido al momento de garantizarlos en la ley se encuentran las limitantes para su efectividad, con lo que trasciende que es un fenómeno global donde la realización de éstos no depende sólo de los países, las fronteras y las instituciones nacionales o internacionales sino también de las determinaciones que todos los actores sociales tengan al respecto.

El papel destacado del Estado se dará únicamente logrando reducir la brecha entre el discurso de los derechos humanos y las realidades de la población que padece condiciones violatorias en lo cotidiano, para ello los esfuerzos deben estar orientados al servicio de quien padece los abusos y no de quien comprende la ubicación de estos en un determinado marco jurídico.

Septiembre 2019

VII. Bibliografía

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002

Análisis de la legislación en materia de seguridad alimentaria y nutricional. El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Roma, 2015 [7 de junio de 2019], disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i5287s.pdf>

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., *La historia de los derechos humanos, en: Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, España, Universidad Nacional de Andalucía, 2000.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema 1991.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2011.

Carta Social Europea (revisada) de 1996 [17 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en Nueva York el 22 de julio de 1946, [30 de mayo de 2019], disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/OMS-CONST.pdf>

Constitución de los Estados Unidos de América, [10 de abril de 2019], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, [6 de mayo de 2019], disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá Colombia, en 1948 [6 de mayo de 2019], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia [10 de abril de 2019], disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América [10 de abril de 2019], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, [10 de abril de 2019], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_huma.pdf

DERECHO A LA EDUCACIÓN. SU EFECTIVIDAD ESTÁ GARANTIZADA POR DIVERSAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER POSITIVO Y NEGATIVO A CARGO DEL ESTADO Y DE LOS PARTICULARES, [Tesis Aislada], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, mayo de 2015, Tesis: 1a. CLXIX/2015, página 429.

DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE, [Tesis Aislada], Décima Época,

Septiembre 2019

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 3, octubre de 2013, Tesis: I.4o.A.86 A, página 1759.

DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUÉLLA, SINO QUE DEBE COMPRENDER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS, [Tesis Aislada], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, junio de 2015, Tesis: 1a. CCV/2015, página 583

Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios No. 26, Unión Interparlamentaria y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2016, pp. 47 y 48, [20 de abril de 2019], disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos (Hábitat II), Estambul (Turquía), del 3 al 14 de junio de 1996, párrafo 60, [3 de junio de 2019], disponible en: https://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/12040_Habitat_II_report_Spanish.pdf

Iniciativa con proyecto de decreto de Ley General para el Derecho a la Alimentación y la Soberanía Alimentaria, reglamentaria del párrafo cuarto del artículo 4º y del párrafo segundo fracción XX del artículo 27 de la CPEUM. Publicada en la Gaceta del Senado de 10 de octubre de 2018.

La Carta de Banjul fue aprobada el 27 de julio de 1981 en Nairobi, Kenya [17 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.te.gov.mx/Defensoria/media/pdf/c85d7c6c569f0d9.pdf>

La Declaración de Derechos (The Bill of Rights), (13 de febrero de 1689), [10 de abril de 2019] disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>.

Ley de Desarrollo Rural Sustentable

Ley de Vivienda

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, [20 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Ley General de Desarrollo Social

Ley General de Educación

Ley General de Salud

Observación General No. 12, *El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20º período de sesiones, Ginebra, del 26 de abril al 14 de mayo de 1999, [5 de junio de 2019], disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>

Observación General No. 13. *El derecho a la educación (artículo 13)*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 21º período de sesiones 1999, [30 de mayo de 2019], disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13

Observación general No. 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 22º período de sesiones, 11 de agosto de 2000, [30 de mayo de 2019], disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Observación General No. 4 *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sexto período de sesiones (1991), [3 de junio de 2019],

Septiembre 2019

disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf?view=1>

Observación General No. 18. *El derecho al trabajo*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra del 7 al 25 de noviembre de 2005, 35º período de sesiones, [6 de junio de 2019], disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN18

Observación General No. 3. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 5º período de sesiones, 1990, [5 de mayo de 2019], disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PANTOJA MORÁN, David, *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución*, México, México, UNAM-IIJ, Serie Estudios Jurídicos, núm. 303, 2017.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, p. 18, [15 de abril de 2019], disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30043495.pdf>

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador, [6 de mayo de 2019], disponible en: <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf>

Proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero al artículo 4º recorriéndose en el orden los subsecuentes y un segundo párrafo a

la fracción XX del artículo 27 dela Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, Diario de los Debates de 12 de abril de 2011.

RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, *Jesús, Las Declaraciones Francesa y Universal de los Derechos Humanos, en Bicentenario de la Revolución francesa, México, IJ-UNAM, 1991*

SAYEG HELÚ, Jorge, *El Constitucionalismo Social Mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986 México, UNAM-Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987, T. II*

Tratado de Versalles [10 de junio de 2019], disponible en: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

VIII. Índice de abreviaturas

CAT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CONAVI	Comisión Nacional de Vivienda
CONEVAL	Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CRC	Convención sobre los Derechos del Niño

**Perspectivas constitucionales de los
derechos humanos.**

Análisis de los derechos sociales

Septiembre 2019

CRPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
DDHH	Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
ICRMW	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
LGE	Ley General de Educación
LGE	Ley General de Educación
LGS	Ley General de Salud
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación

Quórum **127**
Legislativo

Quórum **127**
Legislativo

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y EL PROCESO LEGISLATIVO

Saúl Pérez Trinidad

SUMARIO:

I. Introducción

II. La perspectiva de género

III. Género, poder y ciencia

IV. Definición

V. Transversalidad de género

VI. El proceso legislativo

VII. La perspectiva de género en la creación normativa

VIII. El caso español

IX. La perspectiva de género como una caja de herramientas

X. A manera de conclusiones

XI. Bibliografía

XII. Anexo

Q uórum 127 Legislativo

I. Introducción

El género como categoría de análisis se ha insertado en todas las disciplinas de las ciencias sociales, ejerciendo una gran influencia en sus diferentes actividades, tanto en la teoría como en la práctica.

El derecho, como parte de esas disciplinas, se ha visto enriquecido con las aportaciones que la perspectiva de género les ha realizado a varios de sus procesos, tales como la emisión de las sentencias, la realización de las prácticas de los peritos y más recientemente, a la creación normativa, es decir, a la esencia del derecho parlamentario.

Es dentro de este contexto, en que se inserta el presente trabajo, que tiene como objetivo ofrecer un panorama general de lo que hasta el momento se ha realizado en materia de la influencia que tiene la perspectiva de género en el proceso de creación normativa, para proponer a dicha perspectiva como caja de herramientas teóricas y metodológicas que le permitan a las y los legisladores enriquecer sus propuestas en el ámbito legislativo.

Para ello, seguimos el siguiente procedimiento de análisis, en primer lugar, revisamos conceptualmente la perspectiva de género, después planteamos las relaciones existentes entre género, poder y ciencia, para poder establecer la posibilidad de un método feminista, enseguida señalamos las definiciones en torno a ese término, en el siguiente apartado y por tratarse de la influencia de la perspectiva de género en el proceso legislativo, desarrollamos el tema de la transversalidad del género, después procedimos a analizar lo referente al proceso legislativo y a la incorporación de la perspectiva de género en dicho proceso, para terminar proponiendo el empleo de la perspectiva de género como una caja de herramientas teóricas y conceptuales, que pueden beneficiar a otorgar orden y sistematicidad en el proceso y acto legislativo.

II. La perspectiva de género

Desde diversos espacios de la construcción de las disciplinas de las ciencias sociales, se ha advertido la constante necesidad de insertar, como marco teórico transversal, a la perspectiva de género, ya que este modelo de interpretación evidencia que tales ciencias sociales obedecen a un patrón realizado desde un lugar fijado en la historia que es ajeno al género, que no lo interpreta y que no lo incorpora. Pero más importante que lo anterior, resulta el hecho de que, al incorporar la perspectiva de género como herramienta de análisis en dichas ciencias sociales, la interpretación se ve enriquecida, resultando en ejercicios que apuntan hacia la integralidad de los estudios.

No obstante, lo anterior, el conocimiento aceptado como válido por excelencia, es el derivado del método científico, es decir, la ciencia, que aunque ha sufrido muchas dificultades con el desarrollo mismo del conocimiento, se ha mantenido como un conocimiento casi universal. Esta premisa aumenta su influencia cuando hablamos de la ciencia jurídica que, como sabemos, acepta como único saber válido el método científico. De aquí se deriva que sea la escuela del positivismo jurídico la más aceptada y difundida en nuestro país, tanto en las instituciones de gobierno como en las instituciones educativas.

Sin embargo, para entender con más precisión este conocimiento, es necesario analizar el papel de la ciencia como producto de relaciones de poder y no solo como producto de la evolución del conocimiento mismo, por ello a continuación planteamos dicho análisis.

III. Género, poder y ciencia

Como ya hemos expresado en otro trabajo,¹ el método científico ha sido considerado como el método de investigación por excelencia, el saber objetivo se constituyó como el único saber posible y/o válido dentro de las academias. Sin embargo, existen variadas formas de acercarse al objeto de estudio, que no son regidas por el conocimiento o método científico, por este método “duro” ya denunciado por Foucault, que precisa de la confirmación de elementos empíricos para su validez,² mismas que han existido a lo largo del desarrollo de la ciencia.

En este sentido y realizando una crítica a la construcción de la ciencia, la teoría feminista afirma que la ciencia es resultado del dominio masculino, así señalan que fue a partir de dicha dominación de género que se construyó el discurso teórico de esa dominación, a saber; el método científico. El sujeto portador de esa epistemología era el varón conquistador.

El método científico, fundado en la razón, se presentó como un lugar de neutralidad cuyo fin era el progreso humano, cuando, en realidad, se trataba del progreso de un grupo. El hombre europeo se elevó a la categoría de universal y, con ello, se convirtió en el sujeto de la historia a partir de un acto de dominación sobre una parte del mundo, a la cual se occidentalizó.³

Para quien esto escribe, resulta claro que la forma tradicional de hacer ciencia fue el resultado de una imposición, como lo denuncia *Foucault*,

1 PÉREZ TRINIDAD, S., *El género en perspectiva*. Análisis de las relaciones genéricas desde los pensamientos complejos de Erich Fromm, Michel Foucault y Edgar Morin. Efectos y alcances en la ciencia jurídica. Tesis de doctorado, UNAM Facultad de Derecho, 2014, p. 84.

2 Dentro de estas escuelas se pueden contar al psicoanálisis, a las teorías humanistas, a las teorías de la información, a la teoría de sistemas, a los pensamientos ecológicos y holográficos, a autores como Sigmund Freud, Jacques Lacan, Carl Gustav Jung, Carl Rogers, Paul Watzlawick, Ludwig von Bertalanffy, Humberto Maturana, Francisco Varela, Ilya Prigogine, Karl Pribram, Werner Heisenberg, y dentro de la ciencia jurídica podemos citar a las escuelas de pensamiento del iusnaturalismo, del realismo sociológico y de la sociología jurídica, que no entran dentro del parámetro de lo que es definido previamente como ciencia.

3 PACHECO LADRÓN DE GUEVARA, Lourdes C., *El sexo de la ciencia*, México, ed., Juan Pablos Editor, S. A., p. 57.

en su análisis del saber como resultado de relaciones de poder, pero no es resultado de la imposición de un género sobre el otro, sino de unas prácticas discursivas que alcanzan mucho más que la dominación masculina.

Coincidimos con la autora en cita cuando refiere que el método científico convirtió en subalternas otras formas de conocimiento, las formas de conocimiento portado por las mujeres, los indios, los orientales, el conocimiento de los otros, que, desde luego; eran inferiores al conocimiento científico, pero solo desde el conocimiento científico, es decir, la ciencia se erigió como el gran juez dentro de la epistemología del conocimiento.⁴

Para saber si las diversas propuestas feministas, en torno a la forma de hacer ciencia, son distintas a las tradicionales, algunas autoras como Sandra Harding, Elí Bartra, María Mies y Teresita de Barbieri,⁵ se preguntan si existe una metodología feminista, claramente diferenciable de lo que las feministas llaman “epistemología masculina”, o lo que en la filosofía de la ciencia se conoce como epistemología positivista.

Sandra Harding⁶ refiere que las discusiones orientadas a descubrir la manera de eliminar la parcialidad y las distorsiones de los estudios sociales tradicionales han mezclado y confundido problemas de método, de metodología y epistemología. Para ella, es cuestionable la idea de que existe un método distintivo de la investigación feminista, porque las discusiones sobre métodos y metodologías han estado mezcladas y han incorporado, problemas epistemológicos, tal como ocurre en los discursos tradicionales.

De esta manera, al hablar del método, la autora en cita⁷ lo define como una técnica para recabar información (o una manera de proceder

⁴ Coincidimos en esta afirmación, pero es necesario aclarar que no es, inicialmente, resultado del análisis feminista, sino de muchas otras disciplinas y de otros autores, como por ejemplo el análisis genealógico de Nietzsche (que se desarrollaron y tienen presencia actual, en reconocimiento a su validez epistemológica) y no es un método adoptado, a priori, para la subordinación de las mujeres.

⁵ BARTRA, Eli. (comp.), *Debates en torno a una metodología feminista*, 2da. Edición, México. Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2002.

⁶ HARDING, Sandra, *¿Existe un método feminista?*, en Bartra, Eli (comp.), *Op. Cit.* pp, 9-34.

⁷ *Ibidem*, p. 11.

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

para recabarla). Así, afirma que todas las técnicas de recopilación de información pueden clasificarse en cualquiera de las siguientes categorías: escuchar a los informantes (o interrogarlos), observar el comportamiento y examinar vestigios y registros históricos.⁸

Para esta autora, las investigadoras feministas emplean cualquiera o las tres técnicas para recabar información, tal y como ocurre en cualquier investigación tradicional, con la diferencia de que éstas aplican dichas técnicas de formas distintas, así, por ejemplo;

*(...) las investigadoras feministas escuchan más atentamente lo que las mujeres informantes piensan acerca de sus propias vidas y de las de los hombres, y mantienen posiciones críticas frente a las concepciones de los científicos sociales tradicionales sobre la vida de los hombres y las mujeres. Observan también algunos comportamientos de mujeres y hombres que, desde la perspectiva de los científicos sociales tradicionales no son relevantes. En el caso de la historia, buscan patrones de organización de los datos históricos no reconocidos con anterioridad.*⁹

Lo que deja de manifiesto que no existe un nuevo método de investigación feminista, sino matices, formas de aplicar las técnicas, que son distintas a las tradicionales, pero que siguen ocupando los mismos métodos de investigación.

Esta afirmación es relevante para este trabajo, puesto que se deja claro que no es pertinente plantear un nuevo procedimiento para hacer leyes, sino que es necesario cambiar las formas en que se realiza dicho proceso, la manera en que se construyen los enunciados normativos, es necesario observar los momentos precisos en que el género puede ser introducido como categoría de análisis dentro del acto legislativo.

⁸ Aclarando que nos referimos al método científico, puesto que es el método al que la teoría feminista ha pretendido calificar como androcéntrico, podemos decir que dicho método no puede ser limitado a la técnica de recabar información, puesto que la técnica es secundaria al método, el método (concebido como una serie de pasos ordenados sistemática y jerárquicamente que pretenden dar respuesta a una problemática específica), por ello, es el método el que define la técnica de recabar información.

⁹ *Idem.*

En este orden de ideas Evelyn Fox Keller,¹⁰ propone que ni la objetividad estática, ni la racionalidad son innatas a los varones sino que son aprendidas, pero no rechaza el método científico, sino que aboga por una objetividad dinámica y una ciencia no sexista. Es decir, aboga por una forma eficiente de hacer ciencia, sin denostar o rechazar a priori, lo generado y lo que puede generarse a través de la ciencia tradicional.¹¹

En el terreno epistemológico el feminismo cuestiona por qué el hombre ha sido el único sujeto de conocimiento. Cuestiona también el ámbito de validez del conocimiento porque consideran que éste se refiere sólo a la validez de las experiencias y observaciones masculinas. Abordan el asunto del tipo de cosas que pueden conocerse, como por ejemplo, si pueden considerarse como conocimiento las verdades “subjetivas”, y muchos otros problemas similares.¹² Las feministas argumentan que las epistemologías tradicionales excluyen sistemáticamente, con o sin intención, la posibilidad de que las mujeres, sean sujetos o agentes del conocimiento, sostienen que la voz de la ciencia es masculina y que la historia se ha escrito desde el punto de vista de los hombres (de los que pertenecen a la clase o a la raza dominante).¹³ Es por eso que han propuesto teorías epistemológicas alternativas que legitiman a las mujeres como sujetos de conocimiento.¹⁴

Esta reflexión es de especial importancia para este trabajo, en virtud de que la construcción normativa, el acto de construcción de leyes, el acto legislativo se construye a partir de la consideración del conocimiento como acto de positividad y objetividad.

10 Keller, Evelyn Fox. *Reflections on Gender and Science*. New Haven, Yale University Press, 1985, citada en Goldsmith Connelly Mary, *Feminismo e investigación social. Nadando en aguas revueltas*, en Bartra, Eli (comp.), *Op. Cit.*

11 Lo que resulta de una mayor inclusión en el desarrollo de la ciencia, ya que parte del reconocimiento de lo generado a través de la ciencia, mismo que puede ser perfectible con prácticas que incluyan las visiones del género femenino.

12 Al afirmar esto, las escuelas feministas no consideran el desarrollo de algunas disciplinas científicas, entre las que podemos contar a la ciencia psicológica, la sociológica y la antropológica que incluyen una serie de saberes subjetivos alejados de la ciencia positivista, pero que no son considerados saberes feministas por el sólo hecho de incorporar la subjetividad como elemento de análisis válido.

13 Aunque es una certeza que las mujeres han participado en la construcción social de la realidad ya que no es posible entender la construcción social de la realidad sin la participación de las mujeres, en instituciones fundamentales como la familia.

14 *Ibidem*, p. 14.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

Es un acto de positividad, desde el punto de vista formal, ya que para que la nueva norma cobre vigencia, se necesita que pase por un procedimiento revestido de formalidad, es decir, que exista una metanorma que garantice el proceso que debe atravesar una norma en su formación.¹⁵

Y es un acto de objetividad, porque se deriva de la aplicación del conocimiento científico, y porque la redacción de la norma debe alejarse de la subjetividad.

Por ello es necesario plantear cuál sería la forma en que la perspectiva de género puede influir en la construcción de las normas jurídicas.

En este orden de ideas, es necesario saber entonces a que nos referimos cuando hablamos de perspectiva de género, en virtud de que se advierte como algo que ya está dado y que no es necesario reflexionar, a pesar de que el término se emplea de diversas maneras, ya sea para referir a una teoría, a un tipo de feminismo, a todos los feminismos, a prácticas discursivas, etc.

En virtud de ello, a continuación, abordamos su definición.

IV. Definición

Desde el punto de vista del desarrollo del conocimiento, la perspectiva de género ocupa el lugar de mayor evolución dentro de las escuelas del feminismo, que para Graciela Hierro son tres, mismas que aparecieron de forma continua, empezando por el feminismo de la igualdad, seguida por el feminismo de la diferencia esencialista y culminada, (hasta la actualidad) por el feminismo de la diferencia con perspectiva de género.¹⁶ Es decir, que la perspectiva de género es un tipo de

¹⁵ Este es el mismo argumento que al respecto ofrece Kelsen, respecto de las normas jurídicas como objeto de estudio del derecho.

¹⁶ *Cfr.*, HIERRO, G. Epistemología, ética y género, en Género y epistemología. Mujeres y disciplinas. Santiago de Chile, Universidad de Chile/Facultad de Ciencias Sociales/Programa Interdisciplinario de Estudios de Género, 1998.

feminismo, que es producto de la evolución de los otros dos, por lo que es un término que debe ser precisado para dotarlo de certidumbre semántica en el plano teórico, y para darle certidumbre y seguridad jurídica en el plano normativo.

En el feminismo de igualdad, se privilegia el uso de la razón y el argumento deductivo, por lo tanto, la razón tiene una característica inherente: la infalibilidad, en el sentido de que concibe a los hechos como desligados de los valores, como hechos neutros. Es decir, que niega la existencia de las realidades morales, en tanto hechos que escapan a la razón, y concibe que las decisiones morales son solo el resultado químicamente puro de nuestra opción racional, así al considerar las decisiones morales como racionales, entra en profunda contradicción con la definición misma de moralidad.¹⁷ En este feminismo, razón y moralidad significan un problema semántico imposible de solventar.

Lo anterior nos plantea la paradoja, denunciada por autores como Nietzsche y Foucault, de considerar a la razón como el único camino, o el camino más adecuado para la consecución de los fines que nos planteamos como individuos, o si la diversidad de opciones que estarían fuera de esa racionalidad constituyen una mejor posibilidad.

Además de que la razón se concibe como desligada de creencias, costumbres e ideologías, es decir, como una razón pura, y por lo tanto como un elemento que, en tanto, puro es no relacional, lo que agota las posibilidades de la construcción de fenómenos que por principio son esencialmente interrelacionados y complejos, como las relaciones sociales.

El feminismo de la diferencia esencialista, se diferencia del primer feminismo en que éste prioriza la perspectiva de una visión de la naturaleza humana, porque se piensa que de tal naturaleza surgen los fundamentos de la conducta moral. Dentro de este feminismo los fines propios de los seres humanos aparecen como potencialidades naturales personales. La finalidad, entonces es plasmar nuestra naturaleza

¹⁷ *Ídem*.

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

humana en mayor plenitud. Se piensa que nuestra racionalidad está inmersa en nuestra naturaleza; actuar racionalmente es realizar nuestra naturaleza, por tanto, no se trata como en la perspectiva racionalista de superar lo natural para alcanzar lo racional.

Este feminismo propone la revaloración de lo femenino desde la perspectiva del género, porque de esa valoración surgiría la visión auténtica genérica, expresada por las mismas mujeres. Esta visión conlleva a la utopía feminista de un mundo de acuerdo con los valores femeninos.

El anterior argumento da lugar a lo que se denominó la falacia naturalista, que consiste en afirmar que lo bueno es lo que es femenino y lo malo lo que es masculino. Esto para el racionalismo constituye una falacia porque se está juzgando circularmente, se juzga con lo que se quiere juzgar, no hay manera de hacer abstracciones ni generalizaciones. El criterio no es independiente de lo que se juzga.¹⁸

Lo femenino tomaría el lugar de lo esencial, por encima de lo masculino, por lo que la esencia femenina prevalecería como superior, por el solo hecho de ser femenina, lo que es, en sí mismo, un argumento circular, que supondría la existencia de una esencia universal, esta vez femenina, con portadoras específicas que harían valer tal portación.

El tercer tipo de feminismo, que constituye parte esencial de esta investigación, deviene de la escuela constructivista. El feminismo de la diferencia con perspectiva de género, permite tener una visión crítica de las determinaciones sociales del rol impuesto, así como también permite su modificación, al lado de las instituciones que lo propician, de manera que se ajuste más a los intereses femeninos. No se trata de descubrir principios universales aplicables a todas las circunstancias y géneros, tampoco la comprensión ahistórica de una naturaleza femenina que puede ser usada como fundamento, más bien se intenta la comprensión profunda de la moralidad del presente y los cambios que se anuncian o que llevan a visiones y perspectivas más deseables.

¹⁸ *Ídem.*

Resignificando las figuras sociales de las mujeres que se han mostrado como esenciales a partir de una pretendida naturaleza femenina.

Resulta esencial señalar que para Hierro,¹⁹ la tarea actual de la ética feminista desde este tipo de feminismo, es elaborar preguntas que no han sido planteadas antes, para descubrir las lagunas y desconstruir lo dado, abriendo nuevas posibilidades de expresión moral y valores. En el entendimiento que lo masculino y lo femenino son construcciones de identidades sociales sobre un ser que tiene instintos, disposiciones, características anatómicas y patrones de conducta. La ética feminista tiene que enfrentarse con esto y rechazar lo rechazable para intentar superar el dualismo moral y alcanzar una visión unitaria de la ética.

Es justamente este tipo de feminismo el que nos permite transitar a opciones donde la realidad puede ser reinterpretada de una forma más integral. Tal concepción permitió diseñar el concepto de transversalidad.

V. Transversalidad de género

Como un producto fundamental de lo anterior, desde la perspectiva de género se plantea el enfoque transversal del género, que surge como una necesidad del movimiento internacional de las mujeres, de avanzar en el cumplimiento de los acuerdos en materia de igualdad de género que se adoptaron en las diferentes Conferencias Internacionales.

De acuerdo con Incháustegui y Ugalde,²⁰ el enfoque transversal ha sido ampliamente debatido. No obstante, su característica básica es la aplicación de la perspectiva de género a todo el proceso de la actuación pública para transformar el orden social de género establecido. Este enfoque plantea que cada una de las intervenciones de política sea analizada en términos de sus efectos diferentes en hombres y mujeres,

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ INCHAÚSTEGUI, Teresa y UGALDE, Yamilet, *Materiales y Herramientas conceptuales para la transversalidad del género*, México, INMUJERES-DF, 2005.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

así como de su efecto agregado en las relaciones de poder en los diversos ámbitos del orden social de género. Es decir, desde la perspectiva de género se considera que las políticas públicas, deben incluir una visión o una mirada con “lentes de género”, basadas en la idea de que todo fenómeno humano puede entenderse de manera diferente, si se le mira bajo la diferencia conceptual existente entre el hombre y la mujer.

Este enfoque ha dado lugar a modificaciones en las formas en que se interpretan diversos fenómenos jurídicos, tales como los derivados de la actividad pericial y la decisión judicial, que han incorporado a la perspectiva de género como elemento de análisis importante en las labores específicas de cada uno de ellos.

Una vez que hemos establecido los elementos teóricos que consideramos indispensables para agotar, en los términos de este trabajo, el estudio de la variable perspectiva de género, a continuación realizaremos el mismo ejercicio para la otra variable y elemento de análisis de este estudio: el proceso legislativo.

VI. El proceso legislativo

Como hemos resaltado, este escrito intenta ubicar los diversos momentos procesales en que se puede insertar la perspectiva de género, para abonar en una mejor construcción del enunciado normativo, en virtud de ello, a continuación, analizamos el proceso legislativo, sin el ánimo de agotar su discusión, sino en el contexto de poder incorporar a la perspectiva de género como categoría de análisis, dentro de dicho proceso.

Eduardo Pallares señala que la palabra proceso, en su acepción jurídica más general, comprende a los procesos legislativos, administrativos y judiciales. Y además, define al proceso jurídico como: “Una serie de actos que se suceden en el tiempo y que se encuentran concatenados entre sí para el fin u objeto que se quiere realizar con ellos que da

unidad al conjunto y vinculación a los actos es precisamente finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata”.²¹

Ahora bien, dentro de los procesos jurídicos, encontramos al proceso legislativo, que, como su nombre lo indica, es un proceso que ocurre dentro del Poder Legislativo del Estado, y dentro del poder legislativo de las entidades federativas, y que tiene como finalidad la creación, reforma, derogación y abrogación de las normas positivas vigentes.

En este orden de ideas, para Gabino Fraga:²²

La materia de la función del Poder Legislativo son las leyes, que son actos jurídicos generales y abstractos, las características de la ley son su generalidad, no se refieren individual y circunstancialmente a personas determinadas, se refieren a una hipótesis general y son normas abstractas, no son referidas a momentos y personas determinadas. La ley singular, la ley del caso es una aberración jurídica, la ley debe ser general y abstracta.

Y aunque la función del Poder Legislativo no se reduce a la creación normativa, ya que también implica procesos de control, de fiscalización, de dirección económica, entre otros, ésta es su función primordial, es decir, el Poder Legislativo tiene como objetivo principal el acto de creación de la norma o el acto legislativo.

Por acto legislativo podemos entender lo siguiente:

La acción por la cual se fórmula una regla general impersonal, abstracta y general ya sea que emane del Poder Ejecutivo o del H. Congreso de la Unión o de alguna autoridad con facultades para hacerlo. En el contexto del derecho parlamentario es la facultad para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho, otorgada a un organismo o representante de la sociedad. En los estados donde impera una forma de gobierno con división de poderes, esta facultad corresponde al denominado Poder Legislativo.

21 PALLARES, Eduardo. “Diccionario de derecho procesal civil”. 16a. ed. México, Porrúa, 1984. p. 640.

22 FRAGA, Gabino. “Derecho Administrativo”. México, Porrúa, 1989.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

Históricamente, con la aparición del Estado de derecho, que conlleva la división de poderes, la potestad de hacer leyes se cedió a un organismo formado por representantes del pueblo, al que corresponde el ejercicio del Poder Legislativo. Esto no significa, sin embargo, que el Poder Ejecutivo haya sido excluido del ejercicio del acto legislativo, ya que es parte de sus facultades reglamentarias y administrativas.

En el ámbito de nuestro país por acto legislativo se entiende la facultad de dictar las leyes y que corresponde al Congreso de la Unión su ejercicio. Para que la resolución llegue a tener existencia como ley o decreto, debe cumplirse el procedimiento previsto en la Constitución en su artículo 72.²³

Ahora bien, el proceso legislativo, según lo observado en el Sistema de Información Legislativa:

Es el conjunto de actos y procedimientos legislativos, concatenados cronológicamente, para la formación de leyes, así como para reformar la Constitución y las leyes secundarias. Tiene como características: 1) ser constitucional, ya que su procedimiento se expresa en los artículos 71 y 72 de la Carta Magna; 2) ser formal, en función de que su validez debe respetar los procedimientos previstos en las normas constitucionales; y 3) ser bicameral, ya que requiere de la participación de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, salvo en los casos que la normatividad refiere a las facultades exclusivas de cada Cámara.

El Gobierno Federal participa en el proceso legislativo para presentar iniciativas, promulgar y publicar las leyes y decretos (con las excepciones previstas expresamente en la propia Constitución); las legislaturas de los Estados participan para presentar iniciativas y avalar reformas constitucionales; y los diputados federales y senadores participan al presentar iniciativas y, en su caso, aprobar las leyes y decretos correspondientes.

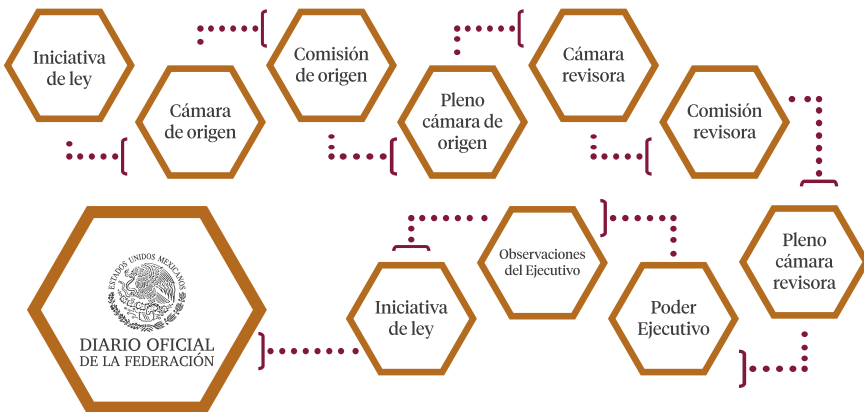
²³ Sistema de Información Legislativa, recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=5>.

En México, a partir de la Reforma Político-Electoral del 2014 se reguló constitucionalmente la participación de los ciudadanos en la presentación de iniciativas de ley, ante el Poder Legislativo, a través de la iniciativa ciudadana.

Los procedimientos más característicos que deben seguirse durante el proceso para elaborar y poner en vigor las normas son los siguientes: 1) presentación de la iniciativa, 2) turno de la iniciativa para su estudio a la comisión de dictamen correspondiente, 3) dictamen de comisión, 4) presentación de la primera y segunda lectura del dictamen ante el Pleno, 5) discusión, 6) aprobación, 7) sanción, 8) promulgación y publicación, y 9) iniciación de la vigencia.²⁴

Debemos señalar que el proceso legislativo ordinario se refiere a la creación, reforma, derogación o abrogación de leyes federales, y que el proceso legislativo constitucional, como su nombre lo indica se refiere solo a la constitución, por ello, el proceso legislativo es distinto, ya que para reformar la constitución se necesita un procedimiento especial, diferente al de las reformas a las demás normas no constitucionales.

En el siguiente esquema se puede apreciar el proceso legislativo ordinario.



FUENTE: elaboración propia con información del Sistema de Información Legislativa.

²⁴ Sistema de Información Legislativa, (25-09-19) recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=192>.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

A continuación, procederemos a comentar cada una de estas etapas o fases del procedimiento, señalando que tales comentarios tienen como fuente el Sistema de Información Legislativa.²⁵

Iniciativa de ley

El paso que inicia el proceso legislativo es la presentación de la iniciativa, por parte de los sujetos facultados para ello.

Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 71 que el derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- Al presidente de la república.
- A los diputados y senadores del Congreso de la Unión.
- A las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México.
- A los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

Cámara de origen

El segundo paso ocurre cuando la cámara de origen, recibe por primera vez la iniciativa presentada por los sujetos facultados. Se recibe en el Pleno, donde se instruye un trámite, para que la iniciativa sea turnada a una o más comisiones legislativas para su análisis y la elaboración del dictamen correspondiente.

Comisión de origen

La comisión de la cámara de origen, recibe, analiza la iniciativa y elabora un dictamen para someterlo a discusión y votación en el seno de la propia comisión.

²⁵ Sistema de Información Legislativa, (25-09-19) recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/Congreso/congreso2.php?accion=1#Proceso>.

Una vez aprobada por la comisión, se entrega el dictamen al Pleno para su declaratoria de publicidad, o en calidad de dictamen de Primera Lectura o para discusión.

Pleno cámara de origen

Una vez realizado el paso anterior, el pleno discute y somete a votación el dictamen.

Si es una reforma a legislación secundaria se debe aprobar por mayoría simple o relativa; es decir, la suma más alta de votos emitidos frente a otra u otras opciones.

Si es reforma constitucional se debe aprobar por mayoría calificada; es decir, dos terceras partes de legisladores presentes.

Ahora bien, si la aprobación del dictamen es facultad exclusiva de alguna de las cámaras se ordena su publicación, de no ser así, se envía el proyecto a la cámara revisora.

Cámara revisora

En el caso de que se envíe a la cámara revisora, la minuta²⁶ es recibida por el Pleno de la Cámara revisora el cual dicta un trámite, para que la minuta sea turnada a una o más comisiones legislativas para su análisis y dictamen correspondiente.

Comisión revisora

La comisión revisora analiza la minuta y elabora un dictamen para someterlo a discusión y votación en el seno de la propia comisión.

²⁶ La minuta es el documento que contiene el proyecto de ley o decreto que ha sido aprobado por la cámara de origen y que es sometido a la consideración de la cámara revisora para su discusión y probable aprobación. También se denomina de esta manera al documento que contiene un proyecto de ley o decreto devuelto a la cámara de origen por parte de la cámara revisora, para los casos que establecen las fracciones d) y e) del artículo 72 constitucional.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

Una vez aprobado el dictamen, se entrega al Pleno para su declaratoria de publicidad, o en calidad de dictamen de Primera Lectura o para discusión.

Pleno de la cámara revisora

El pleno discute y somete a votación el dictamen.

Si es una reforma a legislación secundaria se debe aprobar por mayoría simple o relativa; es decir, la suma más alta de votos emitidos frente a otra u otras opciones.

Si es reforma constitucional se debe aprobar por mayoría calificada; es decir, dos terceras partes de legisladores presentes.

Si el dictamen no sufrió modificaciones se turna al Ejecutivo Federal para su publicación, si fue modificado se regresa a la Cámara de origen para que valide o no dichas modificaciones.

Poder Ejecutivo

Con la consecución del paso anterior, el decreto cuenta con la aprobación de ambas Cámaras. Dicho decreto es recibido por el Ejecutivo Federal para su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Si el Ejecutivo emite observaciones al decreto se devolverá a la cámara de origen.

Observaciones del Ejecutivo

Después de que un decreto ha sido aprobado por ambas cámaras y turnado al Ejecutivo federal, su titular puede realizarle observaciones.

Se considerará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción.

Vencido este plazo el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto.

Transcurrido este segundo plazo, la ley o decreto será considerado promulgado y el Presidente de la cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación.

Los plazos no se interrumpirán si el Congreso cierra o suspende sus sesiones, en cuyo caso la devolución se hará a la Comisión Permanente.

Debemos señalar, al respecto del procedimiento legislativo para reformar la constitución, que éste sigue el mismo método del procedimiento ordinario, sin embargo, debe ser aprobado, como ya señalamos, por mayoría calificada, en cada una de las cámaras y después de ello, debe ser aprobada por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas, quienes, para el efecto correspondiente, observarán sus ordenamientos locales en la materia.

Como hemos señalado al comienzo de este apartado, no tenemos la pretensión de agotar el análisis del procedimiento legislativo, sino exponerlo de manera clara para ubicar cómo se puede insertar la interpretación de la perspectiva de género dentro de él, en virtud de ello, en el siguiente apartado tratamos dicha relación.

VII. La perspectiva de género en la creación normativa

Es menester señalar que la incorporación de la perspectiva de género en las fases de elaboración de la iniciativa y la elaboración del dictamen, se incluyeron en el Reglamento de la Cámara de Diputados, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el día 22 de marzo de 2017. Los artículos que se modificaron de dicho ordenamiento fueron el 78 y el 85, en el tenor siguiente:

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

Adición de una fracción III del artículo 78.

