

Diciembre 2020

Quórum 132 Legislativo

**Reconocimiento y protección
de los datos personales
biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

**Sistema de justicia
penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las
Cámaras de Diputados y Senadores por
integrantes del Grupo Parlamentario
de Morena en la LXIV Legislatura**

Oscar Uribe Benítez

**Efectividad de los derechos
sociales en México**

Laura Eugenia Rodarte Ledezma

**La subcontratación laboral en México.
Propuestas de los grupos
parlamentarios en la Cámara de
Diputados durante la LXIV Legislatura**

Juan Manuel Escuadra Díaz

**Reflexiones sobre la interpretación
de las disposiciones
constitucionales presupuestarias
relativas a la determinación
de gastos públicos en
el derecho mexicano.
Realidad y perspectiva
de sistema**

**Gonzalo Cervera
Aguilar y López**

Quórum 132 Legislativo

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

H. Cámara de Diputados, LXIV Legislatura

Diciembre, 2020

MESA DIRECTIVA

Presidenta

Dip. Dulce María Sauri Riancho

Vicepresidentes

Dip. María de los Dolores Padierna Luna

Dip. Xavier Azuara Zúñiga

Dip. Ma. Sara Rocha Medina

Secretarios

Dip. María Guadalupe Díaz Avilez

Dip. Karen Michel González Márquez

Dip. Martha Hortensia Garay Cadena

Dip. Carmen Julieta Macías Rábago

Dip. Héctor René Cruz Aparicio

Dip. Lyndiana Elizabeth Bugarín Cortés

Dip. Mónica Bautista Rodríguez

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

Presidente

Dip. Moisés Ignacio Mier Velazco

Integrantes

Dip. Juan Carlos Romero Hicks

Dip. René Juárez Cisneros

Dip. Reginaldo Sandoval Flores

Dip. Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla

Dip. Jorge Arturo Argüelles Victorero

Dip. Arturo Escobar y Vega

Dip. Verónica Beatriz Juárez Piña

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

Responsable de la Dirección General del CEDIP

y Director de Estudios Legislativos

Juan Carlos Cervantes Gómez

Directora de Estudios de Constitucionalidad

Hasuba Villa Bedolla

Director de Estudios Parlamentarios

Noé Luis Ortiz

Director de Estudios Jurídicos

Marcial Manuel Cruz Vázquez



Diseño, formación y
fotografía de portada

Miguel Angel Ramírez Hernández

ISSN: 1870-7270

Reserva de derechos:

04-2019-070116123600-102

Quórum Legislativo 132

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. 15690, Ciudad de México. 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.

Quórum **132**
Legislativo

Índice

Presentación CEDIP	07
Reconocimiento y protección de los datos personales biométricos en México Hasuba Villa Bedolla	11
Sistema de justicia penal para adolescentes: Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura Oscar Uribe Benítez	73
Efectividad de los derechos sociales en México Laura Eugenia Rodarte Ledezma	147
La subcontratación laboral en México. Propuestas de los grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados durante la LXIV Legislatura Juan Manuel Escuadra Díaz	181
Reflexiones sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales presupuestarias relativas a la determinación de gastos públicos en el derecho mexicano. Realidad y perspectiva de sistema Gonzalo Cervera Aguilar y López	233

Presentación

Estimadas y estimados lectores, me gustaría iniciar esta presentación del número 132 de la revista Quórum Legislativo, reflexionando sobre la investigación en los tiempos contemporáneos, que son tiempos difíciles por la emergencia sanitaria que atraviesa el mundo, misma que ha implicado