Artículo 78.

1. Los elementos indispensables de la iniciativa serán:

I. a II.

III. Problemática desde la perspectiva de género, en su caso;

IV. a XII.

Esta adición normativa demuestra que no se tenía la claridad suficiente con respecto a las partes del proceso donde debe insertarse la interpretación de la perspectiva de género, por ello, solo se prevé que, en la iniciativa se describa, en su caso, la problemática con perspectiva de género, lo que deja fuera de su influencia, todos los demás elementos que debe contener una iniciativa, tales como los argumentos que la sustentan y la redacción del enunciado normativo, por mencionar las que consideramos más importantes. Esto, desde luego, no esta acorde con el concepto de transversalidad del género (ya expuesto en este trabajo), ya que el legislador está obligado a incluir la perspectiva de género solo en la problemática que pretende resolver la iniciativa y no en todos los elementos de ella, en la que pudieran tener influencia, por lo que la incorporación de la perspectiva de género resulta ser limitativa.

Reforma de la fracción IV del artículo 85.

Artículo 85.

1. El dictamen deberá contener los siguientes elementos:

I. a III.

IV. Contenido del asunto o asuntos, destacando los elementos más importantes, entre ellos el planteamiento del problema, así como la perspectiva de género, en su caso;

V. a XV.

2. a 3.

Respecto al dictamen, debemos hacer la misma observación que realizamos en el caso de la iniciativa, ya que se prevé que se incluya, en su caso, solo como parte del contenido del asunto, dejando fuera de su influencia apartados muy importantes que podrían verse beneficiados por su inclusión, tales como el proceso de análisis, valoración del impacto presupuestal, análisis y valoración de los argumentos del autor que sustentan el asunto y análisis y valoración de los textos normativos propuestos.

En este orden de ideas, es obligado señalar que el concepto de perspectiva de género no se incluye en el Reglamento de la Cámara de Diputados, ni se remite a algún ordenamiento existente, lo que en sí mismo es un error de técnica legislativa, porque el operador del derecho que interprete la norma aludida tendrá que decidir acerca del uso de tal concepto.

Sin embargo, pareciera que lo más adecuado, jurídicamente hablando sería ubicar el concepto normativo de perspectiva de género en el contenido de las leyes en la materia, es decir, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) y en la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (LGIMH).

La LGAMVLV señala en la fracción IX del artículo 5 lo siguiente:

ARTÍCULO 5.- *Para los efectos de la presente ley se entenderá por:*

IX. Perspectiva de Género: Es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones;

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

Como se puede apreciar, tanto en las reformas al Reglamento de la Cámara de Diputados, como en la definición de la perspectiva de género que ofrece la LGAMVLV, no se desprende cuáles son las formas en que se incorporará dicha perspectiva en la construcción normativa y esto es debido, como ya lo mencionamos, a la poca claridad que tienen las y los legisladores al respecto.²⁷

Por otra parte, la definición de este concepto es confusa, ya que se emplean en su definición términos que no son adecuados, como el referente a que es una visión científica, cuando justamente este concepto de perspectiva de género desnuda a la ciencia como una construcción masculina. De la misma forma señala que es una visión política que, en tanto política, se encuentra fuera del acto jurídico-legislativo, es decir, la visión política, que es muy importante en la perspectiva de género, como herramienta de participación en la sociedad, como definición normativa resulta inadecuada. Por lo que el concepto poco abona a concebir a la perspectiva de género como una herramienta teórica y metodológica que nos permita enriquecer la construcción de las leyes.

No obstante, podemos resaltar de la definición anterior, los siguientes propósitos:

- Eliminar la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género.
- Promover la igualdad entre los géneros a través de la equidad,²⁸ el adelanto y el bienestar de las mujeres.
- Contribuir a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la

²⁷ Ya que se da como un hecho que solo es necesario referir que las normas deben realizarse con perspectiva de género, pero no se analiza el proceso que debe seguirse para lograr tal objetivo.

²⁸ No omitimos señalar que este enunciado normativo es confuso, puesto que pretende promover la igualdad mediante la equidad, sin establecer sus diferencias conceptuales, además de que la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), le realizó a nuestro país la recomendación de sustituir sistemáticamente el término equidad por el término igualdad. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, CEDAW/C/MEX/CO/6, 7 a 25 de agosto de 2006, párrafos 18 y 19.

representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.

Ahora bien, la LGIMH dispone en la fracción VI de su artículo 5, lo siguiente:

VI. Perspectiva de Género. Concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género;

Lo primero que resalta de este concepto, es la incongruencia que manifiestan los ordenamientos normativos nacionales más importantes en la materia, ya que las definiciones, aunque no son contrarias, si refieren conceptos diferentes, que refuerzan nuestro comentario vertido en la definición anterior, en el sentido que se deja al arbitrio del juzgador el concepto que éste entenderá y aplicará al interpretar la disposición normativa.

Semánticamente este concepto hace alusión a que la perspectiva de género se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, basada ya no en el género, según esta definición, sino en la diferencia biológica inscrita en el cuerpo.²⁹

Sin embargo, es de resaltarse de esta definición los siguientes enunciados:

- Concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres.

²⁹ Recordemos que la diferencia genital inscrita en el cuerpo es una diferencia biológica, y que el género es una construcción social y que la sociedad ha convertido la diferencia en desigualdad en contra de la mujer.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

- Acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género.

En la revisión que realizamos al inicio de este trabajo, señalamos que la perspectiva de género no constituye una nueva metodología, sino que, al interpretar cualquier fenómeno social, modifica la forma de las metodologías tradicionales, por ello, no hablamos propiamente de una metodología feminista, sino de la transversalidad del género en la construcción de condiciones de igualdad entre mujeres y hombres o de una metodología con perspectiva de género.

Debemos señalar que en el año 2014, se elaboró la Guía para desarrollar legislación migratoria con perspectiva de género en México,³⁰ donde se buscaba aportar herramientas prácticas a los y las parlamentarias para construir una legislación migratoria mexicana con perspectiva de género, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos. Esta Guía desarrolla siete pasos prácticos para formular e instrumentar leyes de migración con perspectiva de igualdad de género:

1. Armonizar la legislación nacional con la normativa internacional.
2. Introducir medidas especiales temporales o acciones afirmativas.
3. Contar con la evidencia adecuada.
4. Redactar la iniciativa de ley con lenguaje incluyente.
5. Tomar en cuenta la opinión de expertos.
6. Vincular la legislación migratoria a un presupuesto sensible al género.
7. Analizar el impacto de la legislación migratoria en las relaciones de género.

Este fue uno de los primeros intentos sistemáticos que se presentaron en materia de construcción normativa y perspectiva de género, de

³⁰ ONU MUJERES, *Guía para desarrollar legislación migratoria con perspectiva de género en México*, México, 2014.

donde se pueden obtener recursos metodológicos que enriquecen la creación, no solo de las normas en materia migratoria sino en todas las leyes.

Otra publicación que se incluye dentro de este objetivo de insertar a la perspectiva de género en el acto de legislar, fue realizada en la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados, donde se editó el libro *Legislar con Perspectiva de Género*.

En dicha publicación se dividió al proceso legislativo en cuatro módulos:

1. Consulta
2. Redacción
3. Dictaminación
4. Seguimiento

En el primer módulo se señalan las instancias a las que se pueden acercar los iniciantes de las reformas a la ley, para que se logre incorporar la perspectiva de género.³¹ Dichas instancias, dentro de la Cámara de Diputados son la Comisión de Igualdad de Género, el entonces Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género (CEAMEG)³² y la Unidad para la Igualdad de Género, además también refiere que se pueden realizar consultas externas.

Es necesario señalar que, a pesar de que existan especialistas en las instancias que acabamos de mencionar, ello –por sí mismo– no garantiza que se incorpore la perspectiva de género en las iniciativas de ley, solo por citar un ejemplo diremos que en el caso de la Comisión de Igualdad de Género, los asesores cambian con regularidad cada legislatura, lo que impide consolidar especialistas que cuenten con un marco teórico y metodológico que les permita establecer un mecanismo de incorporación de la perspectiva de género en dichas iniciativas.

31 RODRÍGUEZ, H., E. *Legislar con perspectiva de género*, México, Cámara de Diputados, 2017, p. 49.

32 Ahora Centro de Estudios para el Logro de la Igualdad de Género (CELIG).

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

En el módulo de redacción, la publicación destaca que debe realizarse con lenguaje incluyente y no discriminatorio, emplear datos estadísticos, y respaldarse en lo contenido en normas nacionales e internacionales en materia de género.

De la misma forma señalan que “abordar la problemática de género en los proyectos de ley o decreto, implica identificar cuáles son las personas, mujeres y hombres, que se encuentran en el centro de la desigualdad, identificando su posición y condición”.³³

En el módulo de dictaminación se destaca que se deben atender dos aspectos:

Vigilar la forma y fondo en que se elabora el dictamen de nuestra propuesta, aún si la o el legislador promovente no pertenece a la comisión encargada de dictaminar.

*Constatar que todos los dictámenes que sean atendidos por las comisiones a la que pertenecemos (sin importar promovente ni afiliación partidista), contengan perspectiva de género y cumplan con lo dispuesto en los capítulos anteriores de este Protocolo.*³⁴

Finalmente, en el cuarto módulo se refieren al seguimiento, donde destacan que se discutirá en el Pleno, por lo que es importante elaborar un posicionamiento claro y con perspectiva de género. Una vez que el dictamen es aprobado y remitido a la cámara revisora se debe establecer una estrecha comunicación con las y los senadores para lograr consensos que permitan su aprobación.

Como hemos observado, este ejercicio realizado en la LXIII Legislatura, señala tres condiciones para legislar con perspectiva de género, mismas que ya habían sido señaladas en múltiples ocasiones:

- Empleo de lenguaje incluyente y no discriminatorio.

33 RODRÍGUEZ, H., E. *Op. Cit.*, p. 53.

34 *Ibidem*, p. 66.

- Incorporación de los ordenamientos nacionales e internacionales en materia de igualdad de género.
- Empleo de datos estadísticos desagregados por género.

Como hemos podido apreciar en este análisis, no existe consenso en torno a qué se entiende por legislar con perspectiva de género, aunque la idea general parte de la necesidad de incorporar a dicha perspectiva en el proceso y acto legislativo. Los problemas teóricos y metodológicos surgen a partir de una inadecuada redacción normativa, como ya lo hemos señalado en este mismo trabajo, cuando nos referimos al concepto normativo de perspectiva de género, que resulta diferente en los dos ordenamientos nacionales más importantes en la materia, además de que las partes, tanto de la iniciativa como del dictamen, donde se incluyó a la perspectiva de género, resultan ser inadecuadas teórica y metodológicamente, por lo que su eficacia está comprometida.

VIII. El caso español

Como sabemos, el género se ha constituido como una perspectiva teórica influyente en todo el mundo. Destaca para este trabajo la influencia que ha ejercido en España, quien lo incorpora en la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.³⁵ Dicha ley dispone en sus artículos 15 y 19:

Artículo 15. *Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de

³⁵ Recuperada de http://www.mtramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/Extralgualdad07/Docu01.pdf. (25-09-19).

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Artículo 19. Informes de impacto de género

Los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género.

El artículo 15 obliga a la aplicación del principio de transversalidad de género en la administración pública de ese país y el artículo 19 refiere a la elaboración de informes de impactos de género, que son documentos que han de acompañarse a los proyectos de normas y actos administrativos que se elaboren en el ámbito de la Administración General, por lo que resulta de especial relevancia destacarlos en este trabajo.

Para Cristina Pauner Chulvi,³⁶ el contenido del informe de impacto de género debe referirse a la identificación de las diferencias existentes entre hombres y mujeres y valorar los efectos de la norma en preparación sobre unos y otras. Debe completarse una tarea de estimación o valoración del impacto o los efectos desplegados como consecuencia de la aplicación de la norma que acompaña, lo que implica al menos un examen de los datos estadísticos e indicadores relevantes desagregados por sexo. Además, refiere que el proceso de elaboración de los informes de impacto de género está necesariamente unido a la elaboración del propio proyecto normativo al que se refiere debiendo ser, ambos procesos, paralelos. La redacción del informe de impacto consta de cuatro fases.

La autora en cita refiere que la primera fase es el análisis de la situación de partida que consiste en el diagnóstico sobre la situación de inicio

36 PAUNER CHULVI Cristina, Función legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género, España, Congreso de los Diputados, (25-09-19) recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/23467/44672.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

de mujeres y hombres en el ámbito tratado por la norma y relación con las políticas de igualdad de oportunidades. El conocimiento y manejo adecuado de esta información – estadística, cualitativa sobre roles y estereotipos de género y de identificación de objetivos de igualdad de oportunidades – por parte de los equipos que elaboran la norma y las personas que toman las decisiones, suponen una garantía de que la disposición no va a producir un resultado contradictorio con las obligaciones gubernamentales en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.³⁷

La segunda parte consiste en un análisis prospectivo de los resultados, es decir, cómo incidirá la aplicación de la norma sobre la situación de partida identificada. El adecuado desarrollo de la segunda parte del informe tiene como punto de partida el diagnóstico sobre el contexto de intervención realizado en el apartado anterior. No se podrá realizar una adecuada valoración del impacto de género si ambos no poseen una relación de coherencia entre sus contenidos.³⁸

El tercer bloque es la valoración del impacto de género o calificación de los efectos de la norma respecto del avance de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres siendo de dos tipos: en sentido negativo cuando la norma no disminuye las desigualdades de género identificadas ni se prevé que, como consecuencia de su aplicación, se dé cumplimiento a ningún objetivo de las políticas de igualdad de oportunidades. O bien, en sentido positivo cuando se prevé que la aplicación de la norma va a conseguir, de alguna forma, la eliminación de las desigualdades de género.³⁹

Finalmente, el informe de impacto de género implica la formulación de propuestas de mejora que son las sugerencias de modificación del texto o recomendaciones de aplicación para garantizar o mejorar los resultados de la norma en relación con su impacto de género.⁴⁰

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ídem.*

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ *Ídem.*

Como podemos apreciar el caso español nos ofrece posibilidades de inserción de la perspectiva de género en el proceso de generación de las normas, ya que se pueden rescatar estos avances sistemáticos de transversalización del género en el proceso legislativo, con el objetivo de enriquecer la propuesta que planteamos en esta investigación.

En este orden de ideas, nosotros proponemos una serie de acciones que pueden resultar en beneficio de tal objetivo, mismas que presentamos en el siguiente apartado, donde consideramos a la perspectiva de género como una caja de herramientas teóricas y conceptuales.

IX. La perspectiva de género como una caja de herramientas

El intento de señalar a la perspectiva de género como una caja de herramientas, se inserta en la lógica de Michel Foucault, cuando señala que su trabajo puede ser entendido de esa manera:

Entender la teoría como una caja de herramientas quiere decir:

- que no se trata de construir un sistema sino un instrumento, una lógica propia a las relaciones de poder y a las luchas que se comprometen alrededor de ellas; - que esta búsqueda no puede hacerse más que poco a poco, a partir de una reflexión (necesariamente histórica en algunas de sus dimensiones) sobre situaciones dadas.⁴¹

Como hemos señalado, cuando hablamos de la transversalización, la perspectiva de género es influyente de cualquier interpretación que se haga de la realidad, puesto que esta nueva mirada cambia significativamente los resultados de dicha interpretación, obteniendo realidades distintas, incluyentes, siempre en el sentido de la justicia y de la integralidad de los fenómenos.

41 FOUCAULT, Michel. "Poderes y Estrategias". En: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones, Alianza Ed., Madrid, 1985, p. 85.

Se trata pues de señalar las herramientas que ofrece la perspectiva de género en la construcción normativa.

Para ello, hemos explicado ya el proceso legislativo, para tener certeza de dónde y de qué forma se inserta la perspectiva de género, como herramienta teórica y metodológica.

En ese apartado referimos que el proceso legislativo ordinario⁴² consta de diez pasos, empezando por una iniciativa y culminando con la publicación en el DOF. En este proceso es necesario considerar los documentos legislativos que se crean, que son 5:⁴³

1. La iniciativa.
2. El dictamen de la comisión de la cámara de origen.
3. El dictamen del pleno de la cámara de origen.
4. El dictamen de la comisión de la cámara revisora.
5. El dictamen del pleno de la comisión revisora.

Es decir, una iniciativa y cuatro dictámenes, por ello es pertinente revisar cómo se crea cada uno de estos documentos y revisar cómo puede ser incorporada la perspectiva de género en cada uno de ellos.

Al respecto de la iniciativa, el artículo 78 del Reglamento de la Cámara de Diputados prevé lo siguiente:

Artículo 78.

1. Los elementos indispensables de la iniciativa serán:

I. Encabezado o título de la propuesta;

II. Planteamiento del problema que la iniciativa pretenda resolver;

⁴² Como hemos señalado, las reformas a la Constitución Federal necesitan ser aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas, que tendrán que realizar el procedimiento según su normatividad vigente.

⁴³ Solo en el caso de que el Ejecutivo Federal le realice observaciones y que éstas sean atendidas, hablaríamos de un documento más, mismo que deberá observar las mismas recomendaciones que le realizamos a los referidos documentos.

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

- III. Problemática desde la perspectiva de género, en su caso;*
- IV. Argumentos que la sustenten;*
- V. Fundamento legal;*
- VI. Denominación del proyecto de ley o decreto;*
- VII. Ordenamientos a modificar;*
- VIII. Texto normativo propuesto;*
- IX. Artículos transitorios;*
- X. Lugar;*
- XI. Fecha, y*
- XII. Nombre y rúbrica del iniciador.*

De los elementos propuestos, consideramos que son cinco donde se puede insertar la perspectiva de género para enriquecer la construcción del enunciado normativo: a) planteamiento del problema que la iniciativa pretenda resolver, b) problemática, c) argumentos que la sustenten, d) fundamento legal y e) el texto normativo propuesto. Como hemos venido sosteniendo, no presentamos una nueva forma de crear leyes derivada de las propuestas del feminismo, sino que incorporamos a la perspectiva de género en el proceso y acto de generación de leyes.

En el caso de los dictámenes, el Reglamento de la Cámara de Diputados dispone lo siguiente:

Artículo 85.

1. El dictamen deberá contener los siguientes elementos:

I. Encabezado o título del dictamen donde se especifique el asunto objeto del mismo, así como el ordenamiento u ordenamientos que pretenda crear o modificar;

II. Nombre de la comisión o comisiones que lo presentan;

III. *Fundamento legal para emitir dictamen;*

IV. *Contenido del asunto o asuntos, destacando los elementos más importantes, entre ellos el planteamiento del problema, así como la perspectiva de género, en su caso;*

V. *Antecedentes del procedimiento;*

VI. *Nombre del iniciador;*

VII. *Contenido del asunto o asuntos, destacando los elementos más importantes, entre ellos el planteamiento del problema;*

VIII. *Proceso de análisis, señalando las actividades realizadas, como entrevistas, comparecencias, audiencias públicas o foros, con el fin de tener mayores elementos para dictaminar;*

IX. *En su caso, valoración de impacto presupuestal, regulatorio u otro;*

X. *Análisis y valoración de los argumentos del autor que sustentan el asunto o asuntos;*

XI. *Análisis y valoración de los textos normativos propuestos, en su caso, explicando si se aprueban, modifican o desechan;*

XII. *En caso de dictamen positivo:*

a) *El proyecto de decreto;*

b) *La denominación del proyecto de ley o decreto;*

c) *El texto normativo que se somete a la consideración del Pleno, y*

d) *Los artículos transitorios.*

XIII. *En caso de dictamen negativo, el proyecto de acuerdo respectivo,*

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

XIV. En ambos casos el voto aprobatorio de la mayoría absoluta de las diputadas y de los diputados de la comisión o comisiones que dictaminan, que debe constar mediante firma autógrafa, y

XV. Lugar y fecha de la Reunión de la comisión en que se aprueba.

En el caso del dictamen consideramos que la perspectiva de género se puede insertar en cinco de sus elementos: a) contenido del asunto o asuntos, destacando los elementos más importantes, entre ellos el planteamiento del problema, así como la perspectiva de género, en su caso; b) proceso de análisis, señalando las actividades realizadas, como entrevistas, comparencias, audiencias públicas o foros, con el fin de tener mayores elementos para dictaminar; c) en su caso, valoración de impacto presupuestal, regulatorio u otro; d) análisis y valoración de los argumentos del autor que sustentan el asunto o asuntos; y e) análisis y valoración de los textos normativos propuestos, en su caso, explicando si se aprueban, modifican o desechan

En este orden de ideas, podemos dividir en dos grandes apartados la elaboración, tanto de las iniciativas como de los dictámenes, uno donde se inserta toda consideración teórica de la perspectiva de género, que son los primeros cuatro pasos que señalamos en las iniciativas y dictámenes, y uno propiamente metodológico, donde se redacta la propuesta normativa y que se relaciona directamente con la técnica legislativa.

En este sentido y retomando lo realizado por ONU Mujeres, las herramientas teóricas que proponemos, para los primeros cuatro elementos de las iniciativas y de los dictámenes son las siguientes:

- Revisión de los aspectos teóricos más importantes en materia de perspectiva de género, considerando las diversas escuelas de feminismo y sus efectos prácticos, para que la propuesta cuente con una mirada epistemológica adecuada y con la claridad

necesaria. Dentro de esta parte, es necesario considerar conceptos esenciales de carácter general como la propia definición de perspectiva de género, género, sexo, igualdad, identidad, paridad, igualdad sustantiva, igualdad jurídica, acciones afirmativas, discriminación, violencia, entre otros, si es necesario señalar algún error o sesgo entre la teoría y los enunciados normativos vigentes debe realizarse, con el objetivo de dejar claramente delimitados los conceptos que emplearemos.

Específicamente se debe referir la problemática que se pretende resolver, es decir, las cuestiones sociales a las que la propuesta de ley intenta responder, esto también se debe realizar desde la perspectiva de género, de tal forma si tratamos el tema de violencia, debemos observar las investigaciones que se han realizado al respecto desde esta perspectiva, y de la misma manera desde cualquier temática que se aborde.

- Con el objetivo de garantizar que la nueva disposición normativa no va a producir un resultado contradictorio en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, es pertinente realizar un diagnóstico sobre la situación inicial de mujeres y hombres en el ámbito tratado por la norma y relación con las políticas de igualdad de oportunidades, recurriendo a instrumentos estadísticos donde se aprecie la desagregación por género, edad, situación económica, situación geográfica, situación familiar, etc., para poder realizar análisis que reflejen lo más fielmente posible la realidad que se pretende legislar, creando la posibilidad de concebir el fenómeno o la problemática de que se trate, desde diferentes estándares estadísticos, lo que aumenta la complejidad de su estudio.
- Realizar un análisis prospectivo de los resultados. Es necesario proyectar los posibles resultados de la norma propuesta, es decir, cómo incidirá la aplicación de la norma sobre la problemática que se pretende resolver.
- En el mismo sentido de lo anterior, es necesario realizar una valoración del avance de la igualdad de oportunidades entre

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

mujeres y hombres que la norma plantea, pudiendo ser de tres tipos: una norma que coadyuve a eliminar las desigualdades, otra que ayude a mantenerlas y la última que, de alguna manera, pueda aumentarlas, lo que constituye un ejercicio crítico antes de la emisión de la norma.

- Consecuentemente con lo expresado, en el sentido de que no existe una metodología feminista, pero si formas diversas e integrales de mirar la realidad, es necesario resaltar las experiencias de las mujeres, porque son ellas las principales actrices de esta nueva mirada. Ya que han resultado de gran trascendencia los caminos teóricos y prácticos descubiertos por el feminismo y las feministas, en la necesidad de explicar la subordinación de género, y de resignificar la vida de las mujeres al proponer la construcción de un orden de género posible, desde la emancipación de las ataduras prefiguradas genéricamente.

Como ya hemos señalado, las investigadoras feministas escuchan más atentamente lo que las mujeres informantes piensan acerca de sus propias vidas y de las de los hombres, y mantienen posiciones críticas frente a las concepciones de los científicos sociales tradicionales sobre la vida de los hombres y las mujeres. Lo que les permite plantear críticamente alternativas donde las mujeres no sean relegadas como parte del análisis social, pero también como analistas de esa misma sociedad.

Observan también algunos comportamientos de mujeres y hombres que, desde la perspectiva de los científicos sociales tradicionales no son relevantes, como por ejemplo, en el caso de la historia, buscan patrones de organización de los datos históricos no reconocidos con anterioridad. Por ello es una aportación de índole metodológico que sean ellas las principales constructoras de los avances en la materia, sin que esto signifique que los hombres no podemos participar en dicho proceso, pero desde una distancia que resulta epistemológicamente adecuada, en virtud de que la opresión la han sufrido más las mujeres y la opresión de género, la han sufrido casi en su totalidad las mujeres.

Dentro de este contexto es necesario revisar las nuevas teorías que dan cuenta de las causas que han originado la condición y posición subordinada de las mujeres y de la limitación de sus aspiraciones.

- Tomar en cuenta la opinión de expertas y expertos en la materia, aunque no es propiamente una aportación de la perspectiva de género, porque la consulta de expertos debe darse en torno a cualquier temática, es importante que se escuche a quienes participan de los procesos sociales, desde todos los lugares y desde todos los ámbitos posibles.
- Es necesario revisar y analizar el contexto internacional en la materia, es importante para la justificación de las iniciativas y dictámenes la incorporación de los textos internacionales a los que México está suscrito, además se deben revisar el estatus que mantiene nuestro país en el cumplimiento de su obligación convencional. El listado con los tratados internacionales más importantes, se incluyen como anexo 1 de este trabajo.
- En el mismo sentido, es necesario revisar la legislación nacional en la materia. También se incluye en el anexo 1 de este artículo.
- Cuando se realice el análisis del impacto presupuestario, se debe ponderar la urgencia y la pertinencia del dictamen, es decir, la importancia que reviste socialmente aprobar una iniciativa en materia de igualdad de género, aunque tenga impacto presupuestario, puesto que justamente para lograr la igualdad de género es necesario reencauzar el destino del gasto público, siempre que sea en beneficio de la referida igualdad.
- Metodológicamente se debe redactar esta parte de las iniciativas o dictamen con lenguaje incluyente, procurando no limitarse al uso del femenino y masculino sino de palabras que integren de manera no sesgada a todas las personas, independientemente de su asignación de género.

Para la elaboración del enunciado normativo, debemos señalar los siguientes elementos de carácter metodológico:

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

- Redactar la iniciativa de ley con lenguaje incluyente.
- Solo en caso de ser estrictamente necesario, introducir acciones afirmativas.⁴⁴
- Los enunciados normativos deben reflejar alguno de los siguientes elementos:
 - Mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres.
 - Crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género.
 - Eliminar la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género.
 - Promover la igualdad entre los géneros.
 - Contribuir a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.
 - Finalmente debe obedecer a una técnica legislativa adecuada, contribuyendo al enriquecimiento de esta práctica y no solo limitándose a apegarse estrictamente a ella, en virtud de que se deben incorporar elementos de la perspectiva de género que no son considerados estrictamente objetivos por la ciencia tradicional, pero que son elementos que el legislador debe tomar en cuenta al momento de redactar sus propuestas normativas, en virtud de que el complejo social no es reductible a una apreciación objetiva.

Para terminar este apartado debemos señalar también, que cada una de estas herramientas teóricas y metodológicas deben insertarse dentro de los cinco documentos legislativos que se generan en el proceso de construcción de una norma, tanto en la iniciativa como en los cuatro

⁴⁴ Pensamos que deben emplearse solo en caso de estricta necesidad, puesto que debe prevalecer la igualdad en todos los sentidos. Aunque entendemos el origen y el sentido de dichas acciones afirmativas, consideramos que los mecanismos igualitarios no deben ser lesivos para nadie, no obstante, dada la problemática actual, lo planteamos de esta manera.

dictámenes (dos de la Cámara de Diputados y dos de la Cámara de Senadores), porque los esfuerzos en la construcción o dictaminación no tendrían resultado si en alguna de estas instancias se ponderan otros elementos o si el documento generado no refleja la perspectiva de género.

X. A manera de conclusiones

Sabiendo que no es posible concluir en una temática naciente, podemos señalar las siguientes consideraciones finales de este trabajo.

1. La perspectiva de género no ofrece una metodología específica para realizar leyes.
2. La perspectiva de género influye sobre la forma en que se realizan las leyes, alterando significativa y positivamente su elaboración.
3. La perspectiva de género aporta elementos teóricos y conceptuales en la elaboración de las normas.
4. La perspectiva de género puede ser considerada como una caja de herramientas que el legislador puede usar, no como un sistema sino como un instrumento, que mejore su práctica parlamentaria.

Entendida de esta manera, la perspectiva de género, se inserta dentro de un marco de pensamiento complejo, donde el saber necesita ser entrelazado con diversas disciplinas científicas que entiendan al objeto de estudio de manera integral y no sesgada. Entiende que el principio de reducción de la ciencia no puede ser mantenido en la elaboración normativa, y que debe ser empleado el principio de expansión en la forma de interpretar la realidad social, que con toda seguridad nos llevará a la construcción de normas más justas.

Actuando de esta manera, podríamos reconceptualizar lo que se analiza, reconceptualizar lo que entendemos por derecho, reconceptualizar la creación normativa, pensando quiénes son sujeto y objeto de la norma

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

Para Reyes Rodríguez,⁴⁵ tomar en serio los problemas inherentes a la creación de leyes y su utilidad en la construcción de políticas públicas, es aceptar una invitación en torno al debate sobre el proceso para tomar decisiones legislativas y sobre la calidad de las leyes.

Pensamos que el derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, debe procurar la igualdad entre sus ciudadanos, ya que esta constituye un valor y un derecho fundamental de las sociedades democráticas consolidadas.

Por ello, repensar el proceso legislativo, sus objetivos y su función social, es un desafío que implica la creación de leyes adecuadas a la realidad en beneficio de mujeres y hombres. Se trata de convertir a esta actividad en un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana, basada en la aceptación de las otras personas, la creación de un derecho que conciba a todos los seres humanos como iguales en su diferencia. Que sea capaz de concebir al humano más allá de su inscripción sexual, pero también más allá de su inscripción social, pero también más allá de su inscripción económica.

Se trata de generar un derecho no para dos, como lo refiere Tamar Pitch,⁴⁶ sino un derecho para todos.

XI. Bibliografía

BARTRA, Eli, (comp.), *Debates en torno a una metodología feminista*, 2da. Edición, México. Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2002.

45 REYES, R., El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional, México, *Isonimia*, No. 13, octubre, 2000.

46 PITCH, T., Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid, Trota, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Poderes y Estrategias. En: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Ed., Madrid, 1985.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México, Porrúa, 1989.

HARDING, Sandra, *¿Existe un método feminista?*, en Bartra, Eli (comp.).

HIERRO, G. *Epistemología, ética y género, en Género y epistemología. Mujeres y disciplinas*. Santiago de Chile, Universidad de Chile/Facultad de Ciencias Sociales/Programa Interdisciplinario de Estudios de Género, 1998.

INCHAÚSTEGUI, Teresa y UGALDE, Yamilet, *Materiales y Herramientas conceptuales para la transversalidad del género*, México, INMUJERES-DF, 2005.

KELLER, Evelyn Fox. *Reflexión on Gender and Science*. New Haven, Yale University Press, 1985, citada en Goldsmith Connelly Mary, *Feminismo e investigación social. Nadando en aguas revueltas*.

ONU MUJERES, *Guía para desarrollar legislación migratoria con perspectiva de género en México*, México, 2014.

PACHECO LADRÓN DE GUEVARA, Lourdes C., *El sexo de la ciencia*, México, ed., Juan Pablos Editor, S. A.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. 16a. ed. México, Porrúa, 1984.

PÉREZ TRINIDAD, S., *El género en perspectiva*. Análisis de las relaciones genéricas desde los pensamientos complejos de Erich Fromm, Michel Foucault y Edgar Morin. Efectos y alcances en la ciencia jurídica. Tesis de doctorado, UNAM Facultad de Derecho, 2014.

PITCH, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid, Trota, 2003.

La perspectiva de género y el proceso legislativo

Septiembre 2019

PAUNER CHULVI Cristina, *Función legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género*, España, Congreso de los Diputados, recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/23467/44672.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

REYES, R., *El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional*, México, Isonimía, No. 13, octubre, 2000.

RODRÍGUEZ, H., E. *Legislar con perspectiva de género*, México, Cámara de Diputados, 2017.

Legislación nacional

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres.

Reglamento de la Cámara de Diputados.

Legislación internacional

Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Páginas de internet

Sistema de Información Legislativa, recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=5>.

Sistema de Información Legislativa, recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=192>.

Sistema de Información Legislativa, recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/Congreso/congreso2.php?accion=1#Proceso>.

XII. Anexo instrumentos jurídicos en materia de género

Convenciones

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW).

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, (CEDAW)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”.

Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Menores.

Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres y Mayores de Edad.

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957).

Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (1963).

Declaraciones y conferencias

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo.

Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social.

Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer “Declaración y Plataforma de Acción de Beijing”.

Declaración y Objetivos del Milenio.

Declaración conjunta de las Relatoras Especiales sobre derechos de la mujer.

Seguimiento a conferencias

Beijing + 5, “Mujer 2000: Igualdad entre los Géneros, Desarrollo y Paz para el Siglo XXI”

Beijing + 10, “Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer”

Beijing + 15, “Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General”

Beijing + 20, Fueron una serie de eventos en diversas partes del mundo, para conmemorar 20 años de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1995, los temas principales fueron la renovación del compromiso político, el aumento de los recursos destinados a la igualdad entre mujeres y hombres y al empoderamiento de las mujeres.

Primer Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “Informe de relatoría de la conferencia de Estados parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención de Belém Do Pará”.

Segunda Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “Reunión de expertas/os sobre el mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención de Belém Do Pará”.

Tercera Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “Tercera Conferencia de Estados Parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención de Belém Do Pará”.

Cuarta Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “Cuarta Conferencia de Estados Parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención de Belém Do Pará”.

Quinta Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “Quinta Conferencia de Estados Parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención de Belém Do Pará”.

Primera Conferencia Extraordinaria de los Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “Cuarta Conferencia de Estados Parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención de Belém Do Pará”.

Sexta Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém Do Pará, “declaración sobre la violencia y el acoso políticos contra las mujeres”.

Primera Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina.

Segunda Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina (Macuto, Venezuela).

Tercera Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe (México D.F., México).

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

Cuarta Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe (Ciudad de Guatemala, Guatemala).

Quinta Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe (Curazao, Antillas Neerlandesas).

Sexta Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe (Mar del Plata, Argentina).

Séptima Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe (Santiago de Chile).

Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (Lima, Perú).

Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (México D.F., México).

Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (Quito, Ecuador).

Undécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (Brasilia, Brasil).

Duodécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (Santo Domingo, República Dominicana).

Resoluciones de la asamblea general de la organización de las naciones unidas

52/86. Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer.

1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

65/229. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) 70/219. La mujer en el desarrollo

Convenios con la organización internacional del trabajo

Convenio 3 Relativo al Empleo de las Mujeres antes y después del parto.

Convenio 45 Relativo al Empleo de las Mujeres en los Trabajos Subterráneos de toda clase de minas.

Protocolo 89 Relativo al Convenio Relativo al Trabajo Nocturno de las Mujeres empleadas en las Industrias.

Convenio 100 Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un Trabajo de igual valor.

Convenio 102 Relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social.

Convenio 103 Relativo a la Protección de la Maternidad.

Convenio 111 Relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación.

Convenio 156 Relativo a la Igualdad de Oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

Convenio 183 Relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad.

Fundamento jurídico nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Ley del Instituto Nacional de las Mujeres.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

La Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

La perspectiva de género y
el proceso legislativo

Septiembre 2019

Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a Víctimas de esos Delitos.

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Q uórum 127 Legislativo

MIGRACIÓN Y TRABAJO INFANTIL EN LA FRONTERA SUR, LA CONTRAPORTADA DEL DESARROLLO

Beatriz Rojas Venegas

SUMARIO:

I. Introducción

II. De los migrantes: el fenómeno de la migración y la migración infantil

III. La migración indocumentada: rutas y escenarios fronterizos

IV. La pobreza, antónimo del desarrollo social que da origen a la migración

V. Obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de migración de niñas, niños y adolescentes

VI. Algunos derechos que el Estado mexicano, tiene la obligación de salvaguardar a los niños migrantes

VII. Reflexiones sobre el trabajo y la migración infantil en la frontera sur

VIII. A modo de conclusión

IX. Bibliografía

Q uórum 127 Legislativo

Septiembre 2019

I. Introducción

El éxodo poblacional de Centro y Sudamérica representa un fenómeno que debe ser resuelto mediante políticas migratorias que sean sustanciales al acatamiento de los derechos humanos. Esta necesidad urgente debe asumirse en cada Estado, atendiendo a la correlativa obligación en los procesos migratorios.

Un factor determinante que detona la migración es la pobreza que constituye una singularidad en aprecio directo a los derechos humanos. Es un hecho incuestionable, que la población migrante busca satisfacer en otras latitudes necesidades básicas que en su país de origen no puede optimizar, entre ellas: el desarrollo personal, el trabajo sostenible, seguridad pública y jurídica.

Sobre este particular, cada año, el territorio nacional se convierte en el paso de la caravana migrante que está constituida por grupos vulnerables como: mujeres, ancianos, niñas, niños y adolescentes que se aventuran a un aparente cambio sustancial. Bien es cierto, que los Estados Unidos Mexicanos ha implementado diversas políticas estatales en aprecio del reconocimiento de los derechos humanos de la población migrante; sin embargo, ha sido superada la buena intención política porque se ha dejado al Estado mexicano una carga desmedida en atención a la singular situación que guarda Guatemala, el Salvador y principalmente Honduras territorio denominado (Triángulo del Norte).

Se advierte que nuestro territorio es paso hacia los Estados Unidos por la peculiaridad geográfica que presenta. Pero existen dos fronteras de paso migrante en nuestro país, una es la frontera sur y otra es la norte; ambas presentan desemejanzas amplias como: desarrollo económico diferencial, condiciones sociales y climáticas distintas (por mencionar algunas). De fondo, ambas fronteras pueden presentarse agrestes con los migrantes tanto nacionales como extranjeros.

La frontera norte, por ejemplo, por la proximidad con los Estados Unidos de Norteamérica revela en apariencia oportunidades de trabajo, pero demanda mano de obra cualificada y barata. Además, es indispensable ponderar la política antiinmigrante de Trump, que tiene el enfoque de cerrar sus fronteras al acceso de extranjeros indocumentados. Visto desde este ángulo, mientras nuestro país no clasifica como delito la “migración irregular o ilegal”, para Estados Unidos esta dinámica atenta contra el orden jurídico y la seguridad nacional, señalando a la persona migrante como un delincuente.

Por ello, resulta imperativo que los Estados involucrados en esta problemática reformulen políticas de desarrollo nacional, considerando las necesidades de bienestar de la población entera. Privilegiando el respeto irrestricto de grupos vulnerables (como es el caso de los niños y los adolescentes). En esa tesitura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido la importancia de eficientar la adopción de medidas por parte de cada Estado, para que eliminen sustancialmente las violaciones masivas y evidentes de los derechos humanos que fortalezcan a la persona humana y su desarrollo.

En términos garantistas, toda persona humana tiene un resguardo mínimo de derechos que deben ser reconocidos e instrumentados por el Estado, de ahí, que es indispensable que las autoridades nacionales garanticen en su marco de acción los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana, cumplimentando de manera irrestricta el resguardo de derechos humanos y específicamente el principio de “interés superior de la niñez” contenido en el artículo 4° constitucional; así como la aplicación de la Ley de Migración artículos 29, 112, 17; numerales 18, 89 y siguientes de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Septiembre 2019

II. De los migrantes: el fenómeno de la migración y la migración infantil

*Todos los seres humanos nacen libres
e iguales en dignidad y derechos
sin distinción de origen nacional o social.¹*

En las últimas décadas, la dinámica de los procesos migratorios se ha incrementado a nivel mundial, convirtiéndose en una problemática que día a día se ha recrudecido tanto en el Estado que genera el éxodo migratorio, como el receptor, por las imbricaciones sociales, culturales, políticas y económicas que comprende.

A propósito del fenómeno migratorio irregular, este se da por la búsqueda de condiciones plausibles en materia de seguridad; oportunidades de desarrollo personal; trabajo sostenible; búsqueda de recursos naturales que provean alimentos; seguridad jurídica para la población, entre otras consonancias que por ausencia o vicios de políticas estatales arrojan al ostracismo a la población migrante.

Empero, la migración no es un fenómeno aislado pues advierte problemas correlativos (sin solución en los países de los que emerge esta población); sin duda, el contexto es recurrente y se asocia (entre otras causas), a la pobreza material y a la falta de resguardo jurídico que constituye una singularidad negativa en aprecio directo a los derechos humanos. Cabe destacar, que el éxodo de personas no tiene límite de edad y cantidad. Resultando de vital relevancia la presencia de niños y adolescentes en compañía de adultos y en ausencia de éstos que por sus características presentan un alto grado de vulnerabilidad y en ese sentido, demandan mayor protección.

En términos garantistas, Luigi Ferrajoli, señala que todas las personas humanas tenemos un resguardo mínimo de derechos que deben ser

¹ Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, [4 abril de 2019], disponible desde: www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/articulos, pp. 1 y 2.

reconocidos e instrumentados por el Estado, que representan un vínculo y límite jurídico,² tal constructo refuerza el Estado de derecho plenamente eficaz; por lo tanto, se requiere de la eficientización de políticas públicas que protejan debidamente los derechos fundamentales de las personas. Máxime, si se trata de grupos vulnerables como son: las minorías, las mujeres, los ancianos, los refugiados, y particularmente los niños y adolescentes (objeto de la presente disertación).

En esa tesitura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del tema de la migración humana, acoge una constante preocupación sobre la vigilancia e implementación de políticas públicas para que cada uno de los Estados partes, salvaguarden la integridad de este grupo vulnerable, evitando el quebrantamiento de sus derechos humanos.

Respecto de la singularidad de la migración de niñas, niños y adolescentes, nuestro país ha verificado diversas políticas estatales en aprecio del reconocimiento e implementación de los derechos humanos de los migrantes (al menos sobre el margen normativo).

Tales esfuerzos se denotan en la ejecución de diversos programas y acciones, como la instauración de la figura de los Oficiales de Protección a la Infancia³ y el Grupo Beta, cuyas funciones se sujetan a la asistencia y acompañamiento de niños y adolescentes extranjeros durante su procedimiento administrativo migratorio; así como cuestiones relativas a los procesos de repatriación de menores de dieciocho años mexicanos desde los Estados Unidos; es decir, asistencia humanitaria y

2 FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, editorial Trotta, 4ª edición, 2004, pp. 18 y 19.

3 Agentes Federales de Migración encargados de la protección de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados y repatriados. El 30 de marzo de 2007, se instauró el *Modelo de Protección de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados*, en el que se contempló la figura del Oficial de Protección a la Infancia (OPI). El 10 de agosto de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *Protocolo de Actuación para Asegurar el Respeto a los Principios y la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procedimientos Administrativos Migratorios*, el cual, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de los derechos de menores de edad migrantes extranjeros acompañados y no acompañados, el acceso a la seguridad jurídica y al debido proceso dentro del Procedimiento Administrativo Migratorio. Instituto Nacional de Migración: Acciones y Programas, Página Principal del Instituto Nacional de Migración [9 de abril de 2019], disponible desde: <https://www.gob.mx/inm/acciones-y-programas/oficiales-de-proteccion-a-la-infancia-opi>

Septiembre 2019

acompañamiento como lo ha venido realizando el Grupo Beta con las recientes caravanas migrantes.

Se debe entender que “la migración” es un hecho que trasciende social, económica y políticamente y que el Estado mexicano se arraiga como un territorio de paso hacia los Estados Unidos por la peculiaridad geográfica; de ahí, que esa vecindad implica el hecho de ser receptor de migración, convirtiéndonos en un país de origen, tránsito, destino y retorno, por lo que subyace obligatorio reexaminar las causas fundamentales de la migración de niños y adolescentes y algunos problemas coligados a este fenómeno, como el trabajo infantil y adolescente.

Significativamente, la migración ha presentado diversas etapas y es inversa al ritmo de la globalización y del desarrollo de los países expulsores de personas migrantes.

Bajo un contexto doméstico, la migración nacional operó hasta la década de los años cuarenta, como una situación anómala que se presentaba en una forma atractiva de industrialización y cambio económico de las zonas rurales a las ciudades “desarrolladas”, lo que originó la traslación de recursos humanos a propósito de mejorar la calidad de vida, que a la postre posibilitó la funcionalidad y resguardo de un mínimo de necesidades que se vieron cubiertas, pero fraguó un factor negativo con el abandono del campo cada vez más debilitado.

Hemos podido advertir, que la migración se asocia a la pobreza que es una realidad en los países en procesos de desarrollo, casi un ingrediente territorial. Por lo que, hablar de migración supone connotar un fenómeno profundo en las realidades latinoamericanas, hecho recurrente debido a la falta de oportunidades de desarrollo en el plano económico y laboral lo que recrudece las condiciones de “desarrollo personal” en la región.

Es un hecho relevante, que los procesos migratorios no escapan a la dimensión política. En los Estados Unidos Mexicanos, están presentes en

la agenda política los temas migratorios y particularmente los análisis sobre grupos vulnerables como es el caso de los niños y adolescentes.

Incluso, como lo señala el artículo 2° de la Ley de Migración, la política migratoria del Estado mexicano, está fundamentada en una serie de programas y acciones, para atender el fenómeno migratorio en nuestro país; habida cuenta, que somos un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes y que para la debida cumplimentación de la política migratoria, es indispensable el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes; con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad,⁴ mujeres y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se reputa migrante, a la persona que deja o que llega a otro Estado con el propósito de residir en éste.⁵ El artículo 3, fracción XVII de la Ley de Migración, insta que el migrante, es, el *individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación*.⁶ Bajo tal precepto, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)⁷ lo define como: la persona que se desplaza o se ha desplazado, a través de una frontera internacional o dentro de un país fuera de su lugar habitual de residencia, independientemente de la situación jurídica, el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, las causas de éste o la duración de su estancia.⁸

4 En este sentido, se debe privilegiar la "unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente", como criterio prioritario de internación y estancia de extranjeros para la residencia temporal o permanente en México.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de setiembre de 2003, párr. 69, [11 de abril de 2019], disponible desde: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

6 Ley de Migración, Artículo 2, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, última reforma aplicada el 12 de junio de 2018, .

7Es una organización internacional creada hacia el año de 1951. Para el año de 2016 fue reconocida por las Naciones Unidas, como una agencia especializada en virtud de la Resolución N.º 1309 del Consejo de la Organización Internacional para las Migraciones, como un interlocutor en el ámbito de la movilidad humana en la protección de los migrantes y en las actividades operativas relacionadas con los migrante, los desplazados y las comunidades afectadas por la migración, con inclusión de las esferas del reasentamiento y el retorno, así como en la incorporación de la temática migratoria en los planes de desarrollo. Actuando como una organización internacional independiente, autónoma y sin fines normativos en las relaciones de colaboración con las Naciones Unidas que establece el Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Organización Internacional para las Migraciones (A/70/976). *Vid.* Naciones Unidas, Asamblea General, [14 de mayo de 2019], disponible en: <http://undocs.org/es/A/70/976>.

8 Naciones Unidas, Naciones Unidas, [17 de mayo de 2019], disponible en: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/>

Septiembre 2019

El proceso de migración tiene diversas vertientes, aunque puede explicarse a partir de la ausencia de desarrollo como plan estatal,⁹ lo anterior, a propósito de las fluctuaciones económicas en los mercados internacionales que desestabiliza a las naciones pobres, que se coliga con los índices de violencia y decrecimiento económico y la ausencia de desarrollo personal que arroja a los migrantes a la apuesta por un futuro aparentemente sustentable en otro país.

Así, lo contrario al presupuesto de “desarrollo personal” es, la “pobreza”, que limita la frontera del progreso económico de la persona humana¹⁰ y en forma lineal menoscaba sus derechos fundamentales. Concibiéndose, que la pobreza no sólo tiene un orden económico de quebranto, sino sustancial de iure, que incide en la no aplicación de derechos intrínsecos como reconocimiento de condiciones mínimas para la subsistencia humana, (conocido como enfoque de derechos).

Lo anterior, hace suponer que la falta de oportunidades económicas es inversamente proporcional al desarrollo humano como factor de cambio. Ciertamente, la migración es un proceso que ha evolucionado, dando lugar al surgimiento de nuevos actores como son las niñas, niños y adolescentes migrantes, quienes debido a las condiciones en las que se encuentran se ven en la necesidad de migrar involuntariamente.

Lo anterior, va a repercutir de alguna manera en el ámbito laboral; toda vez, que la migración está profundamente vinculada con la necesidad de un trabajo remunerado. Máxime, si consideramos que en otros países hay escasez de trabajadores para cubrir compromisos (casi domésticos), en otras realidades económicas hay mano de obra y

⁹ La Asamblea General de las Naciones Unidas, supone que el “desarrollo” es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan. ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El derecho humano frente a la mundialización del mercado: Conceptos, contenido, objetivos y sujetos*, Madrid, Colección Cooperación y Desarrollo, No. 19, Instituto Universitario IEPALA, Red ALMAR ediciones, 2005, pp. 36-38.

¹⁰ La persona humana, es igual al ser humano, que significa individuo de la especie humana, de cualquier edad o sexo, es decir, la sustancia individual de la naturaleza racional. A decir de Galindo Garfías, comprende una porción de seres que por sus cualidades específicas e intelectuales y morales se diferencian de todos los demás seres vivos, de las cosas inanimadas y de las personas jurídicas, morales o colectivas. Véase. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *La persona y sus atributos*, México, UANL, 2002, [26 de agosto de 2019], disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23961.pdf>, pp. 27 y 28.

ausencia de oportunidades laborales,¹¹ además, es un hecho insoslayable que el éxodo de *migrantes contribuye al desarrollo económico*¹² sostenible de un país.

Como ha quedado de manifiesto, los procesos migratorios tienen diversas connotaciones y población fluctuante en cuanto a género y edad, pero impacta severamente la migración de niñas, niños y adolescentes.¹³ Los primeros se aventuran en el proceso de migración con el ánimo de reencontrarse con sus padres, los segundos (en la mayoría de las ocasiones), para hallar un resguardo donde “vivir seguro” o para obtener oportunidades de empleo, aunque no se excluye la posibilidad de integración familiar.

Especialmente, es necesario considerar el grado de dependencia y cuidado especial que requieren las niñas, niños y adolescentes para desarrollarse de manera adecuada, porque la peculiar característica derivada de su edad los convierte en un grupo vulnerable. Empero, por esta motivación sus derechos se encuentran salvaguardados en diversos instrumentos¹⁴ internacionales; a nivel nacional, el encuadre del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recoge la afirmación jurídica de protección a los menores de dieciocho años.

Cabe destacar, que la Corte Interamericana ha determinado mediante criterio jurisprudencial, que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, considerando las características intrínsecas

11 NAVARRETE PRIDA, Alfonso J., y STEIN VELASCO, José Luis F., *Migración Laboral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Número 295, UNAM, 2018, pp.9 y 10.

12 *Ibidem*, p. XXV.

13 El artículo 3, de la Ley de Migración, fracción XVIII, los reputa como menores de 18 años, que se encuentren en territorio nacional y que no estén acompañados de un familiar consanguíneo o persona que tenga su representación legal. Véase. Ley de Migración, *Op. Cit.*

14 Adoptada el 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de setiembre de 1990. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo); entre otros.

Septiembre 2019

de los niños y la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos.¹⁵ En esa tesitura, podemos evidenciar que el interés superior del niño es un principio esencial según el cual se deben regir los Estados, en aquellas cuestiones en donde quede involucrado voluntaria o involuntariamente un menor de dieciocho años.¹⁶

Pero incluso, aún con los resguardos jurídicos el escenario es exponencial porque en el curso migratorio de estos grupos vulnerables, quedan expuestos a diversos peligros como: la explotación sexual comercial infantil y la explotación laboral (por mencionar algunos);¹⁷ de tal suerte, que el tan anhelado constructo de la teoría garantista de los derechos humanos de acato y respeto a la dignidad de la persona humana, particularmente los derechos de los niños, queda suscrita como una buena intención que no siempre trasciende al plano de eficientización en su esfera jurídica, lo cual pudiere ser criticable.

III. La migración indocumentada: rutas y escenarios fronterizos

A partir de la segunda guerra mundial se comenzó un ajuste en los mercados económicos, lo que ha consensuado flujos migratorios de personas, posicionándolos en lugares o zonas atractivas para desarrollarse plenamente.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, ha reconocido que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político,

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 163, [23 de abril de 2019], disponible desde: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=285

16 El Sistema interamericano de protección de derechos humanos y la Corte Interamericana, han establecido que se aplicarán los derechos establecidos para los niños a todas las personas menores de 18 años. Véase. Informe sobre la infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos 2ª edición, 2008, párr. 27. y Corte IDH., Opinión Consultiva No 17, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 29 de agosto de 2002, párr. 40, [20 de mayo de 2019], disponible desde: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

17Vid. Representantes de UNICEF de Centroamérica visitarán la frontera norte y sur de México para conocer mecanismos de repatriación de niños, [8 de mayo de 2019], disponible en: www.unicef.org/mexico/spanish/mx_pr_visitafronteras.pdf.

que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan, sean económicos o de vinculación jurídica, como reconocimiento de derechos.¹⁸

Por ende, estos flujos masivos de personas son considerados “flujos migrantes mixtos” porque incluyen refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros, como es el caso de las niñas, niños y adolescentes.¹⁹ En este sentido, la movilidad geográfica de las personas se ha vuelto compleja, permeando aristas diversas, pero con dos significantes de recurrencia: la pobreza material y jurídica que motivan la traslación y oscilación de personas a otros territorios. Dada la situación irregular no se les permite entrar, permanecer o trabajar, pudiendo ser deportados en aprecio a tal situación.²⁰

En nuestro contexto, subyacen dos países desarrollados que consolidan el “objetivo laboral” y “mejora social” para migrantes tanto nacionales, como centro y sudamericanos, refiriéndonos a los Estados Unidos de América y Canadá. Donde el primero de éstos, ha exacerbado los controles fronterizos y las políticas migratorias (que arraigan cada vez más el manejo discrecional y arbitrario de las personas migrantes), instaurando una creciente separación y resguardo desigual de niños y adultos.

De igual forma, las políticas migratorias y los mecanismos de control implementados por nuestro país, se han puesto en boga porque generan inquietud sospechándose estar alejados del resguardo y cumplimiento de derechos humanos para los migrantes, específicamente en el caso de los niños y adolescentes.

18 Naciones Unidas, Desarrollo, [24 de abril de 2019], disponible desde: <https://www.un.org/es/sections/what-we-do/promote-sustainable-development/>

19 OIM. Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. 19 de octubre de 2009, [15 de mayo de 2019], disponible desde: https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf, p. 1.

20 CARRASCO GONZÁLEZ, Gonzalo, *La migración centroamericana en su tránsito por México hacia los Estados Unidos*, Revista Alegatos, México, Departamento de Derecho, División de Ciencias y Humanidades, Volumen 27, número 83, enero/abril de 2013, UAM-Azcapotzalco, 2013, pp. 170, 173.

Septiembre 2019

Sobre este punto medular, deben considerarse las políticas públicas que en materia de migración están implementando otros países, particularmente el Triángulo Norte de Centroamérica, integrado por el Salvador, Guatemala y Honduras,²¹ porque sus políticas públicas²² pueden vislumbrarse institucionalmente fragmentadas al no existir coordinación entre los poderes del Estado; o en caso extremo ser delegadas a la cooperación internacional por falta de recursos económicos como en el caso de Honduras.²³

a) La frontera sur

En el caso de Latinoamérica, existen dos puntos nodales en la migración: la frontera sur y la frontera norte. Parecería que las condiciones imperantes se presentan iguales, pero significativamente muestran características diferenciales ya que mientras en la parte norte, el Instituto de Migración²⁴ conoce de asuntos relacionados

21 El Estado salvadoreño coloca mayor énfasis en la protección y extensión de derechos que los otros dos Estados...su liderazgo es alto, pues participa en todos los programas que involucran participación política y extraviados/detenidos. En el caso de Honduras el énfasis está puesto en el mecanismo de incorporación del migrante en la economía nacional; el liderazgo del Estado es secundario pues son las organizaciones internacionales quienes más influyen en la adopción de los programas de trabajadores temporales o remesas para el desarrollo. se han identificado tres tipos de participación: 1) Como conductor de la acción; 2) En alianza con actores no estatales de la sociedad civil u organizaciones internacionales; 3) En delegación de sus funciones en estos dos actores. ROSALES SANDOVAL, Isabel, *Historia reciente de las Políticas Migratorias*, en GALEANA, Patricia (Coord.), *Historia Comparada de las Migraciones en México*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia - UNAM, 2014, pp. 205 y 219.

*22 Hace algunos años, los países centroamericanos se decantaron por la necesidad de homologar su legislación en materia de migración, para el mejor control de sus procesos migratorios y sus fronteras, de tal suerte que se generasen beneficios generales en la zona. Se acordó en 2004, el plan de integración centroamericana SISCA, Salvador, Guatemala, Honduras, plan de integración migratoria centroamericana, el cual se conjeturó para establecer una dinámica plausible de migración de las personas entre estas fronteras, respetando en todo momento los derechos humanos. En el documento, que presenta la propuesta de planificación estratégica de la Secretaría de la Integración Social Centroamericana (SISCA) para el período 2016-2020, como parte de la nueva etapa del proceso de integración regional iniciada con la creación del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), los Estados miembros suscriben el Tratado de la Integración Social Centroamericana (TISCA), como un instrumento jurídico complementario a lo normado por el Protocolo de Tegucigalpa (1991), por medio del cual buscan posicionar a lo social como un campo de trabajo central de los esfuerzos integracionistas, para que se promuevan procesos de inclusión, bienestar y equidad. Vid. Secretaría de la Integración Social de Centro América, Página oficial de la SISCA, *La movilidad laboral: Perspectivas de trabajo desde la mirada de los actores en Centroamérica*, [7 de mayo de 2019], disponible desde: www.sisca.int/, pp. 7, 208*

23 Ídem.

24 El Instituto Nacional de Migración, es un órgano dependiente de la Secretaría de Gobernación, cuyo sustento operacional se encuentra en el artículo 19 de la Ley de Migración. Es un órgano administrativo desconcentrado, que tiene por objeto la ejecución, control y supervisión de los actos realizados por las autoridades migratorias en territorio nacional, así como la instrumentación de políticas en la materia. Con fundamento en el artículo 20 de la ley en comento, instrumentará la política en materia migratoria; a través de la Coordinación de grupos de atención a migrantes como los Oficiales de Protección a la Infancia y Grupo Beta. El Grupo Beta, tiene como principal vertiente proporcionar ayuda humanitaria, primeros auxilios, asistencia migratoria y orientación jurídica. El encuadre normativo dispone en el

con nacionales y extranjeros. La frontera sur, atiende a extranjeros y tiene la característica de ser un paso desmedido de ciudadanos que construyen una migración temporal.

Históricamente, han existido flujos migratorios interregionales desde la segunda mitad del siglo XIX, numerosas familias se desplazaban desde Guatemala a la frontera sur de México para trabajar temporalmente en el cultivo de la caña de azúcar, café y algodón.²⁵

Las causas que originan la tendencia migratoria en esta región son multifactoriales; entre ellas, podemos convalidar la demanda de empleo y los desajustes en la seguridad pública en su región de origen. El factor humano que cruza irregularmente por esta frontera presenta carencias económicas y nula formación académica, lo que supone una disminución en las posibilidades de desarrollo.

Por otra parte, es justificable la sustracción vía migración de estos territorios por los procesos de violencia y la presencia cada vez más recurrente del crimen organizado; estos desplazamientos humanos, a partir del año 2000 fueron provocados por cuestiones de

artículo 29 de la Ley de Migración, que: corresponde al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y al de la Ciudad de México, proporcionar asistencia social a las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados (en tanto se resuelva su situación migratoria). Lo anterior, se coliga con el precepto normativo del Capítulo VII, del Procedimiento en la Atención de Personas en Situación de Vulnerabilidad, artículo 112 fracciones I a VI, de los niños o adolescentes migrantes no acompañados; para lo cual se habrá de observar lo siguiente: Informar al menor el motivo de su presentación y sus derechos, poniéndolo en comunicación con el consulado de su país. El Instituto Nacional de Migración, deberá canalizarlo de manera inmediata al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y/o de la Ciudad de México (según sea el caso), con objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada (en tanto se resuelva su situación migratoria). Empero, si fuesen alojados en una estación migratoria, se le deberá asignar un lugar de resguardo distinto al de los adultos (haciendo el comunicado respectivo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a las comisiones estatales de derechos humanos (en su caso), así como al Comité Estatal del Sistema Nacional de Seguimiento y Vigilancia de la Aplicación de los Derechos del Niño en la entidad que corresponda, a efecto, de que colaboren en la garantía y protección de sus derechos. Los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México, garantizarán el eficaz retorno asistido del menor con sus familiares adultos, (respetándose plenamente sus derechos humanos y el interés superior de la niñez contenido en el artículo 4º constitucional). Por otro lado, el Capítulo Segundo "Del Derecho de Prioridad" de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, (LGDNNA), en sus numerales 17 y 18, reformulan y contextualizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes para que se les brinde protección en cualquier circunstancia.
Ley de Migración, *Op Cit.*

25 Naciones Unidas, Página Oficial de la Asamblea General, Distr. General A/HRC/11/7/Add.3. 18 de marzo de 2009, Consejo de Derechos Humanos, 11º período de sesiones, Tema 3 de la agenda provisional Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo, [24 de abril de 2019], disponible en: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7045.pdf

Septiembre 2019

seguridad pública ante la presencia de bandas delictivas organizadas internacionalmente, entre ellas, la mara salvatrucha.²⁶

En el caso de la migración de niños y adolescentes encontramos un matiz mecánico que se traduce en el anhelo de la reunificación familiar, aunque también puede suponer una mejora en el desarrollo económico, vía empleo. Máxime, que las altas tasas de desempleo; la pobreza; la corrupción y los altos niveles de violencia en la región, resultan condicionantes para que diversas personas, incluso, menores de edad decidan migrar.²⁷

De acuerdo, con un estudio realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en el año de 2017), casi la totalidad de las personas que iniciaron su recorrido en Centroamérica, tomaron como paso el territorio nacional y su destino final era el vecino país del Norte; empero, aquellos que no lograron el sueño americano o tuvieron dificultades para retornar a su país, acogieron nuestro territorio como un lugar gentil para vivir sin tanta violencia.²⁸

Así, en la zona de Chiapas que colinda con Guatemala, hacen marcada presencia los migrantes provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica.²⁹ Esta migración tiene una dinámica de dos posiciones; es decir, aquellos que trabajan en diversas ocupaciones y retornan a su país y aquellos que van en tránsito a los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá. Este punto de tránsito es importante, porque atiende a un número inusitado de migrantes, hombres y mujeres (adultos y niños).

Siendo los niños y adolescentes los que enfrentan una situación de doble vulnerabilidad, pues en la mayoría de las ocasiones se introducen en territorio nacional sin compañía de algún familiar adulto y sin documentación que avale su personalidad jurídica.

26 CARRASCO GONZÁLEZ, Gonzalo, *Op. Cit.*, p. 175.

27 FUENTES FLORES, César, M., *Las fronteras de México: Nodos del sistema global de las drogas prohibidas*, México, Colegio de la Frontera Norte, Flasco Ecuador, Baja California, 2017, p. 53.

28 COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los desafíos de la migración y los alberges Oasis*, Encuesta Nacional de Personas Migrantes en Tránsito por México, México, 2017, pp. 29 y 31.

29 En términos generales, los migrantes provenientes de Guatemala, Honduras y El Salvador, países que conforman el llamado Triángulo Norte de Centroamérica, presentan la mayor proporción de migrantes en tránsito por México.

Como se adujo anteriormente, la frontera sur, es casi un paso de libre acceso de “personas y mercancías”. En apariencia, la política migratoria nacional no es tan rigurosa como la estadounidense, pero de acuerdo con la UNICEF, Centroamérica y México representan una zona de importantes flujos migratorios, donde las personas migran de manera irregular, exponiéndose a condiciones perjudiciales para su salud y su seguridad, situación que se agrava cuando los flujos migratorios están compuestos de niños, niñas y adolescentes que viajan solos.³⁰

Por otro lado, específicamente en esta zona, el Instituto Nacional de Migración, realiza habitualmente repatriamientos a los países que integran el triángulo norte de Centroamérica. Tales eventos de repatriación tienen un significado cuando se trata de niños y/o adolescentes que son altamente vulnerables.³¹

Es evidente, que los migrantes no permanecen mucho tiempo en estos territorios, ya que buscan “mejorar” sus condiciones de vida; por tanto, el territorio nacional suele ser enlace a los Estados Unidos. Habida cuenta, que los municipios de la frontera sur de nuestro país presentan los mayores niveles de pobreza connotando asimetrías con el resto de las entidades federativas.

De acuerdo con la CONEVAL, los municipios fronterizos del sur tienen porcentajes altos de población en extrema pobreza;³² en ese sentido, las condiciones imperantes en esta frontera tienen algunos rasgos distintivos en materia social y económica que su país de origen, haciéndolos poco atractivos. Por ello, suele ser perceptible la presencia “temporal” de niños y adolescentes centro y sudamericanos cuya intención es desempeñar una actividad remunerada algunas veces ilícita.

Cabe destacar, que la economía de los municipios de nuestra frontera sur, presentan una dependencia de actividades agrícolas, pecuarias y

30 UNICEF, *La Infancia en peligro*, agosto de 2018, [13 de mayo de 2019] disponible en: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/Desarraigados_en_Centroamerica_y_Mexico.pdf, pp. 3 y 4.

31 MEZA ESTRADA, Miguel Antonio, *Aves de Paso. Niños migrantes NO acompañados*, México, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2015, p. 120.

32 FUENTES FLORES, César, M., *Op. Cit.*, p. 185.

Septiembre 2019

actividades en las ramas de la construcción y servicios diversos.³³ Podemos advertir, que las principales razones por las cuales migran las personas de Latinoamérica y específicamente del Triángulo Norte de Centroamérica son: razones económicas por desarrollo limitado y cuestiones de inseguridad derivadas de la violencia social y política.

De ahí, que en aprecio a la gran movilidad en Centroamérica *se conjeturó ... establecer una dinámica plausible de migración [...], respetando en todo momento los derechos humanos.*³⁴ Ya que se ha puesto de manifiesto que estos grupos quedan expuestos a diversas conductas típicas contra la seguridad de las personas como son: la extorsión, el homicidio, el secuestro, el abuso sexual; la trata de personas y en general la violación de derechos humanos.³⁵

Sin embargo, la creciente ola de migración de centro y Sudamérica está acrecentando los desafíos para la política migratoria mexicana. Diversos estudios, destacan que el sistema de asilo mexicano y su capacidad para proteger a los migrantes ha sido rebasada. Lo que plantea retos complejos en la capacidad de reacción, capacitación y sensibilización del personal de migración que es un claro desafío para el Estado mexicano, con la consecuente llegada masiva de migrantes menores de dieciocho años.³⁶

b) La frontera norte, la casi idealización del sueño americano

La frontera norte, por la proximidad con los Estados Unidos de Norteamérica compele una dinámica desemejante. En principio, el colindante país revela “oportunidades” de trabajo que demanda mano de obra cualificada y barata, hecho al que no puede acceder todo el conjunto de migrantes tanto nacionales como extranjeros.

³³ *Ibídem*, p. 195.

³⁴ *Ibídem*, p. 208.

³⁵ En relación con la violación de derechos fundamentales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ha tenido conocimiento de diversas quejas en las que se acreditan violaciones de derechos humanos a los migrantes respecto de su seguridad jurídica, trato digno y legalidad, por parte de las autoridades migratorias. GARCÍA GARCÍA, Guadalupe Leticia (Coord.), *Migración en nuestra Frontera Sur: el respeto a los derechos humanos como requisito indispensable ¿un escenario posible?*, México, FES-Acatlán- UNAM, 2018, p. 143.

³⁶ NAVARRETE PRIDA, Alfonso J., y STEIN VELASCO, José Luis F., *Op. Cit.*, p. XXXI.

Amén, la política de Trump tiene el enfoque de cerrar sus fronteras a los extranjeros indocumentados.³⁷

En tal virtud, los procesos migratorios en la frontera norte (entre nuestro país y Estados Unidos de América), han sido continuos y obedecen a la oferta y demanda de mano de obra, que se ha visto minada por diversos factores; entre ellos, la desaceleración económica y las políticas migratorias implementadas.³⁸

Esta política antiinmigrante ha generado importantes cambios en la estrategia de seguridad nacional del gobierno federal estadounidense, cuyas medidas severas contra la inmigración ilegal son cada vez más inflexibles, por ejemplo: en 2010 en Arizona, se aprobó la iniciativa de ley antiinmigrante más drástica (SB 1070).³⁹ Desde hace casi dos décadas, la política migratoria estadounidense ha oscilado restrictiva criminalizando la inmigración indocumentada; incluso, *el migrante supone un peligro potencial para los estadounidenses por la posible comisión de conductas atentativas (sic) del orden social.*⁴⁰

Un hecho consolidado es, que el gobierno estadounidense ha desarrollado campañas antiinmigrantes como: “la repatriación de 1929-1930”, la “operación espalda mojada en 1953-1954”, y la terminación unilateral del Programa de Braceros en 1964.

Aunque la legislación migratoria estadounidense, permaneció sin modificaciones sustanciales desde 1952, con la Ley de Inmigración y Nacionalidad (Ley McCarran-Walter), hasta las reformas introducidas por la Ley Simpson-Rodino en 1986, (*The Immigration Reform and Control Act*), promulgada el día 6 de noviembre de ese mismo año, fue la primera legislación federal formulada explícitamente para controlar los flujos de trabajadores indocumentados hacia Estados Unidos.⁴¹

37 MEZA ESTRADA, Miguel Antonio, *Op. Cit.*, p. 120.

38 DURAND, Jorge, *Historia mínima de la migración México-Estados Unidos*, México, El Colegio de México, 2016, p. 36.

39 BROOKS, David, *Refrenda su compromiso se levantar un muro y renegociar el TLCAN*, Diario La Jornada, 22 de julio de 2016, p. 20

40 *Idem.*

41 CUAMEA VELÁSQUEZ, Felipe, *Sanciones económicas, empleadores y migración indocumentada* Revista Comercio Exterior, citado en CARRASCO GONZÁLEZ, Gonzalo, *La migración centroamericana en su, tránsito por México hacia los Estados Unidos*, *Op. Cit.*, p. 177.

Septiembre 2019

Actualmente *Trump*, materializa legalmente su plan migratorio en la Orden Ejecutiva “Mejoras en la Aplicación de la Seguridad Fronteriza y la Inmigración”, fundamentándose en la Ley de inmigración y nacionalidad (8 USC 1101 y siguientes INA), la Ley de vallas seguras de 2006 (Ley Pública 109 367) y la Ley sobre la reforma de la inmigración ilegal y la responsabilidad de los inmigrantes de 1996 (Ley Pública 104 208 Div. C), con el fin de garantizar la seguridad e integridad territorial en los Estados Unidos.⁴²

*De conformidad con la legislación vigente, incluida la Ley de vallas seguras e IIRIRA, tomará todas las medidas apropiadas para planificar, diseñar y construir inmediatamente un muro físico a lo largo de la frontera sur, utilizando los materiales y la tecnología apropiados para lograr el control operacional completo de la frontera.*⁴³

En ese entendido, la frontera norte de México con Estados Unidos se ha consolidado como un importante y obligado paso. De manera reiterada, en la última década se ha presentado un aumento considerable en la migración, teniendo una vertiente nueva y recurrente: la migración infantil de niñas, niños y adolescentes mexicanos, centro y sudamericanos que emprenden el largo viaje para reencontrarse con sus familiares.

Así, esos niños y adolescentes tienden a buscar el sustento para el resto de la familia, donde el principal país de destino serán los Estados Unidos de Norte América, porque simboliza la oportunidad de trabajar, tener ingresos y con ello mejorar su condición de vida en lo personal y en lo familiar.⁴⁴

Evidenciando, que el primer factor de expulsión de migrantes niños y adolescentes (nacionales o provenientes del centro o sur de América), es la búsqueda de la reunificación familiar y la huida del círculo de violencia generalizada en el que se encuentran inmersos éstos.

⁴² *Ibidem*, p. 186.

⁴³ *Ibidem*, p. 187.

⁴⁴ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, [página principal de la], Derechos de las personas migrantes, [6 de junio de 2019], disponible desde: www.cndh.org.mx/Derecho_Migrantes

El fenómeno de la migración en la frontera norte tiene una serie de características intrínsecas debido a la crisis y contracción en el mercado laboral; así como el recrudecimiento de las políticas de migración en los Estados Unidos lo que de alguna forma limita el libre tránsito.⁴⁵

IV. La pobreza, antónimo del desarrollo social que da origen a la migración

Los temores que asaltan a más personas son: *la pobreza y el hambre*.⁴⁶ En esa tesitura, la situación de pobreza extrema exponencialmente sitúa a las personas con menores ingresos a sufrir vejaciones en su esfera económica ante la falta de benefactores materiales como: casa, abrigo, vestido, sustento diario y trabajo.

Empero, si lo anterior queda relacionado con una situación que involucre menores de dieciocho años, por su halo de vulnerabilidad debido a su edad, resulta doblemente nocivo para la persona. Bajo tal matiz, en el plano económico y jurídico, surgen dos situaciones que se asocian; es decir, la extrema pobreza convertida en miseria y la injusticia social.

Sin embargo, los mecanismos de exclusión social que viven las niñas, niños y adolescentes migrantes los condena a una marginación tal, que carecen de elementos mínimos para desarrollarse. Por ello, existen diversos mecanismos internacionales, que tratan de prevenir la pobreza.

45 ARMENDARES, Pedro Enrique, *La Política Migratoria de Trump. Impactos para los migrantes mexicanos y sus comunidades*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2018, p. 19.

46 Disertación de Kofi Annan, *Personas en situación de calle, Una oportunidad para nuestro país*, ANDRÉS JOUANNET, ISSN 0716-9736/Revista Trabajo Social/No 75/Noviembre/2008, [14 de mayo de 2019], disponible desde: http://trabajosocial.uc.cl/images/download/rev_trabajo_social_75202008.pdf, p. 9.

Septiembre 2019

De ahí, que la Declaración de Viena condenó las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que seguían ocurriendo en diversas partes del mundo, como la pobreza y el hambre.⁴⁷

Sobre el particular, la hoy Secretaría de Bienestar, anteriormente SEDESOL, realizó la estimación de que *una persona se encuentra en situación de pobreza cuando presenta al menos una carencia social y no tiene un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades*.⁴⁸ Entendiéndose por carencia social,⁴⁹ la ausencia de los mínimos satisfactores para que la persona humana pueda asirse de: casa, vivienda, trabajo, salud y educación.

Contrariamente, el desarrollo propicia el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de este no puede invocarse como justificación para limitar el completo disfrute de los derechos fundamentales.⁵⁰ El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las personas por la simple vinculación de estar dentro del territorio nacional tienen la protección de los derechos humanos que reconoce este marco regulatorio.

La vulneración al reconocimiento sustancial de los derechos humanos generará la convalidación de un estado poco propicio del que emerge la insatisfacción de las prerrogativas del ser humano. Empero, los niños migrantes ven menoscabados sus derechos humanos; toda vez, que en diversas ocasiones son considerados como personas de segunda sin hacerles extensivos de facto los derechos que soporten su dignificación.

47 DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, [30 de abril de 2019], disponible desde: www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf, p. 26.

48 CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, La medición de la pobreza en México, [30 de abril de 2019], disponible desde: www.coneval.org.mx/Informes/Coordinacion/Publicaciones%20oficiales/FOLLETO_MEDICION_MULTIDIMENSIONAL.pdf, s/p.

49 Las estimaciones de la evolución de las carencias sociales utilizan como fuente de información los Módulos de Condiciones Socioeconómicas de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (MCS-ENIGH) 2010, 2012 y 2014 y el MCS 2015, todos ellos instrumentos estadísticos llevados a cabo por el INEGI.

50 Véase. Declaración y Programa de acción de Viena, *Op. Cit.*, p. 20.

Como hemos podido vislumbrar con antelación, la movilidad humana⁵¹ en el territorio nacional hoy día, presenta un incremento en los flujos migratorios irregulares de menores de dieciocho años,⁵² que connota importancia por ser una población dinámica y vulnerable que carece de capacidad jurídica, pero ello no justifica desconocer sus derechos como personas.

Es singular su presencia en los procesos migratorios, debido a las condiciones y características propias como la edad, la inmadurez física y psicológica e incluso la falta de identidad jurídica. Cabe destacar, que en nuestro territorio se asientan de manera no definitiva porque esa movilidad les permite el regreso a su país en el momento que dispongan.

Dos factores recurrentes los pueden convertir en víctimas de posibles violaciones a sus derechos humanos en su tránsito o estancia semi permanente por nuestro país, refiriéndonos a: la edad y la falta de madurez. Toda vez, que en algunas ocasiones serán invisibles en el plano jurídico y se les vinculará (en algunos casos), con estereotipos negativos sufriendo maltrato, actos de discriminación y racismo (incluso, por autoridades mexicanas).⁵³

Amén, este núcleo poblacional enfrenta otro factor que los hace vulnerables; es decir, su condición de pobreza que se asocia a la

51 El concepto de movilidad humana se utiliza para hacer referencia a personas emigrantes, inmigrantes, solicitantes de refugio y asilo, refugiadas y asiladas, apátridas, migrantes y desplazadas internas, víctimas de trata y tráfico de seres humanos y sus familias, sin soslayar el tratamiento jurídico, social, político e institucional específico que cada categoría demanda. CARRASCO GONZÁLEZ, Gonzalo, *Op. Cit.*, pág. 170.

52 De acuerdo con la Encuesta Intercensal (INEGI 2015), en México habitaban 39.2 millones de niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años, quienes demandaban una atención integral en materia de educación, salud y desarrollo social. El estudio Pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México (2014), realizado por el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) en coordinación con UNICEF, señaló que el 54% de la población de 0 a 17 años carecía de las condiciones mínimas para garantizar el ejercicio de uno o más de sus derechos sociales: educación, acceso a la salud, a la seguridad social, a una vivienda de calidad y alimentación; además de que el ingreso de su hogar era insuficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Véase, *ENCUESTA DE COHESIÓN SOCIAL, INFORME ANUAL DE ACTIVIDADES 2018*, Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes, [13 de junio de 2019], disponible desde: [HTTP://INFORME.CNDH.ORG.MX/MENU.ASPX?ID=30071](http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30071).

53 CÁRDENAS PÉREZ, Georgina y GONZÁLEZ EGUÍA, Sol, *Migración no acompañada de niños, niñas y adolescentes. Recuento de una experiencia en México*, México, SEDESOL-Instituto Nacional de Desarrollo Social, OXFAM MÉXICO, A.C.-Caminos, México 2013, pp. 29 a 33. En algunas ocasiones serán invisibles en el plano jurídico y se les vinculará (en algunos casos), con estereotipos negativos sufriendo maltrato, actos de discriminación y racismo (incluso, por autoridades mexicanas), [27 de mayo de 2019], disponible desde: https://www.uam.mx/cdi/pdf/redes/migracion_no_acomp.pdf

Septiembre 2019

desprotección en su salud, alimentación y vestido. Incluso, presentan alto grado de analfabetismo que los expone al desconocimiento de los derechos que otorga nuestra Constitución y las leyes que de ella emanan, así como lo relativo a los “instrumentos internacionales” que les asisten tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; la Declaración sobre el asilo territorial; la Convención sobre Asilo Político; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; el Modelo para la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados; Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados, por citar algunos.⁵⁴

En ese orden de ideas, los derechos humanos contribuyen a igualar la distribución y el ejercicio del poder dentro de las sociedades, sus relaciones con los justiciables y particularmente mediante la implementación de políticas para reducir la pobreza social y jurídica de sus comunidades.

Por ello, el estado de pobreza que les arroja a ser migrantes involuntarios, les prodiga a su vez, libertades básicas que son reconocidas como fundamentales para el logro pleno de su dignidad humana.⁵⁵ En esa tesitura, erradicar la extrema pobreza no solo es un

⁵⁴ PACTOS, CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS Y RATIFICADOS POR MÉXICO, INCLUYENDO LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS [26 de abril de 2019], disponible desde: <https://www.cedhnl.org.mx/somos/legislacion/08.pdf>

⁵⁵ Respecto de la ‘dignidad humana’, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo enlaza como una palabra compuesta, y le proporciona el significado de derecho fundamental superior, reconocido por el orden jurídico mexicano. Acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas. A mayor abundamiento, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el último párrafo del artículo 1, asume el concepto compuesto de dignidad humana. Véase. *DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE*, Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009, Pág. 7165822. P. LXVI/2009. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 9 de agosto de 2019. Naciones Unidas, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: Un marco conceptual*, OACDH, Naciones Unidas Nueva York y Ginebra, 2004, pp. 5,6,7, 9, 10, 13, 15, [26 de abril de 2019], disponible desde: <https://www.ohchr.org/documents/publications/povertyreductions.pdf>

deber moral, sino también una obligación jurídica en el marco de la normativa internacional de derechos humanos.⁵⁶

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró en 2001, que *la pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.*⁵⁷ La extrema pobreza, es *la combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social.*⁵⁸

De lo anterior, podemos conjeturar que este hecho, los condena a la falta de reconocimiento de derechos intrínsecos como personas; virtud de lo cual, les impide la garantía de goce y disfrute a pie de igualdad. Toda vez, que *la pobreza persiste como un fenómeno estructural que caracteriza a la sociedad latinoamericana.*⁵⁹ El escenario, revela que la población no tiene una actividad formal remunerada con un ingreso permanente, exponiéndolos a sufrir un menoscabo social por diversas situaciones que no pueden sortear a propósito de su situación irregular.

Así, el Estado mexicano ha tratado de encuadrar y reconocer en el marco constitucional, los derechos fundamentales de la persona. Bajo esa perspectiva, la reforma constitucional de 2011 supuso una transformación de fondo en el sistema jurídico mexicano, obligando a todas las autoridades en su orden competencial a: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad a los que alude el artículo 1° constitucional.

56 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, [13 de mayo de 2019], disponible desde: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf, p. 2.

57 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, [13 de mayo de 2019], disponible desde https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf, E/C.12/2001/10, párr. 8, p. 2.

58 *Ibidem*, A/ HRC/7/15, párr. 13).

59 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina 2014*, (LC/G.2635-P), Santiago de Chile, 2014, [25 de abril de 2019], disponible desde: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37626/S1420729_es.pdf;jsessionid=B6C8E8C84B85CDEA03A9045B-60C3EDA3?sequence=6, p. 11.

Septiembre 2019

Aplicando el contenido de los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado, haciendo una interpretación conforme que permita elegir el resguardo jurídico que mejor se ajuste y permita *la efectividad de los derechos fundamentales de las personas*.⁶⁰

En esa tesitura, en materia migratoria debe privilegiarse el respeto de los derechos intrínsecos de la persona humana, principalmente los de dignidad, igualdad y libertad, que deben observarse y cumplimentarse independientemente de las consideraciones por las cuales una persona, se encuentra en nuestro territorio (o bien, si su estancia se encuentra ajustada a derecho o ingresó a territorio nacional trasgrediendo las leyes de migración).

En los procesos relativos a la determinación de la situación migratoria (principalmente de niños), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado a través del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el Comité de los Derechos del Niño; que, bajo ningún contexto se debe ejercer la privación de libertad, tampoco debe operar la detención administrativa de niñas y niños por motivos de migración o como consecuencia de la detención de sus familiares,⁶¹ ya que lo anterior, es una medida desproporcionada.

Por tanto, es indispensable generar una protección extensiva de los derechos fundamentales, en aprecio a su doble vulnerabilidad. Esta necesidad urgente, se decanta en mecanismos de control que faciliten la ejecución de una adecuada política migratoria que garantice la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes que se ven inmersos en el mercado laboral.

Conviene rescatar la opinión del director ejecutivo de UNICEF, *Anthony Lake*, que ha manifestado que *la inversión en los niños es un*

60 INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO-PERSONA. [Jurisprudencia], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, diciembre de 2013, p. 530.

61 Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, [5 de abril de 2019], disponible desde: www.derechoshumanos.net/ONU/ComitesONU.htm

*medio fundamental para erradicar la pobreza, impulsar la prosperidad compartida y mejorar la equidad intergeneracional.*⁶² Bajo tal perspectiva, el desarrollo personal tiene una incidencia material y de seguridad jurídica, cuya finalidad es avalar la garantía de crecimiento económico, a través de mecanismos y políticas que optimicen el derecho a la educación, al esparcimiento y la protección del niño; derechos que son fundamentales si consideramos que estas “personas” migrantes están en una etapa de formación y desarrollo personal.⁶³

Por ello, es de urgente necesidad que se establezcan criterios protectores por parte del Estado mexicano, así como de cada estado involucrado en los procesos migratorios que se actualizan en la frontera sur. Mediatizando el contexto de alta vulnerabilidad de estos grupos, porque pese a que jurídicamente su situación migratoria es irregular (son personas) y no se puede convalidar de ninguna forma que sean mancillados sus derechos humanos.

Esa situación de pobreza se presenta como una crisis y bajo tal apéndice, las Naciones Unidas han sostenido que los derechos humanos pueden parecer remotos, pero siempre existentes, pese al hecho irrestricto de la edad, el hambre y la enfermedad.⁶⁴

62 UNICEF, *El Desarrollo sostenible empieza con unos niños seguros, sanos y bien instruidos*, 2013, [6 de mayo de 2019], disponible desde: www.unicef.org/agenda2030/files/SD_children_FINAL_SP.pdf

63 Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana. El Estado debe reconocer que la educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya. El niño tiene derecho al esparcimiento, al juego y a participar en las actividades artísticas y culturales. Véanse Artículos 28, 29 y 31 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, Comité Español, Junio de 2006, [6 de mayo de 2019], disponible desde: www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf, pp. 22,23.

64 Naciones Unidas, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: Un marco conceptual*, Nueva York y Ginebra, 2004, [9 de mayo de 2019], disponible desde: www.ohchr.org/documents/publications/povertyreductions.pdf, p. III.

Septiembre 2019

V. Obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de migración de niñas, niños y adolescentes

El punto nodal, es el reconocimiento y protección de los derechos humanos plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Carta de las Naciones Unidas; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;⁶⁵ la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como todas las convenciones y tratados de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado mexicano, principalmente “el interés superior de la niñez”. Inclusive, la obligación a los estados partes, consiste en implementar mecanismos y adecuaciones legislativas para brindar una protección internacional en los casos de niñas y niños migrantes no acompañados, destacándose:

- Respeto de las niñas, niños y adolescentes como personas migrantes.
- Respeto y trato horizontal en aprecio al principio de dignidad, igualdad, no discriminación.⁶⁶

Acorde con lo anterior, el 19 de agosto de 2014, la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva titulada *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, en la cual determinó que, en principio los Estados partes tienen la obligación de generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como a subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios. Además, resaltó la necesidad primordial de que los Estados, diseñen y hagan operativos

65 El Estado mexicano deberá cumplir con las obligaciones de protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados o separados de padres o tutores cuando esté en su carácter de Estado receptor.

66 CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos (Coord.), *La protección de los derechos humanos de las personas migrantes*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados Organización Internacional para las Migraciones Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia Comisión Nacional de Derechos Humanos Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos Unidad de Política Migratoria Centro de Estudios Migratorios Instituto Nacional de Migración Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, p. Centro de Estudios Migratorio, SEGOB, México, 2012, pp. 187, 188.

los procedimientos de solicitud de refugio, cuyo procedimiento no debe ser contrario al derecho internacional.⁶⁷

Asimismo, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.⁶⁸

Por ello, el Estado mexicano aplica de manera supletoria las convenciones internacionales de derechos humanos (por desvelarse como mecanismos que han quedado plenamente ratificados). Sirven de sustento de las consideraciones anteriores, los artículos: 1, 2, 4, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;⁶⁹ y los artículos: I, VI, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁷⁰

67 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva Oc-21/14 Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, [8 de abril de 2019], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

68 *Idem*.

69 Artículo 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, garantizando el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 2. Adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Artículo 4. Derecho a la Vida. Artículo 5. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, por tanto, nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano los ordenamientos jurídicos aplicables. Artículo 11. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Artículo 17. Protección a la Familia como elemento natural y fundamental de la sociedad. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia, toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. Artículo 25. Protección Judicial. Artículo 29. Ninguna disposición podrá suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Página oficial Comité Jurídico Interamericano, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, [3 de mayo de 2019], disponible desde: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

70 Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; Artículo VI, Derecho a la constitución y a la protección de la familia; Artículo VIII, Derecho de residencia y tránsito; Artículo XXV, Derecho de protección contra la detención arbitraria; y Artículo XXVII, Derecho de asilo. Véase, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Página oficial, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, [6 de mayo de 2019], disponible desde: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp

Septiembre 2019

VI. Algunos derechos que el Estado mexicano, tiene la obligación de salvaguardar a los niños migrantes

Respeto al interés superior de la niñez

El artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estatuye que el “interés superior de la niñez”, resulta en garantizar por parte del Estado los derechos de los niños en lo que hace a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Asimismo, tal principio debe cumplimentarse en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas dirigidas a tal sector. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, asume que en términos de los artículos: 4º constitucional, 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas relacionadas a éstos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁷¹ ha manifestado que la expresión “interés superior del niño”, implica, que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Importante es resaltar, que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable que prodiga un halo de igualdad a la persona humana, donde los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de sus connacionales, imperando una

⁷¹ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002*, [9 de abril de 2019], disponible desde: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

obligación insoslayable si se trata de niñas, niños y adolescentes, que se traduce en una exigencia improrrogable.

Como ha quedado de manifiesto, la migración de niños, niñas y adolescentes es un fenómeno que año con año se recrudece en la región; lo anterior, conlleva a la práctica eficaz, resguardo y cumplimentación de sus derechos fundamentales por parte de cada una de las autoridades.

La inserción en el campo laboral de estas personas migrantes los expone a situaciones de riesgo, menoscabando su integridad física y moral porque llegan a realizar actividades contrarias a su dignidad humana, ejecutando trabajos perjudiciales a su salud, excluyéndolos de la posibilidad de recibir educación, desarrollo integral y armónico.

Por tanto, es posible que este sector presente recurrentemente las siguientes características:

- Carencia de protección básica integral de sus derechos;
- El núcleo poblacional migrante cada vez presenta una edad menor;
- Se introducen en el mercado laboral, realizando labores en algunas ocasiones extenuantes para su fuerza física;
- Presentan una barrera de idioma, porque algunas personas menores de dieciocho años tienen un origen étnico y no hablan o comprenden el español;⁷²

En ese tenor, en materia de migración, el gobierno federal considera que es necesario el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de las personas que están en proceso de migración dentro de nuestro territorio, tengan la calidad de ciudadanos mexicanos o no. Particularmente, en lo referente al fenómeno de la migración infantil y la asociación de la actividad laboral se ha intentado privilegiar la protección y el interés superior de la niñez contenido en el artículo 4° constitucional.

72 RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina, *et al. Más Allá de la Frontera, la Niñez Migrante: Son las Niñas y Niños de Todos*, México, Indesol, [29 de abril de 2019], disponible desde: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9360.pdf, 2009, pp. 18, 19, 22.

Septiembre 2019

Derecho de acceso a la justicia

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁷³ hace énfasis en el hecho de que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita una protección y cuidados especiales; incluso, la debida protección legal.

Queda sustentado lo anterior, en la Declaración de Ginebra de 1924⁷⁴ sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en 1959, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 10.1, 10.3 y 24.1, que señalan:

Artículo 10.

1...

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

...

3. ... Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

*Artículo 24.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, ... por parte ... del Estado.*⁷⁵

73 NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. [15 de abril de 2019], disponible desde: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx

74 Declaración de Ginebra, artículos 1 y 4. "1. El niño, ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente. 4. El niño, debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. [17 de abril de 2019], disponible desde: www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

75 NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Pacto Internacional de

Cobra relevancia lo anterior, en el entendido de que los niños, niñas y adolescentes migrantes en nuestro país, tienen un acceso limitado al sistema de justicia; primeramente, por carecer en la mayoría de las ocasiones de reconocimiento como personas jurídicas, lo que los arroja a la invisibilidad, pero principalmente por encontrarse en una situación de migración irregular.

Así, el recurso efectivo⁷⁶ de acceso pleno a la justicia se presenta inconexo y limitado. Además, resulta alarmante la devastación de la delincuencia organizada que ha reclutado una cantidad considerable de niñas, niños y adolescentes, nacionales y migrantes que son obligados a efectuar actividades ilícitas.

Motivación que obliga al Estado mexicano a cumplimentar el debido acceso y administración de justicia para este sector vulnerable, independientemente del estatus migratorio del menor, su origen, su nacionalidad o edad.

En lo que corresponde a la garantía del debido proceso, ésta comprende los requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan contar con las condiciones para defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acción del Estado que pueda afectarlos.⁷⁷

En este sentido, los Estados están obligados a respetar el debido proceso sin atender a la condición migratoria de las personas, puesto que este es un derecho humano que le garantiza a todos los justiciables obtener una sentencia justa en cualquier tipo de procedimiento seguido en forma de juicio, lo cual resulta latente en aquellos casos donde

Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, **entrada en vigor: 23 de marzo de 1976**, [25 de abril de 2019], disponible desde: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

76 Artículo 25.1 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 13, Protección Judicial, CIDH, 2017, p. 5.

77 Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 13, protección judicial, CIDH, 2017, p. 4.

Septiembre 2019

existe el riesgo de que los niños, las niñas o adolescentes puedan ser deportados, expulsados o privados de su libertad.⁷⁸

El derecho a la no discriminación

El principio de no discriminación; implica, que el Estado garantice que los menores sean respetados en sus derechos, sin tomar en consideración la raza, el sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales;⁷⁹ toda vez, que es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger a los niños y las niñas contra toda forma de discriminación.

Este principio de no discriminación debe subsistir y ser invocado en favor de las niñas y niños migrantes, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio; poniendo especial atención por tratarse de un grupo vulnerable; además, del principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que los afecte, de modo que se garantice su participación.⁸⁰

El derecho a la participación y el libre derecho a manifestar sus ideas

El derecho a la participación comprende el derecho del menor para expresar su opinión en forma libre en todos los asuntos que afectan su esfera jurídica.⁸¹ Por lo tanto, los Estados partes, garantizarán al niño

78 Artículo 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, [22 de mayo de 2019], disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/debidoproceso-2017.pdf>

79 UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *La travesía migración e infancia*, México, 2011, p. 12.

80. *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO*, [Jurisprudencia], Instancia: 1ª SALA SCJN, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Julio de 2007, CXLII/2007.

81 Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo

que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le pudieran afectar.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Los Estados, deben garantizar plenamente el derecho a la vida como un valor universal. Sobre el particular se incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.

Es la forma en que el Estado adoptará todas las medidas para el buen desarrollo de su vida adulta, mediante la unión familiar, alejándolos de situaciones peligrosas como el tráfico de personas o la explotación laboral, que puedan afectar su desarrollo, los deje desprotegidos y/o pongan en riesgo su vida.⁸²

Es menester recordar, que para que los niños, niñas y adolescentes presenten un desarrollo sano, resulta indispensable que su entorno familiar tenga un ambiente amoroso y comprensivo, porque ahí es donde se forma el estado emocional, físico, cognitivo y social de los individuos. Por ello, es primordial que estas personas migrantes permanezcan con sus progenitores en la medida de lo posible y atendiendo en todo momento al interés superior del niño.⁸³

Asociado a lo anterior, encontramos el principio de no devolución, que contempla que el Estado no traslade al niño, la niña o el adolescente a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable que los afecte, como: cuestiones relacionadas con tortura, tratos degradantes o privación de libertad.⁸⁴

que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. [7 de mayo de 2019], disponible desde: www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf

82 UNICEF, Artículos 24, 27, 28, 29 y 31 de la Convención sobre los derechos del niño, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, La travesía migración e infancia, México, 2011, p. 13.

83 Artículo 9 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño, [3 de mayo de 2019], disponible desde: https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf

84 Artículo 22 1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los

Septiembre 2019

Cabe destacar, que el derecho a la protección contra la violencia enmarca el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a ser protegidos contra situaciones que pueden violentar sus derechos fundamentales; es decir, contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental a fin de que se respete su dignidad, y su integridad física y personal.⁸⁵

VII. Reflexiones sobre el trabajo y la migración infantil en la frontera sur

*No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana.*⁸⁶

Como hemos podido advertir, el trabajo infantil, tiene una condicionante especial, aunque nuestra legislación laboral no lo arroga en el capítulo de los trabajos especiales, ya que se consolida como un quehacer que se presta en condiciones distintas y particulares al desempeñado por los adultos.

El trabajo, tiene dos vertientes de reconocimiento: uno, como un derecho humano y el otro como un carácter social atribuible a determinadas personas en atención a razones sociales.⁸⁷ Ello se confirma necesario,

procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes, [7 de mayo de 2019], disponible desde: www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf

85 UNICEF, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité Español, Madrid, 2006, p. 14.

86 UNICEF, Naciones Unidas, Página Principal, *Sesión Especial en favor de la Infancia, Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia*, [4 de junio de 2019] disponible en: <https://www.unicef.org/spanish/specialsession/about/world-summit.htm>

87 LUNA RAMOS, Margarita Beatriz, *Los derechos sociales en la Constitución mexicana*, Ponencia presentada en el Coloquio sobre Derechos Sociales, que se llevó a cabo del 25 al 28 de octubre de 2005,

para que ciertos grupos en situaciones especiales y/o vulnerables hagan presencia para incluirse en un nodo de oportunidades de desarrollo.

Por tanto, el trabajo como derecho y deber social lo debemos entender como ápice de modernidad, lo que vinculó Mario de la Cueva, como una correspondencia de derechos y obligaciones que existen entre la sociedad y el individuo (como un ente productivo) que, a través de la dignificación de una actividad productiva y lícita llamada `trabajo´ se le adjudica un desarrollo personal dentro de la sociedad.⁸⁸

El derecho del trabajo tiene su base normativa en los artículos 5° y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, numerales en los que se fija el privilegio que tiene cualquier persona para dedicarse a la actividad económica, profesión y/o industria que le convenga en el entendido de que debe ser lícito. Correlativamente la Ley Federal del Trabajo en su artículo 1°, redarguye que dicha disposición normativa es regulatoria del artículo 123 apartado “A”. Las anteriores disposiciones trazan las directrices de tutela de los derechos de la clase trabajadora, así como la regulación de todos los aspectos que rigen las condiciones de trabajo en las relaciones entre patrón y trabajador.

En la actualidad, el derecho al trabajo está plenamente vinculado con la dignidad humana⁸⁹ y se reconoce que, bajo dicho constructo, el trabajador puede acceder a determinados beneficios materiales y reconocimiento sustancial de derechos. Para nuestro sistema jurídico, el trabajo es un derecho y un deber social, no, un artículo de comercio, reputándose como un derecho humano social con diversas prestaciones reconocidas y homologadas nacional e internacionalmente.

organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en coordinación con el Senado de la República, Consejo de la Judicatura Federal, www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/23/r23_4.pdf, pp. 64 y 65.

88 *Ídem*.

89 Véase. Párrafo segundo del artículo 2° de la LFT “Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.” Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de abril de 1970, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de junio de 2019. Y particularmente la nota a pie de página número 55.

Septiembre 2019

De tal suerte, que el carácter prestacional de ese derecho social tiene inmerso un rasgo distintivo que sirve de plataforma para la protección de ciertos grupos vulnerables, como es el caso del trabajo de menores de dieciocho años.

Ahora bien, del estudio exegético de la Constitución y de la Ley Federal del Trabajo, se desprende que su pretensión fundamental es el reconocimiento de los derechos sociales, que permitan el alcance de cierto nivel social y económico, para encauzar su desarrollo personal, que convalide un Estado de derecho. Toda vez, que el reconocimiento del Estado de derecho tiende al respeto irrestricto de un constructo mínimo de derechos humanos que satisfagan integralmente determinadas prerrogativas a la población; cuyo eje primordial es la dignidad e igualdad de la persona humana.

Tales lineamientos conllevan a solventar necesidades primarias como lo es el derecho a un “trabajo digno”.

En esa tesitura, el artículo 123 constitucional establece que: toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil. En esa misma línea, el artículo 2° del código obrero, permea que las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y de la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Es de enunciarse, que el marco regulatorio del trabajo en nuestro país ha pretendido evolucionar en atención de la autarquía de las relaciones laborales y los cambios estructurales que plantea la dimensión económica nacional e internacional; reconociendo que legislativamente se avanza en la reestructuración de las relaciones laborales, aunque la propia norma laboral establece una serie de derechos mínimos que se robustecen con los criterios de los tratados y convenciones internacionales que han sido suscritos por el Estado mexicano, incluso, aquellos que están pendientes de ratificación.

Así, el Estado mexicano, con el reconocimiento de los derechos fundamentales avistados en la reforma constitucional de 2011, supuso una transformación de fondo en el sistema jurídico mexicano, obligando a todas las autoridades en su orden competencial para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad a los que alude el artículo 1° constitucional.

Lo anterior, se coliga con el contenido de los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado, haciendo una interpretación conforme que se ajuste al resguardo jurídico que permita la *efectividad de los derechos fundamentales de las personas*.⁹⁰

Ciertamente, el aumento de la migración infantil está relacionada con aspectos económicos que empuja a los menores de dieciocho años a incorporarse al mercado productivo para satisfacer de alguna forma, las necesidades de subsistencia familiar que prodiguen un mínimo de benefactores en atención a la falta de oportunidades y de acceso a servicios básicos que son recurrentes en sus países de origen.

Es importante resaltar, que las actividades que desarrolla este grupo vulnerable están encaminadas a trabajos informales sin ningún resguardo de seguridad social. Entre las principales actividades que desarrollan, encontramos: cuidadores de autos, cargadores, tricicleros, obreros; recogedores de basura, limpiadores de zapatos, trabajo infantil y adolescente doméstico;⁹¹ incluso, suelen comerciar con sus cuerpos y desarrollar otras actividades ilícitas que les permitan un ingreso. Particularmente existe una sexualización en el trabajo doméstico, pues las niñas migrantes son las que ocupan estos puestos.

90 INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALLEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO-PERSONA. [Jurisprudencia] Décima época, Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, 1a./J. 37/2017, diciembre de 2013, p. 530.

91 El trabajo infantil y adolescente doméstico es realizado por niñas, niños y adolescentes en casas que no son las suyas, en las que bajo el concepto de ayuda realizan tareas dirigidas a garantizar la alimentación, limpieza, cuidado de personas y familias. Estos trabajadores no gozan de garantías laborales, perciben bajos salarios, realizan largas jornadas laborales, sufren la ampliación de funciones para las que fueron contratados y reciben un trato desigual en relación con otras categorías ocupacionales.

Septiembre 2019

Además, desempeñan actividades de bajo perfil económico como la venta de dulces, cigarros y golosinas en las calles, venta de artesanías o cualquier otra similar, que en ocasiones suele ser supervisada por un adulto que obtiene ventaja de la labor del menor, pudiendo tratarse de explotación infantil.

En atención al postulado de que el “trabajo” es, una forma de dignificar al hombre resulta una herramienta adecuada para el desarrollo económico de una nación; empero, en el caso del trabajo infantil se trata de un retroceso, porque lo “niños trabajadores” pierden oportunidades de educación y a la postre el ritmo de desarrollo sustancial como personas.

Así, podemos conceptualizar que esta actividad laboral medianamente remunerada, que realiza una persona con una edad inferior a la mínima legal para ser admitida en un empleo; impide, obstaculiza y entorpece el ejercicio real y pleno de algunos de los derechos humanos estipulados para esta población, comprometiendo sus posibilidades de desarrollo integral.⁹²

La Organización Internacional del Trabajo, ha señalado que el “trabajo infantil” es perjudicial para el desarrollo físico y psicológico de los niños, porque los priva de esta etapa de vida, de su potencial y su dignidad; además de interferir con su escolarización.⁹³

Cobra relevancia lo anterior, porque este núcleo de personas por desconocimiento optará por labores poco remuneradas en donde podrán ser víctimas de explotación laboral con salarios ínfimos y condiciones desventajosas; en sí, menoscabo de sus derechos fundamentales, que los excluirá de una oportunidad de trabajo formal. Por tanto, quedarán constreñidos a desarrollar actividades *difíciles y exigentes, peligrosas e incluso, reprobables desde el punto de vista ético.*⁹⁴

92 Defensa de Niñas y Niños Internacional. MURILLO, Virginia y *et al.*, Situación del trabajo infantil y adolescente en Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua). Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Defensa de Niñas y Niños Internacional, 2006, p. 29.

93 Organización Internacional del Trabajo, Página Principal, [12 de junio de 2019], disponible desde: www.ilo.org/ipecc/facts/lang-es/index.htm

94 Organización Internacional del Trabajo, Página Principal, *Op. Cit.*

En ese orden de ideas, las niñas, niños y adolescentes migrantes, por su condición física y anímica se exponen a situaciones de alto riesgo, que impactan su esfera jurídica, pudiendo generar un contexto discordante con el concepto de dignidad y no discriminación. Sobre esta posición, dicho sector está inmerso en un escenario en donde sus derechos humanos son transgredidos con frecuencia.

Ante tal preocupación el Estado mexicano, con la finalidad de permear los contextos de abuso en los que suelen colocarse, ha implementado un “modelo” para la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados,⁹⁵ cuya

finalidad, es la protección en sentido estricto de todos sus derechos, principalmente de su derecho al desarrollo.⁹⁶

Como ha quedado anunciado, en la presente introspección, nos basaremos únicamente en el análisis de la situación laboral en la frontera sur⁹⁷ de nuestro país. Este escenario, se desvela crudamente como el paso y establecimiento *semi temporal* de población migrante infantil, quienes se internan, no, con el ánimo de radicar en la frontera sino como una oportunidad de subsistencia, permitiendo el retorno a su país de origen (porque esa migración es temporal). O bien, como un mecanismo para obtener algunos recursos y seguir su camino a

95 *Vid.* Modelo de Atención de Adolescentes Migrantes No Acompañados, [12 de junio de 2019], disponible desde: www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/222620/MODELO_DE_ATENCL_N_DE_ADOLESCENTES_MIGRANTES_NO_ACOMPA_ADOS_2_.pdf

96 De acuerdo con datos aportados por la Secretaría de Turismo, entre el 10% y el 15% de la fuerza laboral del sector turístico mundial está integrada por menores de edad, quienes se incorporan a partir de los seis años, mayoritariamente en establecimientos pequeños, familiares o informales. A las niñas se les ubica, en actividades de limpieza, preparación de alimentos o elaborando artesanías; mientras que los niños se desempeñan de forma recurrente como guías turísticos, vendedores, maleteros o cargadores. Según datos aportados por SECTUR, Gobierno de México, [10 de junio de 2019], disponible desde: www.gob.mx/publicaciones/es/articulos/programa-turismo-libre-de-trabajo-infantil?idiom=es

97 En Tapachula, ciudad fronteriza con Guatemala, existe un número considerable de población infantil trabajando en diversas actividades y en distintos espacios. La mayoría de esta población proviene de los departamentos ubicados en la franja fronteriza de ese país y su presencia en el lugar, en muchos casos, es temporal, aunque hay quienes se han establecido permanentemente. LÓPEZ REYES, Jasmina Areli, Niños, niñas y adolescentes: migrantes trabajadores guatemaltecos en la ciudad de Tapachula, Chiapas, *Revista LiminaR. Estudios sociales y humanísticos*, año 10, col. X, núm. 1, junio de 2012, San Cristóbal de las Casa, Chiapas, México, [12 de junio de 2019], disponible desde: https://www.researchgate.net/publication/262651165_Ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes_trabajadores_guatemaltecos_en_la_Ciudad_de_Tapachula_Chiapas/fulltext/03908be40cf26e6d7851790b/262651165_Ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes_trabajadores_guatemaltecos_en_la_Ciudad_de_Tapachula_Chiapas.pdf?origin=publication_detail

Septiembre 2019

la frontera norte, fenómeno que se presenta principalmente con los adolescentes.

El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus familiares, advierte que el territorio nacional presenta una peculiaridad debido a ser un país, de origen, tránsito y destino de trabajadores migrantes.⁹⁸ Por ello, la propuesta fundamental es que los estados involucrados en el flujo humano infantil erradiquen sustancialmente los efectos negativos de la pobreza para incluirlos en la medida de lo posible, en el anhelado desarrollo personal.

En materia de trabajo infantil, en el mundo *existen 152 millones de niños, 64 millones de niñas y 88 millones de niños en situación de trabajo infantil; es decir, casi 1 de cada 10 niños en todo el mundo*, se encuentran privados de una educación adecuada, acceso al sistema de salud, salario remunerador y jornada legal.⁹⁹ Lo que se puede conjeturar como producto de la ausencia de igualdad de oportunidades en las políticas públicas.¹⁰⁰

En los Estados Unidos Mexicanos, se reconoce que las niñas, niños y adolescentes en función de sus cambios y diversas necesidades por su proceso de crecimiento, deben garantizárseles un mínimo de derechos como es el resguardo de la salud, el aprendizaje, la protección social, una adecuada nutrición (entre otras diversas necesidades a cumplimentar).

En esa tesitura, se vuelve una responsabilidad para el Estado encontrar los mecanismos que les otorguen la posibilidad por mínima que sea de una vida plena, saludable y con acceso a oportunidades en educación,

98 El Comité, reconoce que México es un país de migración que presenta de manera significativa los tres tipos de migración conocidas, ya que es un país de origen, tránsito y destino de trabajadores migratorios, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIARES, Quinto período de sesiones, Ginebra, 30 de octubre a 3 de noviembre de 2006, [10 de junio de 2019], disponible desde: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6008.pdf>

99 Oficina Internacional del Trabajo, Estimaciones Mundiales sobre Trabajo Infantil, Resultados y Tendencias 2012-2016 Resumen Ejecutivo, Ginebra, Alliance 8.7, 2017, [10 junio de 2019], disponible desde: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_596481.pdf p. 9.

100 NACIONES UNIDAS, Objetivos de desarrollo del Milenio, Una mirada desde América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2005, p. 15.

alimentación, salud, ocio y trabajo (esta última consonancia, como una excepción en caso extremo).

A propósito de este punto, en las últimas décadas se ha recrudecido la marcada presencia de menores de dieciocho años que se integran al mercado laboral informal, sin dejar de soslayar que prestan un servicio personal y subordinado, ejecutan órdenes y reciben una contraprestación económica; lo cual evidencia que bajo el resguardo jurídico de la Ley Federal del Trabajo deben estimarse como trabajadores, extendiéndose el beneficio del elenco de derechos reconocidos y catalogados en el artículo 123 apartado “A” constitucional y correlativamente en el marco adjetivo.

A mayor abundamiento, la Organización Internacional del Trabajo, es explícita en el sentido de que los derechos derivados de un vínculo laboral tienen el carácter de universalidad y se aplican a todas las personas, particularmente los grupos con necesidades especiales, tales como los desempleados y los trabajadores migrantes. En ese sentido, a través de la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* adoptada en 1998, se señaló (entre otras disquisiciones), que los Estados Miembros deben asumir el compromiso de *abolir el trabajo infantil*.¹⁰¹

Sin embargo, un hecho crudo es que el trabajo infantil se presenta con mayor frecuencia en niños menores de catorce años, que convalida en la frontera sur y norte, un estado de pobreza latente en la que se posiciona cada vez más la infancia de la región.

Por ello, el Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo 138,¹⁰² de junio de 1976, adoptado en Ginebra en la quincuagésima octava reunión CIT (junio 1973), permea en su primer artículo la importancia de que todos los miembros en su política nacional aseguren la abolición

101 Organización Internacional del Trabajo, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo [7 de junio de 2019], disponible desde: www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm

102 Organización Internacional del Trabajo, [7 de junio de 2019], disponible desde: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312283:NO

Septiembre 2019

efectiva del trabajo de los niños y eleven progresivamente la edad mínima¹⁰³ de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

Por tanto, ninguna persona sobre el límite de la edad reconocida como mínima debiere trabajar en ocupación alguna.¹⁰⁴ Sin embargo, la realidad económica supera este presupuesto.

Así, la Organización Internacional del Trabajo, estima que más de 250 millones de niños, entre los 5 y 14 años, son forzados a trabajar para sobrevivir y mantener a sus familias, donde más del setenta por ciento lo realizan en condiciones peligrosas; sin contar el millón de niños trabajadores considerados como “invisibles”, que son escondidos por sus empleadores y sometidos a condiciones laborales cercanas a la esclavitud.¹⁰⁵

En esos términos, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, ha instituido a través del Convenio 182, respecto de las Peores Formas de Trabajo Infantil (adoptado en 1999), que a nivel mundial es común incurrir en prácticas de trata y venta de niños que los exponen a la servidumbre, agravándose cuando son utilizados para fines ilícitos como: el comercio sexual y/o el tráfico de drogas, que dada la naturaleza del acto pondrán en riesgo su salud, su seguridad y su moralidad. Lo anterior, pudiera mitigarse a través de la implementación de un crecimiento económico sostenido.¹⁰⁶

El Convenio de referencia tuvo su fundamento en otros diversos; es decir, el Convenio sobre trabajo forzoso de 1930 y la Convención suplementaria de las Naciones Unidas sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.

103 El mismo artículo dos, del convenio de cuenta, señala que todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio notificará la edad mínima y no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, será de quince años. Sin embargo, puede existir una variación en la edad en caso de que la educación (del estado miembro) esté insuficientemente desarrollada, para tales efectos la edad mínima será de catorce años. Convenio 138 OIT, [7 de junio de 2019], disponible desde: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312283:NO

104 *Ibidem*, Artículo 2 del Convenio 138.

105 Convenio N.º 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999, [7 de junio de 2019], disponible desde:

www.humanium.org/es/convenio-182-peores-formas-trabajo-infantil-1999/

106 *Ibidem*.

Es importante resaltar, que la protección constitucional del artículo 1°, garantiza la protección de los derechos humanos en correspondencia con el *principio pro-persona*. Lo que contrasta con la dinámica laboral a la que se sujetan los menores de dieciocho años migrantes, que suelen tener condiciones desproporcionadas, porque carecen del reconocimiento e implementación de mínimos estándares reconocidos; incluso, su jornada laboral suele ser excesiva situándolos en el límite de seis horas prescrito en los artículos 177 y 178 de la Ley Federal del Trabajo.

Es posible lo anterior, porque parte de esta población migrante no desarrolla actividades en la ciudad, sino que se emplea en trabajos de pizca y limpia de diferentes cultivos y otras actividades anómalas como la recolección de basura. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, nueve de cada diez niños que trabajan en el campo lo hacen en la agricultura y es importante señalar que la incorporación laboral de niños, niñas y adolescentes migrantes se produce en buena medida en este sector del mercado de trabajo.

En la agricultura de subsistencia, se exponen a cambios climáticos, realizan trabajos pesados, manipulan herramientas filosas, operan maquinaria sin preparación ni protección, entre otras situaciones peligrosas, muchas de las cuales deben considerarse como “peores formas de trabajo”.

Lo anterior, genera una explotación económica cuando la niña, el niño o el adolescente deben trabajar con horarios prolongados sin contar con mínimos estándares de protección social y jurídica, entre los que se destacan: tiempo de descanso y un salario compensatorio por su labor.

Por último, se recrudece su situación porque oficialmente no son empleados; en ese sentido, doblemente expuestos estos grupos vulnerables por ser migrantes y menores de dieciocho años, de poco se van convirtiendo en personas invisibles para el resguardo de derechos mínimos y no tienen reconocimiento, ni certeza jurídica como personas,

Septiembre 2019

relegándolos a sufrir un ostracismo en el campo laboral, realizando trabajos inconexos que los destierran de cualquier beneficio en el rubro de seguridad social y seguridad e higiene en el trabajo.

Por ende, el trabajo que prestan los menores de dieciocho años migrantes que no respeta los mínimos beneficios, debe conjeturarse como una violación a los derechos económicos, sociales y culturales; de esta forma, es indispensable establecer límites para el trabajo infantil producido en condiciones de migración.

En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 32 que:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.¹⁰⁷

En nuestra nación, las niñas, niños y adolescentes, sean nacionales o extranjeros en situación regular o irregular, deben gozar de todos los derechos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales en los que el Estado sea parte. Además, deben contar con el tiempo necesario para educación, diversión, cultura y todas las actividades necesarias para un desarrollo pleno en beneficio del progreso de sus capacidades y potenciales, que los han de incluir en el camino de progreso personal.

En nuestro país, el trabajo de menores de edad se desarrolla a partir de dos vertientes: Una en la que los trabajadores cuentan con una edad menor a los quince años; y otra, en la que son mayores de quince y menores de dieciocho años, que, si bien cuentan con la protección de sus derechos conforme a la ley reglamentaria del artículo 123, apartado “A” constitucional, en ambos casos sus derechos laborales

¹⁰⁷ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Convención de los derechos del niño, [7 de junio de 2019], disponible desde: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx

son menoscabados por quienes reciben sus servicios personales y subordinados.

Si bien, el derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental y esencial de la persona humana para lograr la realización de otros derechos humanos y forma parte de su dignidad, en el caso de las niñas, niños y adolescentes que trabajan, debe cuidarse que este derecho se ejerza bajo la supervisión de los progenitores, tutores o quien ejerza la patria potestad sobre ellos, a fin de no violentar otros de sus derechos.

Este derecho al trabajo tiene como finalidad la obtención de ciertos factores que le ayuden a vivir con dignidad. Las dos formas en las que las niñas, niños y adolescentes migrantes se integran al campo laboral son las siguientes:

- En el sector formal y cumpliendo con los requisitos dispuestos en los artículos 22, 22 bis, 23 y Título Quinto bis, Trabajo de los menores, artículos 173, 174, 175, 175 bis y 176 de la Ley Federal del Trabajo;¹⁰⁸
- O bien, se contratan como trabajadoras o trabajadores domésticos o en fábricas sin respetarles sus derechos mínimos laborales o cualquier otra actividad y no cuentan con los beneficios de los trabajadores en edad adulta.

En áreas urbanas, por ejemplo: laboran en pequeños centros de trabajo en donde los patrones no les requieren documentación¹⁰⁹ alguna para ingresar a prestar sus servicios. En áreas rurales, trabajan en las actividades inherentes al campo en jornadas que se encuentran en franca contravención a lo establecido en el artículo 177 de la Ley Federal del Trabajo, en donde su jornada es superior a las seis horas diarias.¹¹⁰

108 Ley Federal del Trabajo, *Op. Cit.*

109 En el caso de los mayores de quince y menores de dieciocho años, se requiere contar con un certificado médico que los acredite para poder laborar, así como la autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, del Tribunal, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política. *Ibidem*, artículos 22 y 174 de la Ley Federal del Trabajo.

110 *Ibidem*, artículo 177 Ley Federal del Trabajo. *La jornada de trabajo de los menores de dieciséis años no podrá exceder de seis horas diarias y deberán dividirse en periodos máximos de tres horas. Entre los distintos periodos de la jornada, disfrutarán de reposos de una hora por lo menos.*

Septiembre 2019

De acuerdo con la CONAPRED, los menores que laboran en el campo en su mayoría son de origen indígena, por lo que el trato que reciben es discriminatorio por su origen étnico; además, enfrentan rechazo por la lengua materna que hablan, aunado a la dificultad que representa el proceso de comunicación con las personas que los contratan, siendo una constante la desvalorización de su trabajo e identidad indígena.¹¹¹

Resulta indudable que el derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes es un derecho humano primordial, que se ve truncado por esa necesidad imperiosa de obtener un ingreso para el núcleo familiar, lo que, a la larga, les priva de mejores oportunidades de trabajo ante la falta de un desarrollo educativo, porque resulta una constante que las niñas, niños y adolescentes que trabajan, en la mayoría de los casos, no tienen posibilidad de ingresar a un sistema escolarizado.

Habida cuenta, que la determinación de la edad mínima para incorporarse a la vida laboral se justifica, debido a que el trabajo infantil tiene serias repercusiones en la integridad física de los menores y restringe el acceso a su educación, lo que es sumamente relevante para el desarrollo y el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas.¹¹²

Valorativamente, los menores migrantes que trabajan deben contar con los mismos derechos que tienen los trabajadores en edad adulta, como son: 1) libertad de trabajo; 2) trabajo digno; 3) estabilidad en el empleo; 4) contar con contrato por escrito; 5) derecho a un salario remunerador; 6) jornada de trabajo legal; 7) día de descanso semanal; 8) pago de aguinaldo; 9) periodo vacacional; 10) derecho a la seguridad social; 11) capacitación y adiestramiento y 12) utilidades, sin que exista remota posibilidad de renunciar a sus derechos como trabajadores.¹¹³

111 CONAPRED, Documento Informativo sobre el Trabajo Infantil en México, [26 de abril de 2019], disponible: www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/DocumentoInformativo-TrabajoInfantil.pdf, p. 2.

112 *DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. SU PROHIBICIÓN NO SE CONTRAPONA A LA EXCLUSIÓN DEL TRABAJO INFANTIL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, [Jurisprudencia], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis 1a. CDXXXIII/2014, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, p. 230.

113 *TRABAJO, PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR MENORES DE EDAD, EN MATERIA DE*, [Jurisprudencia], Quinta Época, Instancia: Cuarta Sala Fuente: Semanario judicial de la Federación,

Libertad de trabajo.

La libertad de trabajo se encuentra debidamente señalada en el artículo quinto constitucional, del cual se desprenden tres elementos indispensables para gozar de ese derecho fundamental; es decir, que la materia del trabajo sea lícita; que no se alteren derechos de terceros y que no haya una afectación a la sociedad.¹¹⁴

En el caso de las niñas, niños y adolescentes migrantes, se les debe reconocer esa libertad de trabajo,¹¹⁵ siendo indispensable la cumplimentación de esta para que los menores tengan acceso a un trabajo digno y decente.

Trabajo decente.

De acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, es:

*[...] aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.*¹¹⁶

Apéndice 2000, Tesis 5u94, Tomo V, Trabajo, P.R. SCJN, p. 355.

114 Artículo 5°. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2019.

115 *LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)*, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis P./J. 28/99, Tomo IX, abril de 1999, p. 260.

116 *Vid.* Artículo 2 de la Ley federal del Trabajo, *Op. Cit.*

Septiembre 2019

En el caso de las niñas, niños y adolescentes, el trabajo digno o decente, debe implicar la posibilidad de que tengan acceso a un empleo que les proporcione a cambio un salario justo y remunerador, de acuerdo a las actividades que les sean encomendadas que les permita tener la certeza de que están seguros en su centro de trabajo, que cuentan con la protección social correspondiente y que garantice una igualdad de oportunidades en relación con los otros integrantes del centro de trabajo en la medida de lo posible, recibiendo un trato justo y equitativo por parte de su patrón y compañeros de trabajo.¹¹⁷

Estabilidad en el empleo

En cuanto a la estabilidad en el empleo, es un principio del derecho del trabajo que implica una inamovilidad de la cual gozan los trabajadores, en donde a los mismos no se les puede remover de su puesto de trabajo sin que exista una causa justificada para ello, entendiéndose que dicho derecho es también aplicable a los trabajadores menores de edad.

De acuerdo con el maestro Mario de la Cueva, la estabilidad en el empleo es un *principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación que haga imposible su continuación.*¹¹⁸

Sin embargo, los menores que trabajan difícilmente encuentran el beneficio de este principio, porque en ocasiones no cuentan con documentos de identidad o el permiso de su progenitor, tutor o quien ejerce la patria potestad; consecuentemente no forman parte de la plantilla de trabajadores cuando se trata de un centro de trabajo establecido como una empresa o fábrica y menos aun cuando se trata

¹¹⁷ La OIT ha expresado que trabajo digno o decente significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Organización Internacional del Trabajo, [21 de mayo de 2019], disponible desde: www.uit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm

¹¹⁸ CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, 19ª edición, Editorial Porrúa, 2013, p. 216.

de pequeños comercios, talleres o incluso puestos ambulantes, lo que pudiere hacerlos invisibles en el ámbito laboral.

Contrato de trabajo

Los menores trabajadores deben de contar con un contrato de trabajo, que si bien no se encuentra expresamente señalado en la ley laboral, el propio artículo 22, indica que cuando se trate de mayores de quince años, éstos pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones establecidas en la normativa y si no dispone lo contrario, les resulta aplicable lo dispuesto en el diverso artículo 25¹¹⁹ de tal ordenamiento, en donde el contrato de trabajo debe detallar las condiciones esenciales y especiales del trabajo a realizar, a fin de no dejar ningún tipo de incertidumbre y evitar cualquier abuso por parte del patrón.

Incluso, el diverso precepto 180 de la ley laboral establece la obligación de llevar y tener a disposición de la autoridad competente, registros y documentación comprobatoria, en donde se indique el nombre y apellidos, la fecha de nacimiento o la edad de los menores de dieciocho años (empleados por ellos), clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo.¹²⁰

No obstante, la patronal llega a incumplir con tal formalidad, lo que conlleva a un trato desigual, falta de pago de salarios y prestaciones además de no contar con un respaldo material que les auxilie en aquellos casos en que tengan que acudir ante las autoridades del trabajo.

119 Artículo 25.- El escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener: I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, Clave Única de Registro de Población, Registro Federal de Contribuyentes y domicilio del trabajador y del patrón; II. Si la relación de trabajo es para obra o tiempo determinado, por temporada, de capacitación inicial o por tiempo indeterminado y, en su caso, si está sujeta a un periodo de prueba; III. El servicio o servicios que deban prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible; IV. El lugar o los lugares donde deba prestarse el trabajo; V. La duración de la jornada; VI. La forma y el monto del salario; VII. El día y el lugar de pago del salario; VIII. La indicación de que el trabajador será capacitado o adiestrado en los términos de los planes y programas establecidos o que se establezcan en la empresa, conforme a lo dispuesto en esta Ley; y IX. Otras condiciones de trabajo, tales como días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y el patrón. X. La designación de beneficiarios a los que refiere el artículo 501 de esta ley, para el pago de los salarios y prestaciones devengadas y no cobradas a la muerte de los trabajadores o las que se generen por su fallecimiento o desaparición derivada de un acto delictual. Véase Ley Federal del Trabajo, *Op. Cit.*

120 *Ibidem*, Artículo 180.

Septiembre 2019

Salario remunerador

De acuerdo con los servicios personales y subordinados prestados por los menores, éstos deben recibir un salario justo y remunerador que sirva para que cubran sus necesidades de educación, salud, diversión, vestido y alimentos. El salario remunerador, se concibe como un mínimo que es esencialmente variable y que depende de la calidad e intensidad del trabajo y de las posibilidades de la empresa, el cual se fija en un contrato y que, si bien debe ser justo, en diversas ocasiones no tiene tal connotación.¹²¹

Decir que los trabajadores menores de edad reciben un salario justo es aventurado, puesto que en los casos en que son contratados bajo condiciones contrarias a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, impide que tengan acceso a una remuneración justa y en los casos en que son menores de quince años el supuesto se torna difícil de cumplir.

Jornada de trabajo legal

La jornada de trabajo de los menores de dieciséis años, no puede exceder de seis horas diarias y quedará dividida en períodos máximos de tres horas, con reposos de una hora por lo menos en el desarrollo de su jornada laboral, aunado a que los menores de dieciocho años no pueden laborar horas extraordinarias los domingos y en sus días de descanso obligatorio, conforme a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 de la Ley Federal del Trabajo.

Sin embargo, en la realidad las jornadas laborales de los menores resultan superiores a las antes señaladas y en ocasiones no son remuneradas, aunado a que el trabajo infantil afecta considerablemente la salud de los menores, puesto que una jornada excesiva puede deformar los huesos, afectar la concentración visual, cansancio inusual, desnutrición, propensión a enfermedades infecciosas, así como la

¹²¹ SALARIO REMUNERADOR, [Tesis], Sexta Época, Instancia: Cuarta, Fuente: Sala Semanario Judicial de la Federación, Volumen LVII, Quinta Parte, pág. 69.

posibilidad de accidentes de trabajo.¹²² Estas jornadas prolongadas, suelen llegar a tener una intensidad considerable y si bien los menores tienen la misma posibilidad de ver mermada su salud como el resto de sus compañeros adultos, sus características físicas y psicológicas los hacen aún más vulnerables.

Día de descanso semanal

De conformidad con el artículo 69 del Código Obrero, los trabajadores por cada seis días de trabajo disfrutarán de un día de descanso por lo menos, con goce de salario íntegro lo que es aplicable a todos los menores trabajadores.

En este caso, el día de descanso es de suma importancia, ya que de acuerdo con el principio de “interés superior del menor”, existe la responsabilidad y obligación de que los patrones señalen con exactitud los días en que se gozará de ese derecho a fin de no exponerlo a variabilidad.¹²³

Pago de aguinaldo

Todos los trabajadores deben gozar del beneficio del pago de aguinaldo, acorde con lo dispuesto en el artículo 87 de la multicitada ley laboral que dispone:

*Los trabajadores tendrán derecho a un aguinaldo anual que deberá pagarse antes del día veinte de diciembre, equivalente a quince días de salario, por lo menos. Los que no hayan cumplido el año de servicios, independientemente de que se encuentren laborando o no en la fecha de liquidación del aguinaldo, tendrán derecho a que se les pague la parte proporcional del mismo, conforme al tiempo que hubieren trabajado, cualquiera que fuere éste.*¹²⁴

122 LÓPEZ LIMÓN, Mercedes Gema. *La fuerza de trabajo infantil en México*, III Conferencia de la Red Latinoamericana y del Caribe de Childwatch International, 17 al 19 de julio, 2006, [5 de junio de 2019], disponible desde: www.uam.mx/cdi/pdf/iii_chw/lopezlimon_mx.pdf, p. 2.

123 OFRECIMIENTO DE TRABAJO A MENORES DE EDAD. ES DE MALA FE SI SE HACE CON UN DÍA DE DESCANSO VARIABLE, SIN PRIVILEGIAR EN LA JORNADA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SU EDUCACIÓN, [Tesis], Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: VI.2o.T.2 L (10a.), Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, p. 1181.

124 Ley Federal del Trabajo, *Op. Cit.*

Septiembre 2019

No obstante, existen factores que impiden que los menores trabajadores gocen de ese beneficio, ya que se les niega la posibilidad a recibir tal gratificación, bajo el pretexto de que son una fuerza de trabajo limitada, de reserva y barata, por lo que se menosprecia la valía de su trabajo proporcionado con esfuerzo dada la condición anatómica que presentan a temprana edad, en comparación con la de un adulto.

Vacaciones

En lo correspondiente a su derecho a gozar de un periodo vacacional, el artículo 179 de la Ley Federal del Trabajo¹²⁵ señala que por lo menos disfrutarán de un período anual de vacaciones pagadas de dieciocho días laborables.

Seguridad social

Todos los trabajadores menores de dieciocho años tienen derecho a la seguridad social tal como se desprende del artículo 123, apartado B, fracción XI constitucional y el artículo 2° de la Ley Federal del Trabajo, ya que como hemos referido, tienen mayor riesgo de sufrir un accidente o contraer una enfermedad de trabajo, lo que limitaría considerablemente su vida laboral a tan temprana edad.

Si fuera el caso, de que el menor trabajador requiriera atención médica, quirúrgica, farmacéutica o incapacidad, al gozar de derecho a la seguridad social y estar debidamente inscrito en el régimen de seguridad social correspondiente, haría frente a esas contingencias sin preocupación alguna.

Además, la seguridad social es un derecho del que deben gozar todos los trabajadores puesto que constituye un derecho humano.

Educación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la educación es un derecho humano

¹²⁵ *Idem.*

y debe ser garantizado. Al respecto se deben fomentar medidas para que los trabajadores menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad asistan en forma regular a las escuelas, por lo que es vital se impida el desarrollo de cualquier trabajo que tienda a entorpecer su educación.

En los artículos 22 Bis, 23, 175 y 988 de la norma de trabajo se establecen las directrices para que los trabajadores menores de edad tengan las facilidades adecuadas para que cursen y concluyan su educación básica.¹²⁶

Los menores de catorce años no pueden ser contratados para laborar al servicio de un patrón, puesto que resulta poco factible que puedan compaginar sus estudios básicos con las labores a desempeñar, cuya finalidad de esa prohibición es que puedan tener un desarrollo físico y mental pleno, en atención al interés superior del menor y protección a la niñez;¹²⁷ en el caso de los mayores de catorce y menores de dieciocho años, existe la obligación de observar esa compatibilidad estudio-trabajo, para que puedan prestar sus servicios personales y subordinados.

Cabe la posibilidad, que los mayores de quince y menores de dieciocho años (que no hayan terminado su educación básica obligatoria), puedan acudir ante el Tribunal competente a fin de solicitar autorización para trabajar, debiendo acompañar todos los documentos necesarios para establecer la compatibilidad entre los estudios y el trabajo.¹²⁸

Capacitación y adiestramiento

El artículo 25, fracción VIII de la legislación en materia laboral, establece la obligación a cargo del patrono de señalar en el contrato

¹²⁶ *Ibidem*, artículos 22 Bis, 23, 175 y 998.

¹²⁷ INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4o. PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES, [Tesis], Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1a. LXXVI/2013 (10a.), Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 1, p. 887.

¹²⁸ Ley Federal del Trabajo, Artículo 988.

Septiembre 2019

laboral, la capacitación y adiestramiento en los términos de los planes y programas que establezca el centro de trabajo conforme a la ley, cuya formalidad debe respetarse a fin de garantizar este derecho.

Es de hacer notar que el derecho de los trabajadores a recibir la capacitación y adiestramiento se encuentra elevado a rango constitucional, inspirado en los principios de interés social, cuyo fin es, que los trabajadores tengan las herramientas y conocimientos necesarios para enaltecer el nivel de vida y al mismo tiempo beneficiar al centro de trabajo con una mayor productividad.¹²⁹

En cuanto a los trabajadores menores de dieciocho años, la Ley Federal del Trabajo reitera esta obligación patronal, estableciendo en el artículo 180, fracción IV, el deber de proporcionarles capacitación y adiestramiento.¹³⁰

Utilidades

La Constitución en su inciso e), fracción IX, apartado A,¹³¹ en relación con los artículos 117 a 127 de la ley del trabajo,¹³² resalta primordialmente el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades que haya generado la empresa o centro de trabajo.

En atención a lo anterior, se concluye que todos los trabajadores que presten sus servicios para un patrón cuentan con el derecho a recibir parte de aquellas ganancias que se obtienen por la producción o distribución de bienes y servicios, incluyendo a los trabajadores menores de edad, ya que con su esfuerzo físico e intelectual integran la fuerza productiva del centro de trabajo donde laboran.¹³³

129 Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley...XIII. Las empresas, cualquiera que sea su actividad, estarán obligadas a proporcionar a sus trabajadores, capacitación o adiestramiento para el trabajo. La ley reglamentaria determinará los sistemas, métodos y procedimientos conforme a los cuales los patrones deberán cumplir con dicha obligación. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. Cit.*

130 Artículo 180. Los patrones que tengan a su servicio menores de dieciocho años están obligados a: ...IV. Proporcionarles capacitación y adiestramiento en los términos de esta Ley. *Vid. Ley Federal del Trabajo.*

131 Artículo 123, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op Cit.*

132 Ley Federal del Trabajo, *Op. Cit.*

133 UTILIDADES, PARTICIPACIÓN DE LOS OBREROS EN LAS, [Tesis], Quinta Época, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, sin número de tesis, Tomo XLIV, p. 1116.

Actualmente, existe un manual que contiene las bases para el reclamo y pago de las utilidades a los trabajadores, lo cual simplifica los procedimientos a seguir para reclamar dicho pago.¹³⁴

Finalmente, podemos advertir que existe una relación significativa entre el fenómeno de la migración y el trabajo personal y subordinado que prestan las niñas, niños y adolescentes en la frontera sur de nuestro país; toda vez, que lo verifican como una oportunidad de asirse de recursos económicos para solventar necesidades básicas. Sin embargo, quedan expuestos a situaciones de riesgo menoscabando su integridad física y moral.

Siendo necesariamente urgente, el respeto puntual del elenco de derechos humanos que reconoce el marco constitucional; garantizando los mínimos laborales establecidos en la Ley Federal del Trabajo, como: tiempo de descanso y salario remunerador, evitando en lo posible que presten sus servicios en toda actividad contraria a su dignidad humana, trabajos extenuantes y perjudiciales a su salud.

Porque la condición de migrantes regulares o irregulares y especialmente su condición de menores de dieciocho años no les limita el reconocimiento de “personas humanas”.

VIII. A modo de conclusión

- a) La política que ha empleado el triángulo del norte de Centroamérica ha resultado incipiente, muestra de ello son las caravanas migrantes que traen un vasto número de personas en situación de vulnerabilidad (entre ellos: niñas, niños y adolescentes).
- b) En esa tesitura, se presenta la migración infantil, no como un fenómeno reciente, pero sí alarmante, lo que conlleva a la implantación de políticas migratorias que refuercen los derechos

134 MANUAL LABORAL Y FISCAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS UTILIDADES DE LAS EMPRESAS 2019, el reparto de utilidades, [7 de junio de 2019], disponible desde: www.sat.gob.mx/repartodeutilidades/Paginas/documentos/manual_ptu2019.pdf

Septiembre 2019

fundamentales de los niños y adolescentes como diáspora migrante.

- c) Diversos instrumentos nacionales e internacionales recogen el elenco de los derechos humanos, pero es evidente, que este constructo lógico-jurídico es delgado y consiguientemente no se aplica en casos extremos. Además, por sus características los derechos humanos no deben ser transgredidos por omisiones de autoridades y servidores públicos. Dentro de esta dinámica el personal y los grupos de apoyo del Instituto Nacional de Migración, reciben capacitación sobre aspectos de sensibilización y aplicación de derechos humanos, máxime que en lo que hace a la migración infantil debe privilegiarse el interés superior de la niñez contenido en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- d) Hasta el momento, el elenco nomotético nacional, subyace un poco funcional, si estimamos que el problema de fondo son los recursos para la manutención de los albergues dependientes del sistema DIF, nacional y estatal.
- e) Es importante, que se comparta correlativamente las obligaciones y se asuma el papel que cada estado debe tomar en relación de la migración en general y de manera particular de la migración de niñas, niños y adolescentes, de tal suerte que se establezca claramente la problemática que se presenta en la región sur de la frontera de nuestro país y la posible solución.
- f) Las causas del aumento de la migración infantil centroamericana se deben a la inestabilidad económica, política y social, lo que está provocando la expulsión de la gente cada vez más joven.
- g) Los altos índices de pobreza, desempleo y subempleo; violencia generalizada en los lugares de origen; la ausencia de programas que den respuesta a las carencias mínimas de la comunidad genera migración. En el caso de los niños y adolescentes, la ausencia de oportunidades de estudio, alimentación, desarrollo psicosocial y programa de becas para capacitarlos en un oficio recrudescen las posibilidades de desarrollo.

- h) La cooperación debe ser multilateral, en la que se encuentren implicados los países de origen, tránsito y destino; donde se privilegie la protección de los niños, niñas y adolescentes, salvaguardando en todo momento el interés superior de la niñez.
- i) Es indispensable el cuidado de las niñas, niños y adolescentes para cumplimentar los tratados internacionales que México ha suscrito. Así, la protección de niñas y niños migrantes extranjeros no acompañados es una prioridad, toda vez, que son personas definidas como vulnerables para las autoridades municipales, estatales y federales, así como para los Centros de Asistencia Social públicos y privados.
- j) Es un hecho irrestricto que la pobreza como un sistema de vulnerabilidad incrementa la migración del factor humano, principalmente de la población infantil.
- k) Es de enunciarse, que el marco regulatorio del trabajo en nuestro país ha pretendido evolucionar en atención de la autarquía de las relaciones laborales y los cambios estructurales que plantea la dimensión económica nacional e internacional, principalmente los fenómenos sociales como es el caso de la migración infantil.
- l) El trabajo infantil, tiene una condicionante especial, aunque nuestra legislación laboral no lo arroga como especial, ya que se consolida como un quehacer que se presta en condiciones particulares.
- m) El derecho humano al trabajo es un deber y un derecho social que pretende la dignificación de los individuos acercándolos al desarrollo personal dentro de la sociedad, que le permita alcanzar cierto nivel económico

Septiembre 2019

IX Bibliografía

ANGULOSÁNCHEZ, Nicolás, *El derecho humano frente a la mundialización del mercado: Conceptos, contenido, objetivos y sujetos*, Madrid, Colección Cooperación y Desarrollo, No. 19, Instituto Universitario IEPALA, Red ALMAR ediciones, 2005.

ARMENDARES, Pedro Enrique, *La Política Migratoria de Trump. Impactos para los migrantes mexicanos y sus comunidades*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2018.

BROOKS, David, *Refrenda su compromiso se levantar un muro y renegociar el TLCAN*, Diario La Jornada, 22 de julio de 2016.

CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos (Coord.), *La protección de los derechos humanos de las personas migrantes*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Organización Internacional para las Migraciones, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos, Unidad de Política Migratoria, Centro de Estudios Migratorios, Instituto Nacional de Migración, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, p. Centro de Estudios Migratorio, SEGOB, México, 2012.

CÁRDENAS PÉREZ, Georgina y GONZÁLEZ EGUÍA, Sol, *Migración no acompañada de niños, niñas y adolescentes. Recuento de una experiencia en México*, México, SEDESOL-Instituto Nacional de Desarrollo Social, OXFAM MÉXICO, A.C.-Camino Posibles: investigación, capacitación y desarrollo, S.C., México 2013, pp. 29 a 33, Toda vez, que en algunas ocasiones serán invisibles en el plano jurídico y se les vinculará (en algunos casos), con estereotipos negativos sufriendo maltrato, actos de discriminación y racismo (incluso, por autoridades mexicanas), www.uam.mx/cdi/pdf/redes/migracion_no_acomp.pdf.

CARRASCO GONZÁLEZ, Gonzalo, *La migración centroamericana en su tránsito por México hacia los Estados Unidos*, Revista Alegatos, México, Departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Volumen 27, número 83, enero/abril de 2013, UAM-Azcapotzalco, 2013.

CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Social de América Latina*, (LC/G.2635-Sabitstreamhandle/11362/37626S1420729espdf;jsessionid = B6C8E8C84B85CDEA03A9045B60C3EDA3?sequence = 6.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los desafíos de la migración y los alberges Oasis*, Encuesta Nacional de Personas Migrantes en Tránsito por México, México, 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2019.

UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Convención sobre los derechos del niño, *La travesía migración e infancia*, UNICEF México, 2011.

Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF Comité Español, Madrid, 2006.

CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, 19ª edición, Editorial Porrúa, 2013.

MURILLO, Virginia, et al, *Situación del trabajo infantil y adolescente en Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua)*, Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Defensa de Niñas y Niños Internacional, 2006.

Septiembre 2019

DURAND, Jorge, *Historia mínima de la migración México-Estados Unidos*, México, El Colegio de México, 2016.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, editorial Trotta, 4ª edición, 2004.

FUENTES FLORES, César, M., *Las fronteras de México: Nodos del sistema global de las drogas prohibidas*, México, Colegio de la Frontera Norte, Flacso Ecuador, Baja California, 2017.

GARCÍA GARCÍA, Guadalupe Leticia (Coord.), *Migración en nuestra Frontera Sur: el respeto a los derechos humanos como requisito indispensable ¿un escenario posible?*, México, FES-Acatlán- UNAM, 2018.

LEY DE MIGRACIÓN, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2018.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de junio de 2019.

LEY GENERAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, última reforma aplicada el 20 de junio de 2018.

LÓPEZ LIMÓN, Mercedes Gema, *La fuerza de trabajo infantil en México*, III Conferencia de la Red Latinoamericana y del Caribe de Childwatch International, 17 al 19 de julio, 2006.

LÓPEZ REYES, Jasmina Areli, *Niños, niñas y adolescentes: migrantes trabajadores guatemaltecos en la ciudad de Tapachula, Chiapas*, en Revista LiminaR. Estudios sociales y humanísticos, año 10, col. X, núm. 1, junio de 2012, San Cristóbal de las Casa, Chiapas, México, www.researchgate.net/publication/262651165_Ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes

[trabajadores_guatemaltecos_en_la_Ciudad_de_Tapachula_Chiapas/fulltext/03908be40cf26e6d7851790b/262651165_Ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes_trabajadores_guatemaltecos_en_la_Ciudad_de_Tapachula_Chiapas.pdf?origin = publication_detail.](https://www.juridicas.unam.mx/revistas-colaboracion/juridicas/unam.mx/trabajadores_guatemaltecos_en_la_Ciudad_de_Tapachula_Chiapas/fulltext/03908be40cf26e6d7851790b/262651165_Ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes_trabajadores_guatemaltecos_en_la_Ciudad_de_Tapachula_Chiapas.pdf?origin=publication_detail)

MEZA ESTRADA, Miguel Antonio, *Aves de Paso. Niños migrantes NO acompañados*, México, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2015.

NACIONES UNIDAS, Objetivos de desarrollo del Milenio, Una mirada desde América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2005.

NAVARRETE PRIDA, Alfonso J., y STEIN VELASCO, José Luis F., *Migración Laboral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Número 295, UNAM, 2018.

RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina, et al. Más Allá de la Frontera, la Niñez Migrante: Son las Niñas y Niños de Todos, México, Indesol, www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9360.pdf, 2009.

ROSALES SANDOVAL, Isabel, *Historia reciente de las Políticas Migratorias*, en GALEANA, Patricia (Coord.), *Historia Comparada de las Migraciones en México*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia - UNAM, 2014.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *La persona y sus atributos*, México, UANL, 2002, [26 de agosto de 2019], disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23961.pdf>.

EL JUEZ EJECUTOR EN EL ESTADO DE MÉXICO

José Antonio Álvarez León¹

María Iracema Cristal González Martínez²

SUMARIO:

I. Introducción

II. Juez Ejecutor de Sentencias

III. Principio de convencionalidad

IV. Derechos humanos

V. El juez y la aplicación técnica de la ley

VI. Análisis técnico respecto de las facultades del Juez Ejecutor de Sentencias

VII. Mecanismos de control jurisdiccional respecto de las facultades del Juez Ejecutor de Sentencias

VIII Confrontación teórica con datos empíricos

IX. Conclusiones

X. Bibliografía

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

² Maestra en Política Criminal por la Universidad Nacional Autónoma de México

Q uórum **127** Legislativo

I. Introducción

El presente artículo toma como punto de referencia la implementación de las reformas constitucionales de junio 18 de 2008 acerca del cambio del Sistema Penal - del sistema inquisitorio mixto al sistema acusatorio, adversarial y oral-¹ y de junio de 2011 sobre la incorporación de derechos humanos.

En el sentido de hacer énfasis en la incorporación del Juez Ejecutor de Sentencias como nueva figura, respecto del desempeño de sus funciones y atribuciones; con el interés de demostrar si hay o no contradicción discursiva entre el mandato constitucional y la aplicación de las leyes en torno al cumplimiento de las tareas del Juez en mención.

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos era bien sabido que el fin declarado de la prisión (reinserción) no se cumplía, lo que quiere decir que existía violación sistemática de los derechos de los reclusos; situación que se intentó modificar y detener con la citada reforma. La nueva función declarada con la reforma constitucional es el respeto irrestricto de los derechos humanos de los reos y la reinserción; a partir de ésta, el marco regulador del Juez de sentencia logró una alineación positiva (referida a las competencias del nuevo juez para hacer cumplir los fines de la pena) tan consistente (sistemáticamente categorizada en sus figuras conceptuales básicas),² que evidencia dos tipos de problemas, por un lado, la imposibilidad material de cumplir los mandatos del juez de sentencias y con ello transformar la función declarada de la pena y por otro, la observancia de los derechos humanos.

1 Entre los cambios que se buscaban modificar para mejorar el sistema procesal penal están los principios procesales modernos y democráticos, derechos del imputado mejor definidos, mayores derechos tomados en cuenta para el ofendido y las víctimas, medios alternos para la solución de conflictos, mejora en el sistema de defensoría pública, restar el monopolio de la acción penal que detenta el Ministerio Público mediante la incorporación de criterios de oportunidad y de acción privada.

2 Categorías básicas: Conceptos clave, utilizados en los métodos tipológicos, para derivar definiciones y conceptos secundarios subordinados, en función de las categorías de la ley de forma vertical, evitando contradicción de discursos.

Bajo ese panorama, el presente artículo tiene como objetivos principales reflexionar, evidenciar y advertir las condiciones de la nueva política criminal penitenciaria en cuanto a la aplicación del discurso jurídico respecto de la realización de las tareas encomendadas al Juez Ejecutor de Sentencia a la luz de las reformas antes mencionadas, mediante la revisión técnica del discurso legal de la materia y su relación con el principio de convencionalidad de los derechos humanos. Con el fin de mostrar los problemas legales que impiden implementar los tratamientos y estrategias necesarios para los sentenciados dentro del sistema penal.

Lo anterior con el estudio de los resultados revisados en el primer sexenio de implementación del sistema Acusatorio Adversarial y la reforma penitenciaria en el Estado de México, como muestra de lo que vendrá en las entidades que vayan implementando los mismos esquemas jurídicos.

El marco jurídico que regula el funcionamiento de los centros penitenciarios del Estado de México, ha llevado a los jueces a emitir sentencias con rigor y coherencia respecto de los dispositivos legales aplicables bajo un derroche técnico, son precedente, a pesar de ello, queda de manifiesto la imposibilidad sistemática y material de aplicar su regulación, así como el diseño de estrategias penitenciarias, como de inclusión de los sentenciados a las medidas de tratamiento y salvaguarda de sus derechos, lo que consecuentemente resulta en reclamos legales y quejas para la protección de derechos humanos a la luz del control de convencionalidad y del ejercicio de las facultades del Juez Ejecutor de Sentencias; lo que nos ubica en la *praxis* en el incumplimiento de las resoluciones judiciales, develando (bajo el parámetro de la reforma) que no se ha dado un nuevo sentido declarado al sistema penitenciario. Esto nos obliga a detectar las categorías discursivas que en su aplicación resuelvan los problemas técnicos y progresivos que hoy se manifiestan.

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

De dicho conflicto de orden técnico y legal se deja al descubierto:

1. Una limitada estrategia de Política Criminal en el rubro de la prevención especial, a la luz de la exigencia del Juez Ejecutor de Sentencias.
2. Los puntos de choque con los Derechos Humanos del Individuo en el tratamiento de reclusión respecto de la exigencia del cumplimiento de los mismos, respetando el principio de convencionalidad.
3. Problemas derivados del orden legal respecto del desempeño de las funciones del Juez Ejecutor de Sentencias, de su interpretación, de su aplicación y de su operatividad, en función todo ello a la reforma al artículo 18 Constitucional.

Por lo tanto, si el discurso jurídico impide la adecuada estrategia de Política Criminal en el rubro de la prevención especial a la luz de la exigencia del Juez Ejecutor de Sentencias, el choque o violación de los Derechos Humanos del individuo en el tratamiento de reclusión por principio de convencionalidad, consecuentemente no se puede abonar a construir Políticas Públicas y se necesitará evidenciar legalmente las formas de incumplimiento material de la ley y los conceptos que permitan el diseño de estrategias penitenciarias.

II. Juez ejecutor de sentencias

Dentro de las funciones del Juez de Ejecución están las de “vigilar y controlar la ejecución de la pena”, de modo que le corresponde salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos, las desviaciones y el cumplimiento de los preceptos en el régimen penitenciario que puedan producirse. Así como estar informado sobre el expediente particular de los internos e integrarlo con los documentos que la ley señale, para saber si son acreedores de algún beneficio que la ley les otorgue, así como conocer del momento de la extinción de la pena.

La reforma de junio de 2008 señala, en el artículo 21, párrafo tercero constitucional, que los jueces tendrán a su cargo - de manera exclusiva- la imposición, modificación y duración de las penas, con lo cual las autoridades judiciales adquieren importantes responsabilidades en el ámbito penitenciario.

Después de la función del Juez de proceso de dictar sentencia, inician las facultades y tareas del Juez Ejecutor, de las cuales se hace mención acerca de las que ya tenían con anterioridad a la reforma, las que se trasladan al Ejecutivo y las que surgen con la reforma, quedando de la siguiente manera:

A. Facultades que ya tenía:

- 1) Condena condicional vía incidental;
- 2) Sustitutivos a la prisión vía incidental;
- 3) Adecuar sanciones ante retroactividad de nueva ley que beneficia;
- 4) Compurgación simultanea de penas;
- 5) Reaprehensión por incumplimiento de condiciones de beneficios;
- 6) Ejecutar reparación del daño;
- 7) Cuantificar el monto de la reparación del daño;
- 8) Devolver cauciones y liberación de aseguramiento de bienes, ante absolución (total o parcial);
- 9) Orden de cancelación de registros de control administrativo (ficha señalética).

B. Facultades que le traslada al Ejecutivo:

- 1) Beneficio de libertad preparatoria;
- 2) Ejecución de tratamiento en pre - liberación;

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

- 3) Remisión parcial de la pena;
- 4) Determinación de pena cumplida;
- 5) Ejecución del programa en condena condicional;
- 6) Determinación y seguimiento del programa de reinserción.

C. Facultades que surgen con la reforma:

- 1) Localizador electrónico.
- 2) Compurgación de pena en el domicilio;
- 3) Excarcelación por motivos personales;
- 4) Visitas de inspección de celdas;
- 5) Traslado de centros de reclusión a petición de parte;
- 6) Adecuar sanción ante ayuda eficaz del sentenciado, en casos de delincuencia organizada.

D. Facultades que continúan siendo de la autoridad administrativa:

- 1) Traslado de áreas dentro de un mismo centro de reclusión;
- 2) Traslado de un centro de reclusión a otro por motivos de seguridad;
- 3) Determinación de correcciones disciplinarias;
- 4) Determinación de excarcelación por razones de salud.

Competencia de otras autoridades administrativas: SAE, SAT, INE, etcétera.

El punto principal de este artículo está centrado en el análisis de la Política Criminal en el rubro de la prevención especial a través de las facultades del Juez en mención, dentro del Estado de México, mediante la revisión técnica del discurso legal de la materia y su relación con

el principio de convencionalidad de los derechos humanos. Razón por la que es necesario abordar el tema de control de convencionalidad.

III. Principio de convencionalidad

Realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien invalida normas del derecho local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre.

Actualmente existe preocupación de marcos generales por el reconocimiento y protección de derechos humanos, no sólo de un Estado, sino a nivel universal y regional. El alcance de la Reforma Constitucional de 2011, en especial lo que se refiere al control de convencionalidad, es en la actualidad un tema de gran importancia y una obligación de carácter internacional en *pro* de los Derechos Fundamentales. Esto se debe a la incorporación de normas internacionales al ordenamiento interno - lo que es materia constitucional- de ahí se toma la importancia de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, pues si bien ya estaban considerados en la Constitución, a partir de esa fecha los derechos humanos contenidos en el artículo 133, subieron de rango equiparándose a la Constitución- . Basándose en el principio *pro personae* y los lineamientos derivados de la Convención de Viena - por el cual el tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe por ellas; y porque ninguna de las partes podrá invocar el Derecho interno como justificación por haber incumplido alguna disposición de un tratado, y siempre que no contravenga lo estipulado como mandato constitucional.

El Tribunal Colegiado señaló que cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional,³ los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las resoluciones que impongan no se vean afectadas o limitadas por disposiciones internas que vayan en contra del fin que se busca. El derecho de convencionalidad debe realizarse

³ Convención Americana de los Derechos Humanos [CADH], 2018.

entre las normas de derecho interno y la Convención Americana de Derechos Humanos, tomando en cuenta no sólo su texto, sino además, la interpretación de la Corte Interamericana.

En el artículo 25 de la Convención Americana se establece el derecho a la protección judicial; de ahí además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Colegiado determinó que los órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales deben tratar de suprimir prácticas que tiendan a negar o delimitar el derecho de acceso a la justicia; es decir, deben evitar que a causa de formalismos o tecnicismos no razonables se impida el acceso a un tribunal.

IV. Derechos humanos

Dentro de este apartado se dará una breve explicación desde los derechos fundamentales para después elucidar en materia de derechos humanos, en especial sobre reclusos. Ferrajoli⁴ nos da una acertada definición de derechos fundamentales, de los que nos dice, son todos aquellos derechos subjetivos que correspondan universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva de prestaciones o negativa de no sufrir lesiones adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Con lo anterior se puede comprender que son derechos fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas, en cuanto a personas, ciudadanos o capaces de obrar; han sido siempre estas tres identidades las que han proporcionado - además de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, edad, clase, educación y nacionalidad- los parámetros de inclusión y exclusión entre los seres humanos y por consiguiente de igualdad y desigualdad.

4 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, La ley del más débil, Madrid, Trotta, 6ª ed., 2009.

Al ser los derechos fundamentales universales - ya que no dependen de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas- tales como la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales, entre otros. Con una base de igualdad jurídica. Al ser garantizados los derechos fundamentales se abona a la vida, a la supervivencia, a la igualdad y a la dignidad de los seres humanos. No son alienables o negociables. Son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, con independencia de sus gustos personales o de sus preferencias, razón por la que deben ser universales y válidos en todo momento y situación jurídica de los individuos.

Ferrajoli⁵ hace una clasificación muy puntual sobre derechos fundamentales. La ciudadanía y la capacidad de obrar son en la actualidad las únicas diferencias de *status* que delimitan la igualdad de las personas humanas. A los ciudadanos competen los derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía; y a las personas con capacidad de obrar, le serán asignados los derechos primarios - o sustanciales- y secundarios -o instrumentales o de autonomía-. Combinando las dos distinciones obtendremos cuatro clases de derechos:

1. Derechos humanos son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales procesales;
2. Derechos públicos son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo y a la asistencia;
3. Derechos civiles son los derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar, como la libertad contractual, el derecho

⁵ *Ídem*.

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

de accionar en juicio y todos los derechos de potestad en los que se manifieste la autonomía privada; y

4. Derechos políticos son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el derecho de acceder a cargos públicos y todos los potestativos donde se manifieste autonomía política y sobre los que se fundan la representación y democracia política.

Siguiendo el pensamiento del autor en términos generales, los derechos humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas y libertades, que corresponden al hombre por el simple hecho de su existencia; tienen como finalidad salvaguardar la dignidad de la persona humana considerada individual o colectivamente; su observancia comprende una serie de obligaciones y deberes, tanto para el Estado, como para los individuos, cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el orden jurídico nacional e internacional, para la conservación de la paz social y la consolidación de la democracia.

Quintana y Sabido⁶ clasifican los derechos humanos, nos dicen que los de primer grado o generación son los derechos subjetivos tradicionales, los de crédito o personales. Los de segundo grado o generación tienen un sentido más político e ideológico, con un respeto a la integridad física y sociológica del hombre, entendido como individuo digno de respeto y consideración dentro de la esfera de bienestar social. Y como derechos humanos de tercer grado o generación nos marca los derechos sociales, en cuanto a supervivencia, sanidad y disfrute de la vida; como el derecho a la paz, a la conservación ecológica, derechos colectivos, derechos de minorías, etcétera.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IJ - UNAM), define a los derechos humanos como el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente.

⁶ QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABIDO PENICHE, Norma, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1998.

Los derechos humanos presentan ciertas características, de generalidad, imprescriptibilidad, intransferibilidad, permanencia; además de ser incondicionales e inalienables. En su obra *Derechos Humanos*, Quintana y Sabido⁷ señalan que son generales porque los tienen todos los seres humanos sin distingo alguno; y son universales porque para estos derechos no caben limitaciones de fronteras políticas, ni las creencias o razas, son imprescriptibles porque no se pierden por el tiempo, ni por alguna otra circunstancia o causa, también son intransferibles, porque el derecho subjetivo derivado e individualizado que de ellos emana, no puede ser cedido, contratado o convenido para su pérdida o menoscabo. Son permanentes, porque protegen al ser humano de su concepción hasta su muerte; porque no tienen valor sólo por etapas o generaciones, sino siempre.

En un Estado democrático, el respeto a los derechos humanos constituye el sello distintivo del sistema jurídico. Las investigaciones realizadas por la Procuraduría General de la República en *pro* de la procuración de justicia, deben tener una investigación eficiente así como persecución de delitos para contribuir a la seguridad de la sociedad; y en ese cumplir se debe respetar la integridad psicológica y física de los indiciados, evitando cualquier acto que atente contra su dignidad humana.

Necesario es entonces, resaltar que a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, nos dice Carbonell⁸ que se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del Estado Mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) de promover, respetar y proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas. Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia

⁷ *Ídem*.

⁸ CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades*, [en línea], México, 06/09/2012, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos. El Estado mexicano, señala el artículo 1 constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

Respecto de la materia que nos ocupa podemos entonces señalar que los internos, como es evidente, también tienen derechos humanos y la autoridad penitenciaria tiene la obligación de respetarlos. Respecto de lo estipulado en el artículo 18 constitucional, se establece que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que se organiza el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación del mismo, la educación, la salud y el deporte. Mediante esta reforma se señala que las cárceles mexicanas deben respetar los derechos humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución que permita la violación de sus derechos. El que se prive de la libertad a una persona a causa de haber delinquido, no significa razón alguna para que se violenten sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades, tampoco en el supuesto de encontrarse en una prisión de seguridad máxima - donde está permitido en razón de seguridad, la restricción de ciertos derechos - aunque se sabe que dentro de éstas últimas, en la práctica, el fin último de la pena privativa de libertad que es la reinserción, está lejos de ser realidad y que existen constantes violaciones de derechos humanos de los internos que ahí se encuentran.

Existen algunas otras modificaciones en la mencionada reforma: se establece un mecanismo de consulta pública y transparente para la elección del titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y para los miembros del Consejo Consultivo de la propia Comisión.

Se faculta a la CNDH para realizar la investigación de violaciones graves de derechos humanos. El ejercicio de dicha facultad se puede dar cuando así lo considere la Comisión o cuando sea solicitado por el Presidente de la República, el gobernador de un Estado, cualquiera de

las Cámaras del Congreso de la Unión, las Legislaturas Locales o el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.⁹

En la medida en que el tratamiento de reinserción social que se aplica a los internos se humanice más cada día, y se cuente con la participación de todo el personal de la institución penitenciaria para capacitarse y respetar la integridad humana del interno, estaremos en posibilidad de cambiar su actitud para con su familia y la sociedad, además del propio compromiso que el entorno social debe llevar a cabo; con lo cual se abonará a que disminuyan los índices de reincidencia. El Estado está obligado a garantizar a los internos los satisfactores mínimos que por su propia situación no pueden conseguir por sí mismos.

Son bien sabidas las múltiples razones por las que no existe reinserción en la actualidad y dada la ineficacia del Estado en cumplir con los fines de la reclusión como pena corporal, es necesario, apegados a la legalidad y sobre todo a los derechos humanos, hacer modificaciones estructurales que corrijan de fondo estos defectos; y no únicamente a manera discursiva o en el deber que se encuentra únicamente dentro de un catálogo de buenas intenciones.

En el Estado de México, el sistema penitenciario pasa por graves momentos: la sobrepoblación - que implica problemas suscitados por la falta de espacios físicos, laborales y educativos para proporcionar la atención adecuada y establecida a los reclusos- otro problema lo encontramos en la falta de recursos técnicos, financieros y materiales, ya que no se cuenta con el personal suficiente que pueda realizar cabalmente las tareas encomendadas, a lo que se le agrega el bajo salario que reciben estos servidores públicos o que no están debidamente capacitados para el desempeño de las funciones que realizan. Se debe entender que los Centros Preventivos y de Readaptación Social no son bodegas para almacenar seres humanos que la sociedad desecha, sino que debieran ser lugares donde se aplique la ley, preservando invariablemente la dignidad y los derechos humanos en *pro* de su reinserción como seres funcionales dentro de la sociedad.

⁹ *Ídem*.

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

La protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, son mandatos que la ley otorga a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; dicha supervisión se ejerce, de manera permanente, a través de las visitas periódicas realizadas a los centros de reclusión, la atención individualizada de quejas que se presentan ante este organismo autónomo, las visitas que se realizan a las instituciones, así como las que se llevan a cabo con motivo de levantamiento del Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP), que durante los últimos años ha efectuado la CNDH, con la colaboración de los organismos públicos de derechos humanos en los diversos Estados del país, y coordinando su elaboración.

El DNSP es un instrumento de evaluación que permite analizar la situación que permite analizar la situación que impera en el sistema penitenciario nacional, relacionado con las condiciones de estancia e internamiento de las personas en reclusión, con perspectiva del respeto a los derechos humanos, el cual se ha convertido en un indicador importante que refleja la situación que prevalece en tales lugares.

El ejercicio consiste en calificar en escala del 0 al 10 una gama de indicadores y sub indicadores que representan las condiciones mínimas que deben existir en una prisión, de acuerdo con nuestra Constitución Federal y las leyes, principios, instrumentos, acuerdos, convenciones y tratados, nacionales e internacionales suscritos por México, que contienen referencias sobre el tratamiento de las personas privadas de la libertad y sus condiciones de internamiento, a efecto de procurar una estancia digna y segura, y tratar de lograr su reinserción, fin que persigue la pena privativa de libertad.

Estos indicadores y sub indicadores se agrupan en 5 rubros que tienen que ver con aspectos que garantizan: (1) la integridad física y moral del interno; (2) aquellas relacionadas con una estancia digna; (3) cuestiones referentes a las condiciones de gobernabilidad de los centros; (4) la reinserción social del interno, que a su vez abarca el respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el

mismo, la educación, la salud y el deporte; y (5) la atención a grupos vulnerables (mujeres, adultos mayores, indígenas, personas con discapacidad, enfermos con VIH y personas con preferencias sexuales distintas).

Como siguiente punto de la investigación, se analizará lo que pasa con las facultades y atribuciones del Juez de Ejecución, estipuladas en las leyes.

V. El juez y la aplicación técnica de la ley

La tarea única de crear leyes es del Legislativo; el Ejecutivo por su parte podrá crear reglamentos o normas de carácter administrativo; y finalmente la jurisprudencia que emana del Poder Judicial.

Será tarea judicial desentrañar el fin último de la norma aplicable al caso concreto, por lo que le será necesario hacer su interpretación, seguida de su argumentación para finalmente aplicarla; norma que fue creada por el legislador, buscando resolver cierto problema estudiado y analizado.

Se puede hablar de tres razones fundamentales que originan la necesidad de una argumentación jurídica:

- 1) De las exigencias de un Estado de Derecho moderno, punto donde hace referencia Aienza en su obra Estado de Derecho, argumentación en cuanto a que el Estado de Derecho debe vincularse con la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas, ya que se trata del sometimiento del Estado, del poder a la razón, y no de la razón al poder.
- 2) De la necesidad de adaptar normas jurídicas del pasado para encontrar soluciones a la problemática actual, esto es debido a

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

que la sociedad es evolutiva y cambiante y, por consiguiente, las normas jurídicas deben adaptarse de manera permanente a la realidad - aún para lo que no fueron concebidas-, tarea que hace posible la argumentación jurídica.

3) Debido a que las normas jurídicas se redactan en un lenguaje sencillo, pero se deben aplicar en la solución de problemas complejos, aunque la creación reglamentaria siga una fórmula sencilla, ésta debe poder aplicarse a situaciones complejas que existen en una sociedad.¹⁰

Para que pueda ser justificable una resolución judicial, el argumento que se ocupe debe estar debidamente motivado y fundado; esto quiere decir que el razonamiento jurídico incluido en el texto y que sirve de conclusión al caso concreto de que se trate, se debe ajustar a las prevenciones legales que le sirven de fundamento.¹¹ A su vez, este razonamiento debe ser lo suficientemente claro y preciso para que el afectado pueda defenderse.

En este punto puede encontrarse con ciertas cuestiones que afecten lo antes mencionado y que se muestran en la jurisprudencia mexicana: falta de motivación o motivación indebida. Por la primera debemos entender la ausencia de referencia en el documento escrito de la autoridad de las razones que se hayan considerado estimar que el caso puede subsumirse en la hipótesis prevista en esa norma jurídica.¹²

La motivación indebida existe cuando se exponen las razones que la autoridad tuvo para dictar la resolución, pero no corresponde al caso específico, objeto de decisión, o bien, cuando no existe adecuación entre los motivos invocados en el acto de autoridad y las normas aplicables a éste.¹³

En cuanto a la tarea de la interpretación se sabe que es un acto de traducir símbolos y signos a sus significados. El juez, al realizar su tarea de aplicar la ley, deberá entonces darle una significación y depositarle

10 ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *Argumentación Jurídica*, Oxford, México, 2010.

11 *Ibidem*, p. 158.

12 *Ibidem*, p. 160.

13 *Ídem*.

un sentido al interpretar la misma con ayuda de su experiencia (será una interpretación de textos). En este sentido y como lo muestra Máynez, se deberá desentrañar el sentido de la significación de una expresión jurídica.

La función práctica o técnica de la argumentación jurídica, según Atienza,¹⁴ debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho. Tareas que a su vez, se relacionan con las metas de una construcción de sistemas jurídicos expertos y a la enseñanza del derecho, cuyo objetivo principal debería ser el de aprender a pensar o a razonar *como un jurista*, según el autor antes citado, y no limitarse a conocer los contenidos del derecho positivo.

Al reformarse de manera constitucional e implementarse el nuevo sistema procesal acusatorio y oral, no únicamente se buscaron cambios en las fases de investigación y enjuiciamiento, sino también en la fase de la ejecución de las penas. Las funciones de los jueces de control, de juicio y de ejecución, deberán seguir los principios acordes a la reforma: de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

En esta investigación nos ocupan las tareas del Juez Ejecutor de Sentencias, las cuales podríamos dividir en dos:

- 1) Con el sentenciado en prisión, donde el juez deberá vigilar y controlar el cumplimiento de la pena impuesta y velar por los derechos de los reclusos, tendrá por límite la administración de las prisiones, facultad del Ejecutivo.
- 2) Con el sentenciado en libertad, el juez vigilará que los sentenciados a los que se les concedió el beneficio de la libertad, cumplan con los requisitos debidos para su obtención; en su caso, ordenará reaprehensión de ser necesario, es decir, dará por cumplidas las condiciones para que se tenga por culminada la pena impuesta. También en los

¹⁴ ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 217.

casos que un beneficio distinto, tal será el caso del localizador electrónico o la libertad anticipada.

Se advierte que al aplicarse una ley también se podrán encontrar problemas en lo discursivo y en lo material, es decir, al hacer efectiva materialmente la sentencia. Razón por la que es de mayor importancia realizar un análisis técnico de las leyes en que se basa el Juez Ejecutor para el cumplimiento de sus atribuciones, así como para el desarrollo de sus facultades.

VI. Análisis técnico respecto de las facultades del juez ejecutor de sentencias

Mediante un análisis técnico y legal usando la **tópica**¹⁵ argumentativa, se puede demostrar que el concepto clave pena privativa de libertad tiene referentes específicos en todas las leyes para dejar con claridad y bien establecido los modos y las circunstancias en las cuales ésta se aplica.

En este trabajo se intentó buscar bajo una argumentación vertical si este *topoi*¹⁶ tenía una inconsistencia, lo que significa que con una sola -inconsistencia- que existiera, evidenciaría la posibilidad de que en diferentes niveles de la ubicación de la ley se dieran otras ambigüedades, pues un *topoi* básico constitucional al ser de origen superior en la jerarquía normativa, siempre subordina de manera recta y vertical todas y cada una de sus derivaciones, luego entonces, en

15 Las aplicaciones de la tónica y la cibernética siempre están ligadas a los presupuestos positivistas, es decir, a la revisión de un método tipológico y de segmentación que pueda servir para desarticular los enunciados legales y revisar su consistencia de tipo lingüística.

16 Es aquello que da a la tónica las premisas fundamentales con las que el trabajo jurídico busca la solución a sus problemas, es decir, las ideas que se tomarán en cuenta como el origen para la solución de un conflicto normativo. En primera instancia un concepto o una definición se vuelven palabras claves en un argumento, del cual se habrán de desprender sub-categorías o sub-enunciados sin perder la idea central y cerrando cualquier problemática o discusión en el argumento a las categorías, conceptos o definiciones que les dieron origen; esto es que cada palabra origen se vuelve un *topoi*

obvio de inútiles e innecesarias repeticiones, tendrían que buscarse todas las inaplicaciones para demostrar que el tópico constitucional es inconsistente, pues como ya se dijo bastaría uno sólo.

Cuando se logran asociar métodos semióticos de aplicaciones lógicas, entonces se juntan dos quehaceres de la ciencia jurídica en el manejo del objeto, es decir, se disemina el artículo y se desentraña el sentido de las palabras (se interpreta),¹⁷ y por otro lado, evidentemente se somete a revisión cada una de las partículas elegidas para generar la consistencia de lo que en ella se entiende o se aplica (se interroga y se argumenta). El método es sencillo, básico y lógico porque con base en él se aprendió a hablar, escribir y pensar y, de hecho, es una forma y presupuesto de la interpretación cerrada.¹⁸

Este análisis aplicado en la política criminal deja también claro que, a partir de la reforma constitucional comentada al cuerpo de este trabajo, el nuevo diseño de la práctica penitenciaria legalmente y políticamente es cerrado y consistente. Luego entonces, desde el punto de vista de la distribución sustantiva de sus diferentes aplicaciones sería poco menos que perfecto.

Nótese entonces que desde la metodología *tópica*¹⁹ y desde la visión interpretativa en el discurso a partir de la reforma constitucional en materia penitenciaria, el diseño de política criminal es claro y congruente, no sólo a la materia en comento, sino con todo el contexto de los derechos humanos, la palabra clave contextual pena y derechos humanos está asociada al artículo 1° constitucional, y por tanto, los derechos humanos son contexto interpretativo para *el discurso y para la exigencia aplicativa*.

17 ALVAREZ LEÓN, José Antonio. *Estudio de la conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003)*, en el contexto de la regionalización de Norteamérica. Un acercamiento tópico-cibernético. México, UNAM, FES Acatlán, Tesis Doctoral de Grado, 2005.

18 *Ídem*.

19 VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997. El método tópico es el único método semántico que permite los usos simultáneos de la interpretación en la argumentación cerrada. Éste método y su técnica también permiten construcciones normativas desde el discurso abstracto o escrito. *Cfr.* Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997.

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

Cuando se está posicionado en la teoría del derecho, el manejo del objeto de la ciencia jurídica, la *norma*, puede ser sujeta de un tratamiento particular con el fin no sólo de saber cuál era la intención del legislador (interpretación), sino ahora de usar la norma para obtener de ella un sentido aplicativo personal, es decir, someter a la norma a las pretensiones de quien la usa, buscando con ello su consistencia o su inconsistencia. Para lograr lo anterior, metodológicamente entonces, se recurre a la argumentación, pues a decir de Perelman,²⁰ argumentar es adherir al auditorio y con ello lograr el uso de la norma a partir de su consistencia.

En nuestro caso, usamos una retórica simple porque el fin es demostrar si el sistema jerarquizado pudiese tener debilidades estructurales que obviarán la estrategia discursiva y en consecuencia evidenciar una política penitenciaria fallida (desde la norma), o bien, la imposibilidad de salirse de ella por sus referencias cerradas, olvidando o dejando atrás el viejo conflicto entre la función latente y no latente de la pena privativa de libertad; es decir, sólo se busca hacer un análisis riguroso y técnico entre lo que se dice y se hace, evidenciando los problemas estructurales.²¹

VII. Mecanismos de control jurisdiccional respecto de las facultades del juez ejecutor de sentencias

Lo que corresponde ahora para cerrar el tratamiento del problema y la comprobación de la hipótesis en este trabajo, será necesario tomar

20 PERELMAN Ch., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla, Madrid, Gredos, 2000.

21 Esto no significa que no pueda haber un sentido de apreciación política entre porqué la *praxis* y el discurso están disociados, de lo que se trata es evidenciar que en el nuevo sistema de justicia las aportaciones en Política Criminal tendrían que ser más operativas y no discursivas; pues es evidente que al haber tal rompimiento de manera tan clara no se piensa, como diría Foucault, en ocultar un discurso, sino en simplemente cómo operarlo.

una evidencia empírica para saber si la política criminal penitenciaria se cumple o tiene una viabilidad al menos desde el control del Juez Ejecutor de Sentencias (por ser el nuevo paradigma).

El tratamiento empírico se acreditará a partir de tres ejes:

- 1) El reclamo de los derechos humanos por incumplimiento de la práctica penitenciaria de los internos.
- 2) La eficacia técnica en el cumplimiento de las autoridades del Juez Ejecutor de Sentencias.
- 3) Derivado de los anteriores, la asociación entre el 1 y el 2, lo que evidenciarían si las cosas han cambiado de acuerdo a la reforma, sin importar el grado de avance.

Para acreditar los puntos anteriores, particularmente el primero y el segundo, se tomó la radiografía estadística del propio Poder Judicial Local y Federal²² (como control constitucional), a través de los cuales, de acuerdo al principio *pro homine* y al control de la convencionalidad, ante violaciones flagrantes de los derechos humanos por incumplimiento en lo dispuesto por el Reglamento Penitenciario, se promovieron amparos y quejas.

De esa referencia estadística se desprende que a partir de las reformas constitucionales y de derechos humanos del derecho penitenciario, los internos han utilizado los recursos legales analizados argumentativamente en la parte que antecede esta investigación, para obtener de manera sustantiva y en su favor, no necesariamente beneficios penitenciarios, sino el mejoramiento de condiciones para su dignidad de persona, mientras están bajo tratamiento penitenciario.

Con lo cual han demostrado que de 2008 y de 2010 al 2014 no cambió la práctica penitenciaria, pese a que el Juez Ejecutor de Sentencia (figura nueva) dotado de un marco legal congruente y preciso, no puede desempeñar sus tareas, no cumple con cambiar la práctica

²² Datos obtenidos de liga Poder Judicial del Estado de México y buscador Búho Legal, actualizado hasta enero de 2014.

El juez ejecutor
 en el Estado de México

Septiembre 2019

penitenciaria y los derechos humanos siguen siendo violados, sin embargo y por lo tanto, se pasa de la congruencia sustantiva normativa, a la incongruencia en la justicia procesal y a la ineficacia de la justicia distributiva, es decir, hay una nueva forma de incumplimiento en la política penitenciaria ya que el Juez en mención no tiene los mecanismos materiales para la observación y el tratamiento penitenciario de los internos, pues únicamente tiene los elementos sustantivos. Cuestiones que podremos observar en el numeral siguiente.

VIII. Confrontación teórica con datos empíricos

Se presenta la siguiente estadística, donde se pueden observar las quejas presentadas ante organismos públicos que protegen los derechos humanos, así como las recomendaciones que emitieron tanto a nivel Federal como Estatal, durante el año 2015:

Cuadro 1 (INEGI, 2018) Quejas recibidas en Organismos Públicos de Derechos Humanos

Quejas recibidas en los organismos públicos de derechos humanos por entidad federativa, según tipo de población afectada 2015						
Entidad federativa	Víctimas de delitos	Preguntas personales desaparecidas	Personas privadas de la libertad (Población en Reclusión y menores infractores)	Periodistas	Defensores civiles de Derechos Humanos	Población afectada en sus derechos laborales, ambientales, económicos y culturales
Total	9,414	609	16,365	316	404	9,907
Comisión Nacional de los Derechos Humanos	NA	18	5,060	97	77	NA

Q

uórum 127 Legislativo

Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal	1,616	23	2,658	16	177	4,760
Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Estado de México	2,659	0	3,308	44	0	0

Cuadro 2 (INEGI, 2018) Recomendaciones emitidas por Organismos Públicos de Derechos Humanos a Nivel Federal

Recomendaciones emitidas por los organismos públicos de derechos humanos por entidad federativa según orden o ámbito e institución a la que van dirigidas 2015							
Entidad federativa	Total	Recomendaciones generales	Federal				
			Total	Procuraduría General de la República	Secretaría de la Defensa Nacional	Policía Federal	Prevención y Readaptación social (Sistema Penario)
Total	2,166	7	37	3	2	2	5
Comisión Nacional de los Derechos Humanos	59	2	37	3	2	2	5
Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal	18	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Estado de México	32	0	NA	NA	NA	NA	NA

El juez ejecutor
 en el Estado de México

Septiembre 2019

Cuadro 3 (INEGI, 2018) Recomendaciones emitidas por Organismos Públicos de Derechos Humanos a nivel Estatal

Recomendaciones emitidas por los organismos públicos de derechos humanos por entidad federativa según orden o ámbito e institución a la que van dirigidas 2015							
Entidad federativa	Total	Procuraduría General de Justicia	Estatal				
			Secretaría de Seguridad Pública	Secretaría General de Gobierno	Prevención y Readaptación social (Sistema Penario)	Poder Judicial de la Entidad Federativa	Otras Estatales
Total	1,422	481	290	39	68	23	157
Comisión Nacional de los Derechos Humanos	28	3	0	23	0	1	1
Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal	72	8	9	2	3	3	43
Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Estado de México	20	6	1	0	2	0	0

Cuadro 4 (CNDH, 2018) Recomendaciones generales emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos

Asunto	Num.	Año	Autoridad
Sobre condiciones de autogobierno y/o cogobierno en los centros penitenciarios de la República Mexicana.	30	2017	Secretaría de Gobernación, Gobiernos de los Estados de la República, Gobierno de la Ciudad de México y Comisión Nacional de Seguridad
Sobre la situación de los Derechos Humanos de los internos en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana	18	2010	Secretaría de Seguridad Pública Federal, Secretaría de Salud Federal, Secretaría de Educación Pública Federal, Gobierno de los Estados y Jefatura de Gobierno del Distrito Federal

La interpretación de la descripción de la tabla anterior, pone de manifiesto que los órganos encargados de proteger los derechos humanos reciben reclamos sustantivos de los internos, por violación a sus derechos en las prácticas penitenciarias, generando consigo la interpretación en la que se asocian: el incumplimiento de la función declarada del discurso penitenciario, con el de la nueva figura del Juez Ejecutor de Sentencias. En virtud de esto, no solamente no ha cambiado la práctica penitenciaria, sino que se confirma; deja claro que ahora se comenten más delitos e infracciones, toda vez que el suministro de justicia proscriptiva²³ se adiciona bajo el concepto violación de derecho, acto repetitivo y delito, y responsabilidad, a partir de que el Juez Ejecutor de Sentencias le es imposible, materialmente, cambiar la lógica penitenciaria a partir del nuevo paradigma.

A once años de la reforma penitenciaria y del cambio de justicia penal en el Estado de México, y a ocho años de la reforma de los derechos humanos, las estrategias del control en nada han cambiado; lo que significa también que la proyección del cumplimiento del transitorio constitucional que obliga a la Federación a entrar en los nuevos escenarios del sistema de justicia y los derechos humanos, demuestra un futuro desalentador respecto de encontrarnos con un cambio sustancial.

Se muestra en el cuadro siguiente amparos directos e indirectos, así como quejas, presentados actualizados, según informes del Poder Judicial de la Federación:

²³ Entiéndase por proscriptiva una forma de la justicia, es decir, que dice qué toca o qué merece a cada quien desde una norma adjetiva o procesal. Es el mecanismo que permite hacer o alcanzar a través de la norma.

El juez ejecutor
 en el Estado de México

Septiembre 2019

Cuadro 5 (Búho Legal, 2018), amparos y quejas

<p>Circuito: Circuito 2 - Estado de México Organismo: Toluco - Primer Tribunal Colegiado, Penal Fecha de publicación: 21/02/2018</p>					
Tipo	Exp.	Quejoso	Autoridades	Fecha de Acuerdo	Acuerdo
Amparo Directo	152/2017	*****	Tribunal de Alzada especializado en el Sistema Integral de Justicia Penal para adolescentes de Toluca, Estado De México	02/20/2018	Agréguese a este expediente el escrito firmado por ***** autorizado del quejoso AD...
Amparo Directo	209/2017	*****	Segundo Tribunal de Alzada en Materia Penal de Ecatepec, Estado de México	02/20/2018	Túrnese este expediente al Magistrado ***** , a efecto de que formule por escrito...
Amparo Directo	238/2017	*****	Juzgado de Control del Distrito Judicial de Toluca, Estado de México	02/20/2018	visto el estado procesal que guarda el presente asunto, se advierte que no existe diligencia alguna por realizar; por tanto, archívese, como concluido, el presente asunto es susceptible que destrucción.

Q

uórum 127
Legislativo

Amparo Directo	abri - 18	*****	Juzgado de Control del Distrito Judicial de Toluca, Estado de México	02/20/2018	Túrnese este expediente al Magistrado *****, a efecto de que formule por escrito...
Incidentes de Inejeción	ene - 18	*****	Tribunal Unitario de Circuito con Competencia en el Sistema Penal Acusatorio en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México	02/20/2018	Túrnese este expediente al Magistrado *****, a efecto de que formule por escrito...
Inconformidades	041/2017	*****	Juzgado Terceado de Distrito en Materia de Amparo y juicios Federales en el Estado de Mexicano	02/20/2018	Túrnese este expediente al Magistrado *****, a efecto de que formule por escrito...
Queja	023/2017	*****	Juzgado Primero de Distrito en Materia de Amparo y juicios Federales en el Estado de Mexicano	02/20/2018	Túrnese este expediente al Magistrado *****, a efecto de que formule por escrito...
Queja	030/2017	*****	Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de México	02/20/2018	Túrnese este expediente al Magistrado *****, a efecto de que formule por escrito...
Queja	030/2017	*****	Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de México	02/20/2018	se da trámite al recurso de queja interpuesto por *****, en su carácter de tutor...

**El juez ejecutor
en el Estado de México**

Septiembre 2019

Amparo en revisión	347/2017	*****	Agente del Ministerio Público adscrito a la Mesa Quinta del Sistema Acusatorio de Tlanepantla México, licenciado Enrique Huerta Moncivais, de la Fiscalía Regional de Tlanepantla, de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México	02/19/2018	visto el estado procesal que guarda el presente asunto, se advierte que no existe diligencia alguna ...
Amparo indirecto	955/2017	*****	Director del Reclusorio preventivo varonil Oriente y otros	02/20/2018	Expidanse las copias solicitadas. Notifíquese
Amparo indirecto	972/2017	*****	Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México	02/20/2018	Agréguese el escrito signado por el Defensor Público de la quejosa, mediante el cual, interp...
Amparo indirecto	975/2017	*****	Genaro Moreno García, Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio del Centro de Justicia Penal Federal en la Ciudad de México, con sede en el Reclusorio Norte y otros	02/20/2018	Vista la certificación de cuenta, así como el estado que guardan los autos, se advierte que transcur...

Quórum 127 Legislativo

Amparo Indirecto	1025/2017	*****	Juez Décimo Octavo Penal en la Ciudad de México	02/20/2018	visto el estado que guardan los autos, se declara que la resolución dictada en el presente juicio ha ...
Amparo Indirecto	020/2017	*****	Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación y otros	02/20/2018	Asegúrese a los autos el oficio, signado por el juez Sexto de Distrito de Amparo en Materia Penal en...

Los Jueces Ejecutores de Sentencia en el Estado de México, con marcos jurídicos modernos y con todas las atribuciones de la plena jurisdicción, no servirán de nada para garantizar el respeto a la dignidad humana en la cárcel si el control administrativo, material y operativo de las prisiones, no sale de los controles ejecutivos y se redefine la verdadera función del castigo y el fin real que tiene la pena privativa de libertad, o bien, que los cambios no sean únicamente a manera de discurso, sino que el Estado tenga el interés y haga tangibles los mecanismos para que lo implementado legalmente pueda ser llevado a la práctica y así abonar a una mejora, tanto en la política criminal, como en políticas públicas integrales y mejoramiento en el sistema penitenciario.

IX. Conclusiones

En el nuevo discurso legal que motiva y justifica la implementación del sistema penal, está el de agilizar los trámites procesales y penitenciarios, disminuir el número de internos en los reclusorios, respetar en todo tiempo los derechos humanos y derechos reglamentarios de los reos, y

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

con ello darle un nuevo sentido al concepto de reinserción social. En la *praxis*, la aparición de Juez Ejecutor de Sentencias materializaría la nueva política penitenciaria, con la finalidad de disminuir el hacinamiento, vigilar las condiciones de seguridad y salubridad de los reos y, en particular, el observar sus tratamientos en internamiento y excarcelación.

El marco jurídico que sustenta las reformas constitucionales respecto del sistema penitenciario, específicamente cuando nos referimos al desempeño del Juez Ejecutor de Sentencias en el sistema Acusatorio Adversarial, es tópicamente cerrado, debido a que existe alineamiento vertical entre la Constitución, los tratados internacionales, las normas federales y locales y los reglamentos del sistema penitenciario; con lo que podemos entender que no existen contradicciones entre las leyes antes mencionadas. Sin embargo, se detectaron los problemas jurídicos y retos técnico-operativos que enfrentan los Jueces Ejecutores, dificultades que encuentran debido a que las reformas fueron encaminadas al cambio del sistema penal, pero no muestran el mecanismo.

Al reformarse la Constitución, se incluyó en sus preceptos la garantía del Estado de respetar y hacer que se respeten los derechos humanos de los internos; los datos duros nos reportan que al año 2014, respecto de la estrategia del cambio del sistema de justicia penal y las reformas, no se ha dado una política criminal nueva con resultados materiales plausibles –lo que podemos corroborar con los amparos interpuestos contra ejecuciones o resoluciones del Juez Ejecutor de Sentencias-. Con lo cual, los internos no buscan que se les otorguen beneficios que la ley establece, sino que buscan el mejoramiento de condiciones para su dignidad de persona.

Por otro lado, las quejas interpuestas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos por violación a derechos humanos de los internos, nos permiten evidenciar los problemas a los que se enfrentan los Jueces Ejecutores, respecto de su ejecución material, lo que mantiene el estado de violación de estos derechos y de involución penitenciaria.

Los Jueces Ejecutores se enfrentan a imposibilidades para llevar a cabo funciones tales como garantizar el respeto de los derechos que deben tener los sentenciados, o en algunos casos, encuentran dificultad para garantizar estos derechos, debido a que las reformas van encaminadas a cambiar un sistema penal, a implementar nuevas figuras, pero al final del día, no dicen el cómo, es decir, no está implementado el mecanismo que debe seguirse para lograr lo que se quiere. Entre esos derechos podemos mencionar: derechos humanos relacionados con la situación jurídica de los internos, los que garantizan una estancia digna y segura en prisión, los que garantizan su integridad física y moral, los que garantizan el desarrollo de actividades productivas y educativas, los que garantizan la vinculación social del interno, los derechos que garantizan el mantenimiento del orden y la aplicación de sanciones, y los de grupos especiales dentro de instituciones penitenciarias.

Se puede entonces concluir que, a once años de la reforma penitenciaria y cambio del sistema penal, y a ocho de la reforma en materia de derechos humanos, las estrategias de control no han cambiado y el Juez Ejecutor de Sentencias no garantiza, ni garantizará, el respeto a la dignidad humana mientras el control, tanto administrativo como operativo y material, esté a cargo del Ejecutivo. Y mientras no se redefina la verdadera función del castigo como pena.

X. Bibliografía

ALVAREZ LEÓN, José Antonio. *Estudio de la conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003), en el contexto de la regionalización de Norteamérica. Un acercamiento tópico-cibernético*. México, UNAM, FES Acatlán, Tesis Doctoral de Grado, 2005.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, UNAM, México, 2013.

El juez ejecutor
en el Estado de México

Septiembre 2019

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 6^a ed., 2009.

PERELMAN Ch., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla, Madrid, Gredos, 2000.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABIDO PENICHE, *Norma, Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1998.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Argumentación Jurídica*, Oxford, México, 2010.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997.

Legisgrafía

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Código Penal para el Estado de México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de México.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reglamento de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado de México.

Reglamento Interior de los Juzgados de Ejecución de Sentencias.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

SCJN. Compilación de Instrumentos Internacionales sobre protección de la persona, aplicables en México. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Cibergrafía

Búho Legal, <http://www.buholegal.com/html/listas.html>, consultados el 21 de febrero de 2018.

CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades*, [en línea], México, 06/09/2012, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), <http://www.cndh.org.mx/>, consultados el 21 de febrero de 2018

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), <http://www.inegi.org.mx/> consultados el 21 de febrero de 2018.

Hemerografía

Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM.

NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL DICTAMEN LEGISLATIVO

Gonzalo Cervera Aguilar y López

SUMARIO:

I. Introducción

II. Relevancia y significación del dictamen legislativo

III. Caracterización de la dictaminación como acto parlamentario y legislativo

IV. Vinculación procedimental y material del dictamen legislativo

V. Aspectos de contenido del dictamen legislativo y las ciencias de la legislación

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía

Q uórum 127 Legislativo

I. Introducción

El acto de legislar entraña una dimensión de extrema complejidad y delicadeza en cuanto que a través de una ley se gobierna de manera general la conducta humana en una sociedad determinada. Se requiere por parte del legislador un verdadero ejercicio de juicio y sabiduría para tomar la decisión más correcta en función de los fines que se persiguen mediante la Ley. Una regulación legislativa puede tener los más diversos contenidos en razón de: los objetivos a conseguir; de la ideología que preside o inspira a los redactores de las normas por expedir; de los medios o medidas disponibles a poner en práctica; o bien, de la elección de los medios que se consideran eficaces para alcanzar los fines deseados. Pero lo que no puede dejar de destacarse en ningún caso, es que la toma de la decisión de un parlamento o cámara legislativa, necesariamente debe sustentarse en consideraciones o justificaciones racionales. Justo ese contenido o fundamento cognoscitivo que enriquece y legitima al acto de legislar, es la misión que se reserva a la dictaminación en una comisión parlamentaria.

La comisión legislativa de dictamen debe ser, o aspira a ser, el espacio idóneo y adecuado para la generación serena, objetiva y sistemática de elementos, conocimientos y deliberación profunda para la depuración de un proyecto de ley; de forma que, como se expone en este ensayo, es preciso ahondar en el estudio de esa actividad tan trascendente en el proceso legislativo que constituye la dictaminación. Al final de cuentas, el debate en un Pleno cameral viene en buena medida condicionado y orientado por el dictamen del proyecto de ley que se habrá de debatir. Y es exactamente en ese dictamen donde se vierte primordialmente tanto el conocimiento a fondo de la regulación legislativa que se propone al Pleno, como el intento de conciliar puntos de vista ideológicos discrepantes o hasta opuestos de los grupos parlamentarios. El verdadero laboratorio donde se gestan los proyectos de regulación legislativa es en las comisiones y en su producto legislativo por excelencia que es el dictamen. En los párrafos que prosiguen se expondrá el aspecto material o sustantivo

del dictamen y los elementos que se deben considerar en el audaz acto de legislar por parte del órgano representativo y democráticamente legítimo por excelencia que es un parlamento.

II. Relevancia y significación del dictamen legislativo

Se le atribuye a Otto Von Bismarck, estadista prusiano reconocido como el artífice de la unificación alemana en el siglo XIX, la frase de que hay dos formas de hacer cosas que repugnarían a la gente si las viese, “la de hacer salchichas y la de hacer las leyes”. Haciendo a un lado el sarcasmo del comentario, lo que subyace en él, es una actitud de reserva o desconfianza por decir lo menos, de algún sector de la opinión pública respecto de la manera y los procedimientos, a través de los cuales, los órganos parlamentarios en cualquier latitud geográfica, crean las normas generales conocidas como leyes.

Precisamente, de los procedimientos puestos en práctica por los diversos países para la creación legislativa, destaca particularmente un evento o acto intermedio que es el dictamen legislativo. Paradójicamente, la tinta dedicada en la literatura al análisis, examen y crítica del dictamen, es francamente escasa. No hay una razón convincente que explique el relativo desdén a la figura del dictamen legislativo por parte de la Teoría Parlamentaria, de las ciencias de la legislación y en especial de la Teoría de la Legislación.

De hecho, no es exagerado afirmar que, dejando a salvo las diferencias en los procesos legislativos entre los diversos parlamentos del mundo, en cualquier caso, el estudio y la valoración técnica y política en que consiste el dictamen legislativo, constituye sin lugar a dudas, una piedra angular de la actividad productora de leyes; de modo que, entender la dinámica, el contenido y la problemática, asociados al proceso de dictaminar, aportaría muchos elementos para el perfeccionamiento

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

y legitimación constante del proceso legislativo, para hacerlo más eficiente y aceptable para la ciudadanía.

Por otro lado, no es privativo de un país en particular, algo que en la doctrina parlamentaria se ha dado en llamar “Crisis de la Ley”¹ que consiste básicamente en una espiral de cambios muy profundos en la organización política y en el sistema de fuentes del derecho que han experimentado distintas naciones y que ha repercutido en la posición de la Ley y en un replanteamiento del rol del legislador. Naturalmente un acto tan importante en el proceso legislativo como la dictaminación, tiene significativas implicaciones y resonancias en la temática y en la problemática de la actividad parlamentaria y de la creación de leyes,

Una consideración amplia que no puede ser dejada de lado es que el acto de dictaminar un proyecto de ley como actividad de calificación técnica que prepara el conocimiento y decisión del Pleno de una asamblea legislativa, involucra muchos aspectos diferentes no sólo de la materia del dictamen en sí y las cuestiones de técnica legislativa y ciencias de la legislación, sino que de alguna manera transparente o revela todo el funcionamiento del proceso legislativo y de la asamblea en su conjunto. En términos tales que el acto de dictaminación y su producto que es el dictamen, hacen las veces de vitrina o scanner que transparentan el funcionamiento interno de un congreso legislativo y su balance de poder entre los distintos sujetos y órganos que lo conforman ²

Gracias a su carácter de actividad que revela el funcionamiento de un parlamento determinado, la dictaminación de leyes deja al descubierto por ejemplo:

- La calidad de la legislación de un país, su grado de efectividad y el impacto de las decisiones de un parlamento en términos de

¹ Basten como ejemplos, el artículo de Laporta, Francisco J. intitulado “Teoría y Realidad de la Legislación: una introducción general”, en el libro “La Proliferación Legislativa: Un Desafío para el Estado de Derecho”, Menéndez Menéndez, Armando, director de la obra; Editorial Civitas; Madrid, 2004. O bien se agrega el libro de coautoría coordinado por Suárez Lanos, Leonor y Martínez Roldán, Luis, “la Ley Desmedida”; Editorial Dykinson; Madrid, 2007.

² Scanner en su acepción tecnológica de dispositivo que permite explorar, obtener imágenes de, o rastrear a, el objeto al que se aplica el examen.

políticas públicas y su capacidad real para ser un agente de transformación y superación de los problemas propios de la comunidad política a la que representa.

- La división del trabajo parlamentario que opera entre el Pleno y los órganos funcionales de composición restringida conocidos como comisiones.

- La organización de los sistemas de las comisiones a cuyo cargo queda la elaboración del dictamen.

- La organización, composición, estructura, funcionamiento y competencias de las comisiones de dictamen.

- La regularidad, intensidad, frecuencia y métodos de trabajo con los que las comisiones de dictamen efectúan el estudio legislativo de las propuestas de texto legal sometidas a su consideración.

- La profundidad y sistematización que deben acompañar al trabajo de estudio y mejoramiento de los textos propuestos de leyes, en términos de técnica legislativa para controlar cualitativamente los textos normativos.

- La aplicación de los conocimientos técnicos e interdisciplinarios para someter a la consideración del Pleno el mejor texto legal posible.

- La composición y negociación de la pluralidad de intereses políticos en las comisiones, que a su vez representan las posturas de los grupos parlamentarios de pertenencia de los legisladores que dictaminan.

- La eventual interacción con ciudadanos mediante la figura de las audiencias o la incorporación al trabajo interno de las comisiones, bajo las figuras de “parlamento abierto”

- Los instrumentos procedimentales para efectuar un control de la calidad de la legislación, anteponiendo los aspectos técnicos a los políticos.

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

- La provisión o dotación a las comisiones, de servicios de investigación especializada, con elementos, datos y conocimientos necesarios para determinar el texto más correcto y fundado posible que se someterá a debate en el Pleno.
- La dotación del staff suficiente e idóneo a las comisiones para acompañar la actividad de dictaminación de iniciativas, con los perfiles y la remuneración adecuadas.

En fin, son múltiples y muy relevantes los aspectos involucrados en la actividad dictaminadora y dejan entrever el grado de compromiso de un parlamento con el trabajo legislativo serio por encima de las consideraciones o intereses meramente políticos. Para apreciar la eficiencia del proceso legislativo es muy útil contar con referencias o parámetros de derecho parlamentario comparado que hagan patente las estrategias utilizadas en diversas asambleas con una larga tradición para expedir la mejor legislación y resolver los problemas con éxito.

Noción de la voz “dictamen”

La naturaleza del dictamen como acto técnico, está denotada en el propio término usado en el idioma español, dado que, genéricamente quiere decir: “parecer o informe razonado que se emite sobre algún asunto, ordinariamente para ilustración del superior”³, con lo que se hace énfasis en el valor cognoscitivo del documento.

En el idioma italiano se utiliza de forma análoga la palabra *parére* que quiere decir: “modo de juzgar, opinión particular sobre algo”⁴. En italiano se recurre también a la palabra *relazione* para designar específicamente el informe que las comisiones parlamentarias dirigen al pleno de su cámara legislativa en el proceso de aprobar una propuesta de ley.

En lengua francesa se emplea la palabra *avis* para designar “manera de ver, opinión”⁵. Asimismo en el ámbito parlamentario se designa

³ Enciclopedia Universal Ilustrada; Tomo XVIII, 1er Parte; Editorial Espasa Calpe; Madrid, 2003; p. 963

⁴ Enciclopedia Universale, Rizzoli Editore, Volumen XI, Milano, 1964

⁵ Dictionnaire de la Langue Française Littre; Paris, 1959; p. 788

como equivalente al término “dictamen”, el término *rapport* que ya se refiere específicamente al conjunto de documentos que una comisión parlamentaria dada remite al Pleno para su pronunciamiento en sesión respecto de una propuesta de ley.

Por último, se destaca que etimológicamente la palabra “dictamen” viene del latín “dictar” que implica un acto de recomendación u orden.

Se desprenden de las anteriores definiciones que el dictamen implica un acto de juicio técnico o de calificación especializada ligada a los conocimientos de los que lo elaboran y que se pone a consideración de otra instancia para la toma de alguna decisión, lo cual coincide enteramente con las características del dictamen legislativo. Incluso, en el contexto de un parlamento nada podría ser más fiel al significado original de la palabra “dictamen”, que la actividad que despliegan las comisiones al emitir un juicio o una apreciación técnica sobre un texto legal que es hecho del conocimiento del Pleno para su pronunciamiento; de manera que los dictámenes legislativos⁶ entrañan esa idea de un valor técnico intrínseco, fundado teóricamente en 3 circunstancias:

1) La especialización de los parlamentarios que integran una comisión, cuyo perfil debiera tener alguna afinidad con la materia objeto de competencia de la comisión, sobre todo si se trata del modelo francés clásico de comisión permanente especializada.

2) La metodología de trabajo y análisis legislativo empleada por la comisión que elaborará el dictamen, que supone en los parlamentos muy institucionalizados una multiplicidad de reuniones de trabajo donde se presentan, examinan y deciden diversas propuestas de enmienda a la iniciativa de ley, que pueden provenir de integrantes de la comisión en cuestión o de otros parlamentarios.

3) El apoyo especializado de un staff de asesores con formación interdisciplinaria y una calificación profesional y parlamentaria

⁶ García Martínez Ma. Asunción; El procedimiento legislativo; Publicaciones del congreso de diputados, Madrid, 1987, p. 68

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

acreditadas que pueden fungir como un conjunto de asesores al servicio directo de la comisión de dictamen, o bien, figurar como personal de apoyo adscrito centralizadamente a las áreas de servicios parlamentarios del parlamento de que se trate.

Simplemente por ejemplificar, se da relieve al hecho de que en la Asamblea Nacional Francesa, al igual que en diversos parlamentos europeos (sería el caso de España e Italia), se confía la elaboración del *rapport* o dictamen, a un parlamentario que forma parte de la propia comisión, denominado *rapporteur*, que es quien asume la redacción o preparación del dictamen, provisto del apoyo de todo el *staff* de asesores que necesite para el efecto.

Por lo anterior, resulta obvio que la voz “dictamen” también hace alusión en sus diversas definiciones, al carácter de acto cognoscitivo que prepara la intervención del Pleno cameral para decidir finalmente con respecto a la propuesta de texto legal, y es en esa misma línea de ideas un mecanismo consustancial a la idea del procedimiento parlamentario como una forma racionalizada de tomar las decisiones legislativas, bajo la concepción de que para decidir hay que saber; luego entonces, el dictamen representa por excelencia el mecanismo de obtención y difusión de conocimiento para mejorar cualitativamente el desempeño de un órgano legislativo.

III. Caracterización de la dictaminación como acto parlamentario y legislativo

Un estudio a profundidad del dictamen legislativo no puede pasar por alto el rol relevante que le corresponde tanto en el procedimiento parlamentario como en el proceso legislativo. Por esa razón, es conveniente ahondar en el carácter del dictamen tanto como acto parlamentario, como acto legislativo, en su doble vertiente.

Una reflexión de principio sería diferenciar los ámbitos parlamentario y legislativo en lo que hace a sus respectivos procedimientos. El procedimiento parlamentario es un cauce de formas y medios regulados en normas parlamentarias, regularmente de carácter infraconstitucional, con apego a las cuales, los órganos y sujetos parlamentarios, integran y manifiestan su voluntad para el ejercicio de competencias sustantivas, preferente, pero no únicamente, por parte del Pleno cameral, bajo la estructura del debate y la votación. A través del procedimiento parlamentario se ejercitan diversas competencias o funciones de los órganos camerales, de manera que es el cauce por el que se adoptan las decisiones en ejercicio de facultades conferidas por reglas parlamentarias. En consecuencia, lo parlamentario ocurre en el Pleno de la asamblea y sus órganos, y supone una sucesión de actos emitidos por todos ellos, ya sea para ejercer funciones legislativas, presupuestales o de fiscalización y control⁷.

En cambio, el proceso legislativo se encuentra en parte previsto y regulado por los artículos 71 y 72 constitucionales a nivel federal, tiene una estructura bicameral y versa específicamente sobre la función de creación de leyes por la voluntad conforme de la Cámara de Diputados y el Senado, con la subsecuente, sanción, promulgación y publicación, a cargo del titular del Ejecutivo Federal; por lo que el proceso legislativo está restringido en cuanto a la función la que sirve de cauce, que es la producción de legislación, y además comprende actos de las dos cámaras, e incluso la participación del Ejecutivo. Y es de hacerse notar que en el proceso legislativo los actos realizados al interior de las cámaras están sometidos a normas parlamentarias (ya sea a la Ley Orgánica del Congreso General de Los Estados Unidos Mexicanos, o al Reglamento de debates de cada Cámara, y excepcionalmente a algún acuerdo parlamentario). Por lo que, se puede concluir con una cierta simplicidad que no todo lo legislativo es parlamentario, ni todo lo parlamentario es legislativo. Siendo consecuentes con este criterio, el veto de una ley o su promulgación por el Presidente de la República, son desde luego actos del proceso legislativo, pero como tal, no son parte del procedimiento parlamentario ni están sujetos a sus

⁷ García Martínez Ma. Asunción; *Op. cit.*, pp. 18 a 20.

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

principios, ni suponen deliberación y votación que es la quintaesencia de lo parlamentario. En contrapartida, todos los actos de la Cámara de Diputados para la dictaminación, discusión y eventual aprobación de la Cuenta Pública o del Decreto de Presupuesto de Egresos, son evidentemente parlamentarios, pero no legislativos.

A la luz de estos planteamientos, resulta evidente que el Dictamen de una iniciativa de ley, tiene una naturaleza ambivalente o híbrida. Por un lado, el dictamen es parte del procedimiento intracameral, y a través de él se forma y expresa la voluntad de una comisión parlamentaria que, con carácter de órgano funcional, propone un texto legal para discusión y aprobación por el Pleno de la asamblea. Por otro lado, no se puede poner en tela de duda que el Dictamen de un proyecto de ley o reforma legal, es un acto primordial dentro del proceso legislativo, con la función de preparar el acto decisorio final por parte del órgano plenario de la cámara en cuestión.

En razón justamente del carácter mixto del dictamen o acto de dictaminación, es sobre manera útil a nivel metodológico caracterizarlo como acto parlamentario y acto legislativo a la vez.

En lo que respecta a la connotación parlamentaria del dictamen es menester insertar al dictamen legislativo en el conjunto de los actos parlamentarios para catalogarlo correctamente en atención a los diversos criterios clasificatorios propuestos por la teoría parlamentaria. Se hace notar que un dictamen de una comisión puede recaer sobre múltiples objetos, y no necesariamente sobre un proyecto de ley o de reforma legal. El dictamen es el medio o la forma idónea, a través de la cual las comisiones preparan y orientan las decisiones del Pleno sobre alguna cuestión que les fue turnada previamente, se trate o no de un proyecto legislativo.

Ahora bien, el dictamen legislativo visto como un acto parlamentario, se podría clasificar o caracterizar como un acto:

- ✓ Normativo
- ✓ Intermedio
- ✓ De juicio, por su contenido
- ✓ De carácter instrumental y
- ✓ Constitutivo.

En primer término, en cuanto a la función que se ejercita través del dictamen legislativo, se trata de un acto dentro del proceso legislativo que consiste en un análisis de una iniciativa de ley o reforma legal, y por otra parte constituye una fase preparatoria de la intervención del Pleno para que adopte la decisión sobre la aprobación o rechazo de la propuesta legislativa filtrada por la comisión de dictamen.

Como acto intermedio, el dictamen legislativo corresponde a una fase del procedimiento parlamentario que antecede a la lectura y discusión de un proyecto de ley por parte del pleno cameral y constituye la materia de discusión ante el Pleno en las sesiones que se destinen al efecto para la adopción de la decisión legislativa. Por tanto, el dictamen se encuentra entre la presentación y turno de una iniciativa de ley durante una sesión, y las posteriores lectura y discusión ante el Pleno cameral.

En cuanto al contenido, los actos parlamentarios pueden en general contener una manifestación de voluntad, de deseo, de juicio, o de conocimiento. Es evidente que el dictamen contiene una manifestación de juicio o de apreciación técnica por parte del órgano dictaminador, dado que su contenido consiste en un posicionamiento técnico y político con respecto a un texto tentativo de ley, y surte el efecto de hacer del conocimiento del pleno cameral el texto legal propuesto, y de propiciar su debate en sesión para tomar la decisión legislativa definitiva.

Por lo que respecta al carácter instrumental del dictamen se destaca que representa un acto parcial dentro de la secuela procedimental parlamentaria, en todo caso dirigida al acto decisorio final adoptado

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

por la asamblea; agregándose la consideración de que el dictamen tienen también como objeto generar elementos de conocimiento al pleno para la toma de la mejor decisión legislativa.

El carácter de constitutivo del dictamen consiste en el tipo de efectos que produce, y que son: a) dar por concluida la intervención de la o las comisiones en fase de dictaminación, y b) sujetar al pleno cameral al conocimiento, debate y decisión, respecto del texto específico que la comisión suscribe y propone mediante el dictamen emitido.

IV. Vinculación procedimental y material del dictamen legislativo

El dictamen Legislativo como se ha mencionado antes, en la secuencia del procedimiento parlamentario, cumple con todas las características de parte constitutiva de la secuela procedimental. Todo procedimiento legal en general, y desde luego el parlamentario en particular, supone los siguientes elementos:

- ✓ Una pluralidad de actos sucesivos
- ✓ Organizados jurídicamente en cuanto a orden y contenido,
- ✓ Emitidos por una pluralidad de órganos y sujetos con competencias diversas
- ✓ En una secuencia lógica y temporal predeterminada
- ✓ Bajo una coordinación o concatenación de múltiples actos parciales
- ✓ Con una conexión de sentido entre los actos parciales previos que se dirigen a la emisión de un acto decisorio final, que es lo que da razón de ser a todo el procedimiento

- ✓ Con arreglo a principios de economía, racionalización y garantía para el ciudadano⁸

Caracteriza a los actos sucesivos del procedimiento, que siguen un orden y una secuencia lógica, por virtud de los cuales, cada acto ocupa una posición determinada en el procedimiento; esta antecedido de un acto previo y sucedido a su vez por otro, de manera que no se puede desembocar en una fase de la secuencia, si no se ha superado la fase previa. En ese orden de ideas, se aplica con un cierto rigor lógico el llamado *principio de pendencia* entre los actos procedimentales. La emisión de un acto condiciona la adopción válida del acto posterior o subsecuente, en cadenas de validez.

Aplicado el principio de pendencia al acto de dictaminación, se deduce que:

- a) El dictamen legislativo está antecedido inmediatamente por múltiples actos, que en obsequio a la brevedad se pueden resumir en: a) la presentación ante el Pleno y el turno por parte del presidente, de la iniciativa a una comisión, y b) con posterioridad y al interior de la comisión, todos sus actos encaminados a suscribir el dictamen, y que principalmente comprenden todo el trabajo de los parlamentarios para preparar la reunión de la comisión que tendrá por objeto aprobar el dictamen, desde la eventual creación de subcomisiones o grupos de trabajo, la asignación a ellos de la elaboración del proyecto de dictamen, la distribución del proyecto de dictamen previamente a la reunión de la comisión, entre otras.
- b) El dictamen una vez aprobado, a su vez desencadena una serie de actos para poner en conocimiento al Pleno del proyecto de texto legal dictaminado, y que implica la intervención de órganos de gobierno, en particular la Mesa Directiva y su Presidencia que instruyen para que se desahoguen las lecturas del dictamen (“declaratoria de publicidad” en la Cámara de Diputados y “1ª lectura” en el Senado).

⁸ *Ibidem*; p. 22

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

En conclusión, el Dictamen como acto de la comisión se ubica procedimentalmente entre la convocatoria y reunión de la comisión para dictaminar y la remisión a la Mesa Directiva del propio dictamen para su inserción en la gaceta parlamentaria como declaratoria de publicidad (cámara de diputados) o 1ª lectura (Senado) de cara a la 2da lectura para discusión y en su caso aprobación.

Por contenido, o sea material y sustantivamente, el dictamen está vinculado sobre todo a la iniciativa de ley o reforma legal presentada por un legislador. El sentido y objeto del dictamen a su vez, es justo establecer, a criterio de los integrantes de la comisión a la que se turnó la iniciativa, la pertinencia de la propuesta o su falta de ella, determinando un texto que se pondrá a consideración de la asamblea incluyendo las enmiendas aprobadas por la comisión al texto original turnado.

La o las iniciativas turnadas a una comisión y que se dictaminan por ella, suministran al dictamen tanto los elementos normativos o regulatorios de la propuesta, como los aspectos expositivos, argumentales o justificativos, denominados genéricamente como exposición de motivos. La conexión material se advierte en consecuencia en que la Comisión se habrá de pronunciar precisamente respecto de la propuesta hecha por el autor de la iniciativa y no respecto de cuestiones ajenas a la materia de la propuesta.

Por otro lado, el dictamen por su cuenta, suministra la materia prima o el objeto a la decisión legislativa adoptada después por el Pleno. Al aprobar el Pleno cameral un proyecto de ley o reforma, lo que habrá de constituir el texto normativo o prescriptivo, será lo único que se publique en el órgano de difusión del Estado (“Diario Oficial de la Federación”) en la conclusión del proceso legislativo, excluyéndose indebidamente la parte expositiva del dictamen, que está vinculada a la exposición de motivos de la iniciativa, en el proceso de formación de la voluntad de los órganos legislativos.

En conclusión, podría decirse que el dictamen es la vía de retorno de una propuesta de ley o reforma al Pleno, que una comisión después de una negociación política, remite acompañada de elementos de análisis y cognoscitivos, para el mejor pronunciamiento del Pleno cameral.

V. Aspectos de contenido del dictamen legislativo y las ciencias de la legislación

Las comisiones en su calidad de órganos funcionales están investidas de la responsabilidad de coadyuvar a la preparación de las decisiones de los órganos de gobierno, en particular los plenos camerales. Al margen de que con posterioridad se aborden las cuestiones relativas a la adecuación estructural de las comisiones para su labor de estudio y dictamen; se deber perfilar el contexto técnico, político y científico de su actividad sustantiva, que es en esencia depurar en lo técnico y acordar en lo político, los textos legales que serán materia de deliberación y pronunciamiento por parte del Pleno cameral respectivo.

A fin de identificar los conocimientos y elementos interdisciplinarios que se deben tomar en cuenta en una decisión legislativa, es preciso reflexionar primeramente sobre lo que constituye la materia de examen y apreciación en un dictamen legislativo.

Lo que se turna a una comisión por parte del presidente de la cámara respectiva, es para el efecto que nos interesa, las iniciativas de ley, presentadas en ejercicio de un derecho constitucionalmente previsto por el artículo 71 de la Carta Magna. Las iniciativas que se pueden presentar ante una cámara para que ejercite sus competencias son, según el artículo 70 de la misma constitución federal, iniciativas de ley o decreto. Según la doctrina constitucional nacional, la diferencia entre el decreto y la ley como actos del Poder Legislativo estriba en el contenido y efectos de cada fuente⁹. Mientras que el decreto del

⁹ Tena Ramírez, Felipe; *Derecho Constitucional Mexicano*; Editorial Porrúa; trigésimo cuarta edición; México, 2001; p. 285

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

Congreso o de una Cámara recae sobre un objeto particular y constituye una norma concreta dirigida a sujetos individualmente determinados, la ley tiene en cambio el consabido efecto general y abstracto y va dirigida a categorías de sujetos definidas en razón de que poseen ciertos atributos comunes (así por ejemplo una ley se aplicará a “servidores públicos”, “adultos mayores”, “contribuyentes”). En consecuencia, las comisiones pueden dictaminar ambas iniciativas, pero su materia y efectos son notoriamente distintos. Las iniciativas de decretos son relativamente raros y marginales con respecto a las iniciativas de ley que son la abrumadora mayoría¹⁰. Los dictámenes de los que nos ocuparemos, son los que recaen a propuestas de ley y por tanto a regulaciones generales y abstractas subordinadas a la Constitución.

A riesgo de parecer redundante, pero se debe resaltar que la dictaminación legislativa es por antonomasia, **la actividad más técnica y generadora de conocimiento para un parlamento**, y por lo mismo debe ser el **eje central en el diseño de la ley y en la composición y equilibrio de consideraciones ideológicas y políticas entre las fuerzas representadas en una cámara**, así como la **incorporación de las inquietudes de la ciudadanía y de los sujetos afectados por la regulación legal** en vías de expedición, lo cual por cierto, no se resuelve del todo con las prácticas que se ha dado en llamar de “parlamento abierto”, como se tendrá ocasión de exponer más adelante en el siguiente ensayo. La temática de las iniciativas de ley o de sus reformas, son de las más variadas materias y entrañan siempre una dimensión jurídica técnica de inevitable complejidad. A consecuencia de esa diversidad legislativa, resulta indispensable que el proceso de dictaminar de una comisión pondere aspectos de la más variada índole, que desde luego no deben ser sólo jurídicas. A continuación, se exponen algunos de los conocimientos interdisciplinarios que debieran entrar en juego en la toma de decisiones de una comisión que luego se plasman en el cuerpo de un dictamen legislativo.

¹⁰ Se cita como ejemplo un problema planteado por la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados en la Legislatura LXIX (2003-2006), con respecto a una discusión sobre la privatización de ingenios azucareros que se acababa de revertir por el Ejecutivo Federal en turno, y que habría de constituir una decisión de efectos particulares sobre los ingenios en cuanto sujetos de derecho individualmente determinados, y por ende habría sido una materia de decreto y no de una ley.

A efecto de simplificar la identificación de las materias y disciplinas de conocimiento relevantes para analizar una propuesta de regulación, se les puede clasificar en 2 grandes vertientes:

- a) Conocimientos propiamente jurídicos, frecuentemente agrupados bajo el rubro de “Ciencias de la Legislación”, que sin embargo, de modo excepcional, llegan a incluir disciplinas extrajurídicas o de ciencias sociales en general, como las políticas públicas o “implementation research”¹¹
- b) Conocimientos interdisciplinarios extrajurídicos de los más diversos campos del conocimiento; en función evidentemente de la materia regulada en el proyecto de ley en examen, y al respecto no hay límite.

En lo que concierne a la 1ª categoría, esto es, de los saberes jurídicos especializados, se identifican las siguientes áreas respectivamente explicadas en razón de su objeto:

Teoría del derecho: es una disciplina fundamental del derecho que tiene por objeto la construcción y estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, que consisten en las categorías, elementos y estructuras que están presentes en toda manifestación regulatoria jurídica. Con ideas y lenguaje del filósofo alemán Emmanuel Kant, se afirma también que los conceptos jurídicos fundamentales son los elementos que condicionan la posibilidad de todo fenómeno jurídico, de forma que, en ausencia de ellos, ni siquiera se puede concebir una manifestación de lo jurídico¹². La teoría del derecho provee las nociones de:

- La teoría de las fuentes del derecho y las funciones del derecho.
- La unidad y coherencia del sistema jurídico.
- La emergencia del “Soft Law” crecientemente usado como medio regulatorio, citando como ejemplo los códigos de conducta profesionales.

¹¹ Curso de Técnica Legislativa; *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, 1989; p. 16

¹² Rojina Villegas, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; Tomo I, Introducción y Personas; Editorial Porrúa; 4ª Edición; México, DF, 1982; p. 96

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

- La estructura lógica de toda norma y su división en 2 elementos, a saber: los supuestos o hipótesis, y el 2ºdo elemento que son la disposición o consecuencias jurídicas.
- La elemental distinción entre principios normativos y reglas; ambos componentes de la ley, y los principios con mayor grado de independencia que pueden existir al margen de los textos legales¹³
- Los componentes de la disposición o consecuencias jurídicas, que serían los modos de conducta jurídicamente regulada, o sea el derecho subjetivo y el deber.
- La noción de los derechos subjetivos, sus elementos, estructura, clasificación y la forma de construirlos legislativamente. Como corolario del tema general de los derechos subjetivos se comprende a los derechos fundamentales y los derechos humanos, su estructura y características, como variantes de los derechos subjetivos¹⁴.
- El concepto y categorías del deber jurídico. Su diferencia con los deberes morales.
- La teoría de las sanciones en su calidad de especie del género deber jurídico; la clasificación de las sanciones y el análisis de sus diversas especies; las nuevas variantes del llamado derecho victimal y las figuras de reparación de las víctimas. También se incluye lo que se conoce en doctrina contemporánea como “medidas positivas” que incluye a los premios, incentivos, estímulos, dispensas, exenciones, condonaciones, facilidades, y en general el conocido como derecho de fomento y sus medios de acción.¹⁵
- Los sujetos de derecho que incluye la problemática de la condición de persona jurídica, en sus modalidades de persona individual y de persona colectiva. El ineludible tema de los derechos de los animales y su calidad ya reconocida por la doctrina de personas no humanas.

13 Betegón Jerónimo, Gascón Marina, et al; *Lecciones de Teoría del Derecho*; Editorial McGraw-Hill España; Madrid, 1997; p. 335

14 García Máynez, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*; Editorial Porrúa; 52ª Edición; México, DF, 2001; p. 169

15 De Lucas, Javier, coordinador de la obra; *Introducción a la Teoría del Derecho*; Editorial Tirant Lo Blanch; 3ª era edición; Valencia, 1997; pp. 238-240

Filosofía del derecho: fundamentalmente la filosofía del derecho como disciplina jurídica fundamental de los conocimientos esenciales y críticos acerca de los problemas trascendentales del derecho para el ser humano, se ocupa en sustancia de temas de implicación constante en la temática de la legislación y que constituyen sin duda una brújula o guía para ponderar la orientación del legislador y su obra en razón de los fines del ser humano. Se mencionan las principales divisiones de la filosofía del derecho:

- La axiología jurídica y la teoría de los valores jurídicos, como la justicia, la seguridad jurídica, la equidad, la justicia social, el bien común, englobados también con la denominación de fines del derecho. La relación de los valores jurídicos con los principios normativos.
- La epistemología jurídica que provee conocimientos acerca del razonamiento jurídico y la lógica jurídica que lo estudia,
- La ontología jurídica que aborda los problemas de la definición del derecho, los fundamentos de validez de la norma jurídica y otros temas relevantes.

Las **ciencias dogmáticas** del derecho: tienen por objeto la sistematización y exposición ordenada y metódica del contenido del derecho positivo de un país, referente a una rama o sector del ordenamiento jurídico; de manera que las dogmáticas aplican a las normas de una rama del derecho todos los principios y conceptos jurídicos fundamentales provenientes de la teoría del derecho. Sin embargo, cada rama del derecho para ordenar y exponer el sector del ordenamiento jurídico que le corresponde, lo hace mediante los llamados **conceptos jurídicos especiales** que son las nociones o figuras jurídicas básicas que sirven como herramienta de análisis para examinar las instituciones de una rama del derecho. La teoría del delito cumple esa función en el derecho penal; la teoría del acto de comercio en el derecho mercantil, o la relación de trabajo en el derecho del trabajo, por citar algunos ejemplos elementales. Al momento de dictaminarse una iniciativa de ley en una comisión, es imprescindible un conocimiento profundo de la rama del derecho a

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

la que corresponde la materia de la propuesta. Es la única manera en la que se puede valorar la pertinencia y el impacto jurídico o legal de una propuesta de ley o reforma. Debe considerarse también que en la actualidad la tendencia en las ciencias dogmáticas del derecho es la fragmentación o especialización creciente, de modo que la división clásica de las ramas del derecho ha dado paso al surgimiento de subdivisiones con objetos cada vez más restringidos. Baste como ejemplo el derecho administrativo que ha sufrido esa fragmentación en disciplinas que reclaman autonomía, como:

- Derecho administrativo económico o derecho público de la economía
- Derecho de competencia económica
- Derecho de transportes
- Derecho de telecomunicaciones
- Derecho turístico
- Derecho minero
- Derecho de aguas
- Derecho de la salud o sanitario
- Derecho del deporte
- Derecho de la cultura
- Derecho aéreo y espacial
- Derecho de educación
- Derecho migratorio
- Derecho de la función pública
- Derecho anticorrupción

Las disciplinas mencionadas, si bien entroncan con el derecho administrativo como derivaciones de él y usan sus **conceptos jurídicos especiales**, sus categorías y sus principios, reclaman una separación metódica, autonomía y sobre todo, requieren especialistas

en sus temas, instituciones y regulación de derecho positivo, por lo que, para analizar y valorar una propuesta de reforma en materia de telecomunicaciones no es suficiente recurrir a juristas o abogados administrativistas, sino que, hay que echar mano del experto en la subespecialidad de derecho de telecomunicaciones. Lo anterior impone a las comisiones dictaminadoras la necesidad ineludible de contar con el apoyo de expertos al servicio de las comisiones o externos, en las áreas dogmático jurídicas sobre las que versa la materia de la iniciativa en dictamen. El análisis de impacto normativo tan necesario en la actividad de dictaminar, debe dejarse en manos de los expertos de la materia de la ley propuesta.

Finalmente, a propósito de las ramas dogmáticas, hay 2 que merecen especial mención; el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público.

En lo que respecta al derecho constitucional, cobra una particular relevancia, la temática, que no puede ignorar la comisión dictaminadora, consistente en la regulación, los preceptos y los principios de la Carta Magna que sirven de marco o contexto a la materia de la iniciativa de ley que se estudia. Se debe poner énfasis en cualquier norma que imponga límites expresos o implícitos a la legislación subordinada que expide el legislador para no incurrir en vicios de inconstitucionalidad manifiesta. Con un mismo rango de importancia se debe considerar el bloque de constitucionalidad que integran los **derechos fundamentales** y que para no ser violados, es preciso efectuar un test que permita corroborar que la iniciativa en dictaminación no vulnera ningún derecho humano, ya sea consagrado en la Constitución o en los tratados suscritos por México, junto con las normas internacionales que expidan los órganos que ejecutan el tratado. No hay que olvidar que las reformas al artículo 1°ero constitucional impone la obligación a las autoridades de respetar y proteger los derechos fundamentales.

En lo concerniente al **derecho internacional público**, es de resaltarse que hay una tendencia pronunciada en los sistemas jurídicos nacionales a incorporar de manera creciente, normas internacionales, sobre todo

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

de tratados o convenciones suscritas por los países, preferentemente de carácter multilateral, con un enorme impacto normativo nacional. México tiene centenas de tratados suscritos a nivel multilateral y cada uno de ellos con alguna incidencia en la legislación federal o la local.

De manera que, considerar la convencionalidad de una iniciativa por dictaminar es tan importante como la constitucionalidad misma. Hipotéticamente hablando, si se aprueba una ley violatoria de normas internacionales, México se haría internacionalmente responsable frente a otros países por haber desobedecido una obligación internacional dimanante de los tratados que desobedeció. La cuestión ha asumido una complejidad tal, que la doctrina de los internacionalistas reconoce varios niveles en las obligaciones internacionales¹⁶, fundamentalmente 2:

- a) Obligaciones particulares o inter partes, que son las que provienen, de tratados sin una vocación de universalidad. Una parte mayoritaria de las normas internacionales corresponden a esta categoría, la del conocido como derecho internacional particular. Son las normas que los estados crean en ejercicio de su soberanía para regular sus relaciones entre ellos, en atención a intereses particulares. También las costumbres locales forman parte de este segmento del derecho internacional, por lo que sería el 1^{er} nivel de la convencionalidad
- b) Las Obligaciones *Erga Omnes* constituyen otro nivel de legalidad internacional, puesto que se trata de obligaciones frente a toda la comunidad internacional y no frente a un Estado en particular. Nacen de tratados multilaterales con vocación universal o costumbre universal, y conforman un bloque de normas denominado derecho internacional general y cualquier estado de la comunidad internacional puede reclamar por su incumplimiento, no sólo un estado directamente afectado (*actio popularis*). Dentro del derecho internacional, general se distingue aún otra clase de normas que son inderogables mediante tratado y han alcanzado el estatus de derecho imperativo universal o *Jus Cogens*, y que se

16 Casado Raigón, Rafael; *Derecho Internacional*; 2^a edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2014; pp. 83-87

caracteriza por obligar a estados que incluso no han consentido en la creación de una norma, por lo que las normas imperativas pueden proceder de otras fuentes distintas de los tratados. Se trata a veces de costumbre universal, o de principios de derecho internacional universales, o de tratados multilaterales refrendados por una aceptación general de la comunidad internacional, o incluso normas que los estados no asumieron originalmente como compromiso coercitiva o judicialmente exigible (**Soft Law**).

Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, nació como *Soft Law*, o sea como una declaración que no generaba obligaciones para los estados exigibles; sin embargo, la Corte Penal Internacional Ad hoc para Yugoslavia, en 1997 calificó la declaración como normas de **Jus Cogens** por su rango de universalidad, refiriéndose en particular a la práctica de la tortura¹⁷. De manera que las normas con mayor rango internacional, trascienden la condición de tratados.

El **Soft Law**, no obstante que tampoco reviste el carácter formal de norma convencional, también da paso a normas con impacto en el ámbito de los derechos humanos, como ejemplo se puede citar el protocolo de Estambul en materia de tortura, o “Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Cruels, Inhumanos o Degradantes”, que es un estándar o conjunto de criterios internacionales, establecidos por expertos bajo los auspicios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos en el año 2000, con el objeto de determinar si hubo en un caso concreto una presunta tortura.

Otro ejemplo digno de destacarse lo constituyen las normas generadas por el mismo Alto Comisionado con las denominaciones de “**Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**”, “**Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**” y los “**Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias**”. Se trata en todos los casos de normas de **Soft Law** desprovistas de

¹⁷ *Ibidem*

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

exigibilidad judicial internacional, pero nadie discute que deben representar un inviolable marco de legalidad y legitimidad para el comportamiento de los cuerpos policiacos y militares de los Estados¹⁸

Por último, existen normas que proceden de órganos internacionales competentes para la ejecución de un tratado, y que constituyen el derecho derivado o resoluciones internacionales, y tienen por objeto desarrollar el contenido genérico del tratado por cuyo cumplimiento velan, de modo que el régimen proveniente de un tratado se especifica y amplía por efecto de las resoluciones del órgano internacional de ejecución. Basta revisar las observaciones del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (34 observaciones formuladas desde la firma del Pacto en 1967), que extienden notablemente los derechos contemplados por el instrumento multilateral¹⁹.

A la luz de estas consideraciones, no resulta muy afortunada la expresión de “*convencionalidad*” utilizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la medida que excluye con esa denominación a múltiples normas que no provienen de tratados (como la costumbre universal, la jurisprudencia internacional y los principios generales de derecho internacional), y que dan lugar a obligaciones a cargo de los estados, sobre todo en el sector de los derechos humanos. Otro tanto pasa, con las normas de *Soft Law* que proceden de resoluciones de organismos internacionales u órganos de ejecución de tratados (normalmente denominados “comités de expertos”, como el Comité de Ginebra que aplica la Convención contra la tortura). Aunque sea más larga la expresión, pero lo correcto es hablar de “legalidad” o “licitud internacional”. Lo peor del caso, no es la denominación empleada, sino que la Suprema Corte no asume aún dentro del bloque de convencionalidad las normas que no siendo convencionales, irónicamente son de rango incluso superior, o bien, excluye asimismo al derecho de desarrollo de los tratados que material y

18 O'Donnell, Daniel; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 2ª edición; México, 2012; p. 86
19 *Op. Cit.*; pp. 34-78

formalmente es inseparable del régimen del tratado mismo y que adopta formas diferentes.

Concluyendo, se puede afirmar que las fuentes internacionales son múltiples y desbordan con mucho los tratados y el derecho convencional. Todas las fuentes mencionadas, tanto las variantes de **Soft Law** como el **Jus Cogens**, no son derecho convencional en rigor, y si representan un parámetro de legalidad o licitud internacional²⁰ a tomarse en cuenta por las comisiones legislativas al momento de dictaminar un proyecto de ley.

Por otro lado, al margen de la convencionalidad, la sola consulta de fuentes de derecho internacional puede inspirar o generar enmiendas que mejoren el contenido de la iniciativa por dictaminar.

Técnica legislativa: Si alguna ciencia de la legislación es determinante en la labor de dictaminar un proyecto de ley o reforma, es sin lugar a duda, la técnica legislativa que constituye la herramienta por excelencia para la elaboración de una norma en general y de una ley en particular. Se reconoce por la doctrina 2 temáticas fundamentales en la técnica legislativa: por un lado el **Drafting** o diseño de leyes, y el **writing** o redacción de leyes. Por lo que respecta al primero, consiste en la construcción de la estructura interna de la ley y de cada uno de sus preceptos; la configuración de sus partes componentes, el supuesto y la consecuencia; la secuencia entre ellas; la confección correcta entre las partes de las normas; la composición correcta y armónica del contenido; la regulación hermética de la materia de la ley o de la norma de modo que no se dejen vacíos o lagunas; la identificación y uso oportuno y correcto de todos los recursos de legística o técnica normativa²¹.

Por lo que respecta al **writing**, se trata evidentemente del arte de la correcta redacción de preceptos normativos y supone el manejo atinado

²⁰ Es digno de considerarse el caso de la Unión Europea que constituye el proceso de integración económica supranacional mas avanzado y en el que los estados de manera plena, consagran la primacía del derecho comunitario en su conjunto o "acervo comunitario", sobre su derecho interno o nacional, en todas las materias de competencia comunitaria. No solamente los tratados tienen ese beneficio de la prevalencia o primacía sobre el derecho interno, sino todas las normas comunitarias o fuentes de derecho comunitario.

²¹ Curso de Técnica Legislativa; GRETEL; *op cit*; p. 11

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

del lenguaje jurídico; sobra decir que es de una extrema complejidad. Se trata, por un lado, de un lenguaje inserto en el lenguaje natural, pero que a la vez es científico y especializado²². El lenguaje de la ley necesita ser eminentemente normativo, estableciendo juicios de deber ser, redactados en modo imperativo. La parte de exposición de motivos de una iniciativa o la parte expositiva de un dictamen de ley o reforma, en cambio usa lenguaje legal de carácter argumental en su esencia, a efecto de fundamentar y justificar el texto legal propuesto o recomendado. En consecuencia, dadas las dificultades se reflexiona a propósito del lenguaje jurídico que: “los juristas viven de las palabras dichas o escritas y son vencedores de las palabras”²³.

Con base en esta división temática de la disciplina de la legística o técnica normativa, es muy fundado desterrar la creencia muy errónea de que elaborar un texto normativo es sólo una cuestión de redactar; nada más equivocado. Se trata de un verdadero Arte, entendido como un conjunto de principios y criterios que se aplican diferentemente dependiendo de cada situación redaccional, y desde luego se subraya que, “el lenguaje jurídico ni es entendido, ni puede ser utilizado con propiedad por un ciudadano dotado de los conocimientos básicos”²⁴ lo cual resulta obvio, dado que se trata de un lenguaje científico y especializado. Atrás de cada expresión o palabra empleada en el texto de una ley, hay conceptos jurídicos forjados al calor de una construcción teórica e involucran una serie más o menos compleja de enunciados, proposiciones, conceptos y conocimientos que entran en juego de manera directa o indirecta

La técnica legislativa fundamentalmente se ha desarrollado en el seno de 2 escuelas: la inglesa que pone en práctica un método centralizado de redacción de textos legales, a cargo de profesionales en un número selecto que no llega a la centena, conocidos como “Draftsman”. Para acceder a esa calidad se llega mediante una especialización que dura muchos años colaborando como aprendiz bajo la conducción de un *draftsman*. Todo proyecto de ley dimana de la pluma de un redactor de

²² Cazorla Prieto, Luis María; *El lenguaje Jurídico Actual*; Thomson Reuters Aranzadi; 2^{da} edición; Pamplona, 2013; p. 26

²³ *Op. Cit.* ; cita hecha a Joaquín Garrigues en la obra *Dictámenes de Derecho Mercantil*

²⁴ *Op. Cit.*; p. 26

leyes. Incluso, las enmiendas aprobadas en el órgano parlamentario o Cámara de los Comunes, se confía en su redacción al draftsman. Los parlamentarios no le quitan ni ponen una sola coma al proyecto de ley. Existe la concepción de que la ley es algo demasiado técnico para dejarlo sólo en manos de los parlamentarios²⁵

La escuela alemana en cambio, opta por generar lineamientos o cuestionarios de Técnica Legislativa, llamados *Richtlinien* que deben orientar la labor de un redactor de proyectos de ley. Los *Richtlinien* o *Checklisten* suministran una batería de preguntas que metodológicamente entrelazadas orientan y dan consistencia a la labor del diseñador de un programa de gobierno, una política pública o un proyecto de ley²⁶.

En suma, la técnica legislativa no es una disciplina, cuyos conocimientos se puedan aplicar de manera aislada, o con independencia de toda una serie de consideraciones y conocimientos de otras disciplinas vinculadas.

Técnica jurídica: la técnica jurídica constituye el conjunto de principios y reglas para la correcta aplicación de los preceptos o normas jurídicas a los casos concretos. Al estar referida a la aplicación del derecho y no a su creación como la Técnica Normativa, pareciera que sus problemas y teorías son ajenas o desbordan la actividad legislativa; sin embargo, profesar esa concepción de que nada tiene que ver la Técnica Jurídica con el quehacer legislativo y que es cosa de jueces o impartición de justicia, es un craso error de altos costos en términos de la calidad de las leyes, por múltiples razones que quedarán claras una vez que se esclarezca su contenido y los problemas principales que aborda como disciplina científica.

La técnica jurídica en su modalidad clásica, acomete el planteamiento y solución teórica y práctica de los siguientes problemas:

²⁵ Curso de Técnica Legislativa; GRETEL; *op cit*; pp. 11-19

²⁶ *Ibidem*

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

- La teoría de la interpretación o hermenéutica, consiste en el arte de interpretación de los textos y la correcta determinación de su contenido y significado; para lo cual, históricamente han surgido escuelas desde el siglo XIX, sucedidas constantemente por otras doctrinas o concepciones acerca de la interpretación. Los problemas que le causa al legislador el uso inevitable del lenguaje natural para redactar las leyes, aunado a la indeterminación lingüística que le es propia al lenguaje natural, genera dificultades crecientes de vaguedad, ambigüedad, inmensurabilidad, inconmensurabilidad, incompletitud y muchos otros que han sido objeto de estudio por la doctrina²⁷ La doctrina de la interpretación contemporánea ha hecho énfasis en el uso y desarrollo de técnicas y modelos de interpretación de gran complejidad y que rebasan con mucho la enunciación clásica de los métodos gramatical, lógico, sistemático, sociológico, histórico y teleológico. Colocándose el legislador de forma hipotética en el lugar del juez u operador jurídico, puede detectar y prevenir todos los errores en la confección de la ley que generan problemas de interpretación para el juez.

- La teoría de las lagunas y los métodos de integración, plantean y tratan de resolver el problema que se suscita por la falta de regulación o vacío en la ley y la forma de colmarlos, respecto de casos que son del conocimiento de una autoridad judicial. Las lagunas han sido objeto de estudio y de clasificación (lagunas originarias y supervenientes; intra legem y praeter legem; de colisión, axiológicas, entre las principales), y casi siempre se imputan su aparición a la culpa al legislador. Para resolver los vacíos se han generado diversos métodos o técnicas; que son sobre todo los métodos clasificados en métodos de autointegración y heterointegración y mediante el uso de la analogía y los Principios Generales del Derecho.

- Conflicto de leyes en el tiempo o problemas de la retroactividad y la ultra actividad, que consiste en esencia en las situaciones que se suscitan cuando un mismo hecho aparece regido por 2

²⁷ Endicott, Timothy; La Vaguedad en el Derecho; Editorial Dykinson; Madrid 2007

normas con ámbitos de validez temporal distinta. Al respecto la doctrina clásica ha planteado sendas teorías para resolver las colisiones (la teoría de los derechos adquiridos de Merlin; la de los *facta praeterita*, presente y futura de Roubier, y otras de menor relevancia), de alguna manera también imputables al legislador al no delimitar apropiadamente los ámbitos de validez temporal y no expedir las disposiciones transitorias adecuadas.

- Conflictos de leyes en el espacio que involucra los problemas generados por la existencia y proliferación de hechos que tienen elementos llamados “puntos de contacto” que los ligan al derecho de distintos países y por ello sobreviene la necesidad de determinar la norma aplicable. Dada la coexistencia de países dotados de derechos nacionales con contenidos distintos, y por otro lado, la diversidad de casos en los que varios derechos nacionales parecen aplicables, es menester prevenir los conflictos y establecer reglas claras y coherentes para resolverlos. El legislador precisa tener a la mano las fuentes del derecho conflictual que es el que se ocupa de dicha problemática. Al final de cuentas lo que subyace en los conflictos de leyes en el espacio, es la soberanía territorial de los estados y su delimitación relativa.

A los problemas clásicos de la Técnica Jurídica, se han agregado nuevas problemáticas asociadas al neoconstitucionalismo, el garantismo de los derechos humanos, el activismo judicial y la globalización. Se mencionan los principales:

- Las antinomias o contradicciones que consisten en la atribución a un mismo hecho de efectos jurídicos incompatibles, por 2 normas con los mismos ámbitos de validez temporal, espacial, material y personal. La teoría de las antinomias identifica los casos y variedades de antinomias (antinomias parciales y totales; del 1º grado y 2º grado; por afirmación y negación de derechos o deberes) y genera los mecanismos o principios para resolverlas (Jerarquía, competencia, cronológico, especialidad y prevalencia)²⁸.

²⁸ Betegón, Jerónimo; op cit.; pags. 271 y sigs.

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

Tal vez la aportación más inapreciable de la teoría de las antinomias es que suministra criterios para poder determinar desde el punto de vista técnico y lógico cuando existe verdaderamente una contradicción entre normas. El llamado test de la antinomia.

Las antinomias son vistas como un problema de incoherencia del sistema jurídico imputable también al legislador, que no habría ocurrido si al momento de expedir la norma posterior hubiera apreciado la incompatibilidad con la otra norma contradictoria.

- Las colisiones de principios y la ponderación son un problema extremadamente relevante. Primero se parte de que el sistema jurídico de un país no sólo se constituye a partir de reglas, sino que contiene también principios, cuya estructura, modo de ser y consecuencias de aplicación son radicalmente diversos (como el principio de la justicia social o el de presunción de inocencia). Se presentan casos donde normas válidas se confrontan y el texto de los preceptos no aporta elementos para dilucidar la controversia. En situaciones de esa índole, se echa mano de principios que permiten mediante la consideración de distintas herramientas elaboradas por la doctrina (como la ley del peso). La ponderación permite elegir en un caso concreto en particular que principio debe prevalecer en el conflicto.
- Las Colisiones de derechos también ponen en juego principios contrapuestos para hacer prevalecer uno de los 2 que están en conflicto de cara a ciertas circunstancias- Se aplican básicamente la técnica de la “Categorization of rights” que los clasifica en “derechos príncipe” y derechos cenicienta”²⁹. O bien el método elaborado por la doctrina alemana de la ponderación o “balancing test” para zanjar la contradicción de derechos fundamentales y resolver el caso concreto³⁰.

29 Serna, Pedro y Toller, Fernando; *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*; Editorial La Ley; Buenos Aires, 2000; pp. 7-21

30 Martínez Zorrilla, David; *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*; Editorial Marcial Pons; Barcelona, 2007; p. 59

Si bien estos problemas conciernen en línea de principio al juez que aplica la ley; todos suponen que algo no hizo el legislador o lo hizo mal, y por lo tanto, el manejo y conocimiento de todas esas teorías, técnicas y modalidades de plantear o resolver cuestiones, dotan al legislador de la capacidad de aminorar la incidencia de esos problemas y reivindicar el poder del parlamento frente al poder judicial, justo en esta época de activismo judicial en la que los jueces con despreocupada frecuencia desdeñan la regulación del legislador con apoyo en doctrinas que postulan el decisionismo judicial en detrimento de la ley hecha por el representante político que es el parlamentario o legislador. El control de la técnica jurídica por parte del legislador es el arma principal que coadyuva a prevenir los excesos o abusos del poder judicial y del “gobierno de los jueces”.

Se dice en la doctrina constitucional que una ley mal hecha o con errores, es una transferencia de poder invisible del Congreso o parlamento a los jueces. Y la mejor manera de prevenir esa transferencia que además causa inseguridad jurídica para los gobernados, es precisamente el control cualitativo de la Ley. Mientras más conozcan los problemas de aplicación de la ley los legisladores, menos factible será que incurran en errores que luego aproveche el Poder Judicial para usurpar la función legislativa del Congreso, en los casos en que el legislador no haya incurrido por supuesto en ninguna inconstitucionalidad.

La **teoría de la argumentación** es de aparición relativamente reciente y entronca con la Filosofía del Derecho, la técnica jurídica y la teoría del derecho. La argumentación ha sido estudiada sobre todo con respecto a la impartición de justicia o los jueces, y la argumentación legislativa ha sido relegada a segundo plano. Su vinculación con la dictaminación es fundamental porque toda la concepción que inspira y preside al parlamento como la institución democrática por excelencia, descansa en la racionalización o racionalidad de la actividad legislativa y parlamentaria. De modo que los debates, las iniciativas y los dictámenes deben contener una fundamentación y justificación como elementos intrínsecos.

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

Toda la parte expositiva del dictamen y la exposición de motivos de la iniciativa, y en particular la discusión en comisiones que trasciende al dictamen, son una sucesión de argumentos encaminados a persuadir, convencer y justificar la pertinencia y razonabilidad de las medidas adoptadas o propuestas en un texto de ley. En consecuencia, la identificación y uso solvente de los argumentos no sólo enriquece, sino que da cuerpo y sentido al contenido de un dictamen.

De cierta manera una correcta argumentación en el dictamen le proporciona una legitimidad racional a una medida legislativa determinada.

Políticas públicas: tal vez la disciplina de más impacto en la toma de decisiones de gobierno y legislativas es sin duda la política pública. La Ley es vista como una acción de gobierno y como tal, esta sometida a todas las condiciones y factores que influyen en su gestación, decisión, ejecución y evaluación.

El principal aspecto por parte de esta disciplina a considerar con relación a la actividad legislativa es la concepción de generar la mejor decisión de gobierno a la luz de conocimientos multidisciplinarios que bajo criterios de causalidad, permiten esperar y augurar un resultado colectivamente deseado. Toda medida de gobierno es vista en consecuencia, con el enfoque de causalidad, y al ser adoptada, los actores políticos anticipan un resultado como efecto de la ejecución de la acción de gobierno proyectada³¹.

La intervención de la autoridad, bajo esta lógica, se suscita por la necesidad de cambiar un estado de cosas de la realidad que es considerado como socialmente problemático. El fin de toda política pública es cambiar una situación de la realidad modificando el comportamiento de las personas. Para poder cambiar de forma satisfactoria una situación determinada es necesario que la autoridad haga un diagnóstico de un problema y que lo asuma como colectivo y parte de su agenda y que se fije objetivos a alcanzar colectivamente deseables.

³¹ Roth, André-Noël; *Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación*; Ediciones Aurora, 2014; p. 10

En una fase decisional posterior, la autoridad con la mayor o menor participación de actores políticos, diseña una decisión y la adopta formalmente como un medio idóneo para conseguir los objetivos.³² El éxito o eficacia de la política pública adoptada se mide por la efectiva modificación de la realidad en el sentido de los objetivos pretendidos.

La principal idea que debe gravitar en el ámbito legislativo, inspirada en las políticas públicas es la de que toda acción legislativa debe estar motivada por el diagnóstico de una situación que se reputa como socialmente problemática, por lo que es preciso modificar el comportamiento de los sujetos como estrategia para resolver el problema previamente reconocido e inscrito en la agenda de la autoridad.

La ley en esta óptica es visualizada como una política pública más y comparte los elementos y parámetros de toda acción de gobierno. La autoridad la constituye el Poder Legislativo, los actores políticos son todas las personas, sujetos afectados por la ley, grupos de interés y de presión, organizaciones no gubernamentales que se involucran en proceso legislativo o participan de alguna manera en el proceso de toma de la decisión, interna o externamente al parlamento.

La ley como política pública, metodológica y racionalmente debe incluir o suponer:

- ✓ Un diagnóstico de una situación de la realidad considerada socialmente problemática y por lo tanto, parte de la agenda legislativa, ya sea del Congreso, de las cámaras, de los grupos parlamentarios o del legislador en lo individual.
- ✓ Una fijación de objetivos a alcanzar en la modificación del estado de cosas de la realidad apreciado como indeseable.
- ✓ Una selección rigurosa de los medios al alcance del Estado, idóneos para lograr los objetivos deseados en la transformación de la realidad; bajo un enfoque científico de causalidad y viabilidad; de modo que, si no hay una apreciación correcta de la relación de

³² *Idem*

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

causa a efecto entre las medidas previstas y los objetivos definidos, la ley estará condenada al fracaso

Hay 2 formas de fracaso de la ley:

- a) el fracaso teórico que se produce cuando las medidas previstas en la ley, no obstante su aplicación, no conducen al resultado esperado o pretendido porque hubo una errónea apreciación de la relación causa-efecto de las medidas establecidas en ley y los objetivos deseados, de forma que las acciones de gobierno no provocan los resultados esperados, y
- b) el fracaso práctico de la ley que sobreviene cuando los operadores jurídicos o autoridades de ejecución de la ley designadas por el legislador no la aplican correctamente, o los destinatarios no obedecen sus preceptos, sin que las autoridades prevengan, sancionen, reparen o subsanen las violaciones; es decir, se produce un déficit en la tasa de ejecución de la ley que puede ser por la corrupción de las autoridades y los afectados, por falta o incapacidad de la autoridad administrativa o la judicial, por falta de información a los destinatarios de la ley, entre otras causas.

Toda ley contiene objetivos y finalidades. La finalidad es cambiar un comportamiento de los destinatarios de la ley. El objetivo es el estado de cosas o resultado que se pretende alcanzar por el cambio en el comportamiento de los destinatarios de la ley. Es obvio que entre las finalidades y objetivos debe mediar una conexión causal de resultado por la que el cambio de comportamiento en la gente debe provocar el cambio de la realidad en el sentido pretendido.

En todo caso, el fracaso teórico o práctico de la ley amerita una intervención enérgica del legislador para tomar las riendas de la situación reacia o resiliente y asumir un activismo legislativo con determinación, creatividad y conocimiento científico que le permitirán lograr los objetivos deseados en beneficio de los representados que son la única motivación que justifica y legitima su mandato. La evaluación legislativa asume un papel protagónico en esa lucha épica

del legislador para transformar la realidad, muchas veces sin el apoyo o con la renuencia de los poderes ejecutivo y judicial que llegan a ser parte del problema y no de la solución.

Una vez que la autoridad ha asumido un problema como digno de ser debatido y que requiere su intervención, procede a adoptar la decisión con la intervención de otros actores políticos. A nivel legislativo se puede considerar para resolver ese estado calificado como problemático los siguientes instrumentos³³:

- Instrumentos prescriptivos, o sea el establecimiento de conductas como ordenadas, permitidas o prohibidas; o vale decir, la creación de prohibiciones, mandatos o derechos.
- Instrumentos incentivos que implica la persuasión a los destinatarios de las medidas para que asuman las conductas deseadas gracias a la entrega de beneficios, facilidades, prerrogativas, ventajas. Es decir, las figuras del incentivo, la exención, la dispensa, el estímulo, el premio, etc. Vale decir que se trata de un derecho de fomento.
- Instrumentos de organización y coordinación; creando órganos o instancias de gobierno, o cambiando la estructura de las que ya existan.
- Instrumentos de procedimiento consistentes en establecer medios o formas de desplegar una actividad, regulada normativamente y bajo exigencias de racionalización
- Instrumentos prestacionales que se hacen consistir en la entrega de bienes o servicios mediante la prestación de servicios públicos, así como las políticas de infraestructura o creación de obras o bienes públicos.
- Instrumentos de delegación que operan cuando se desplaza una actividad de una instancia privada a pública o viceversa, o bien se desplaza de un nivel de gobierno a otro o de una estructura central a una periférica. Lo que da lugar a la puesta en práctica de medidas

33 *Op cit.*: pp. 45-46

Hacia una teoría general del dictamen legislativo

Septiembre 2019

de privatización, estatización, centralización, descentralización o desconcentración.

La suma de los instrumentos es el arsenal del gobierno para tratar de incidir en la realidad y modificar el estado de cosas y la condición de vida de los ciudadanos.

VI. Conclusiones

Con base en la pluralidad de conocimientos involucrados en la toma de una decisión legislativa, resulta indispensable que a los órganos parlamentarios investidos de la representación política y la función de legislar, se les dote de todos los medios cognoscitivos para decidir con el mayor acierto posible. Las cámaras legislativas enfrentan frecuentemente el dilema de optar entre la razón y el interés o la coyuntura políticos. Sin que necesariamente se excluyan, o incluso tendiendo a armonizarse las dimensiones política y científica, es apropiado que al momento de dictaminar una propuesta de ley se cuente con todos los elementos a la mano para la toma de la decisión mejor o más sólidamente fundada. De hecho, el control cualitativo de la legislación es la función esencial de las comisiones legislativas y, la aplicación sistemática de los conocimientos interdisciplinarios que subyacen a una ley, mucho coadyuvan a conferirle a la legislación expedida posibilidades de éxito.

Una ley que aspire a los atributos de:

- Eficacia
- Efectividad
- Oportunidad
- Certeza
- Comprensibilidad

- Aceptabilidad
- Brevedad y concisión
- Coherencia³⁴

Y sobre todo que pretenda resolver los problemas para los que fue creada y mejorar la condición de los gobernados, debe ser elaborada con el auxilio de todos los medios que la ciencia pone a disposición del legislador o el parlamentario. Es mucho lo que está en juego en la ley como para pasar por alto esa necesidad o esa exigencia de legitimidad política.

VII. Bibliografía

Aranda, Elviro; *Los actos no normativos y su control jurisdiccional*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1ra Edición, Madrid, 1998

Betegón Jerónimo, Gascón Marina, et al; *Lecciones de Teoría del Derecho*; Editorial McGraw-Hill España; Madrid, 1997

Campion, Lord et Lidderdale, D. W. S.; *La Procèdure Parlementaire en Europe*; Librairie Armand Colin; Paris, 1955.

Casado Raigón, Rafael; *Derecho Internacional*; 2^oda edición; Editorial Tecnos; Madrid, 2014

Cazorla Prieto, Luís María; *El lenguaje Jurídico Actual*; Thomson Reuters Aranzadi; 2^oda edición; Pamplona, 2013

Curso de Técnica Legislativa; *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, 1989

³⁴ García-Escudero Márquez, Piedad; *Manual de Técnica Legislativa*; Editorial Thomson Reuters Civitas; Pamplona, 2011; p. 32

Hacia una teoría general
del dictamen legislativo

Septiembre 2019

De Lucas, Javier, coordinador de la obra; *Introducción a la Teoría del Derecho*; Editorial Tirant Lo Blanch; 3ª edición; Valencia, 1997

Endicott, Timothy; *La Vaguedad en el Derecho*; Editorial Dykinson; Madrid 2007

García, Asunción; *El proceso Legislativo*; Congreso de Diputados; 1era edición, Madrid, 1998

García-Escudero, Piedad; *Manual de Técnica Legislativa*; Aranzadi; 1ra Edición, Pamplona, 2011

García Máynez, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*; Editorial Porrúa; 52ª Edición; México, DF, 2001

Keeseey, Ray; *Modern Parliamentary Procedure*; American Psychological Assocation, 2da Edición, Londres, 1994

Longi, Vincenzo; *Elementi di Diritto e Procedura parlamentare*; Giuffrè Editore; Milano, 1994

Martínez, León; *Introducción al Derecho Parlamentario*, Aranzadi, 1ra Edición, Navarra, 1999

Martínez, Luis, et al; *La Ley Desmedida: Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*; Editorial DYKINSON, 1ra Edición, Madrid, 2007

Martínez Zorrilla, David; *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*; Editorial Marcial Pons; Barcelona, 2007

Menéndez, Aurelio, et al; *La Proliferación Legislativa: Un Desafío para el Estado de Derecho*; Colegio Libre de Eméritos, 1ra Edición, Madrid, 2004

O'Donnell, Daniel; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 2ª edición; México, 2012

Rojina Villegas, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; Tomo I, Introducción y Personas; Editorial Porrúa; 4^{ta} Edición; México, DF, 1982

Roth, André-Noël; *Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación*; Ediciones Aurora, 2014

Serna, Pedro y Toller, Fernando; *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*; Editorial La Ley; Buenos Aires, 2000

Tena Ramírez, Felipe; *Derecho Constitucional Mexicano*; Editorial Porrúa; trigésimo cuarta edición; México, 2001

Q uórum **127** Legislativo



CÁMARA DE DIPUTADOS

LXIV LEGISLATURA

Revista Quórum Legislativo #127
Se terminó de imprimir y encuadernar
en octubre de 2019 en los
Talleres Gráficos
de la Cámara de Diputados

La edición consta de 500 ejemplares

CEDIP

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS



**CÁMARA DE
DIPUTADOS**
LXIV LEGISLATURA

CEDIP
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS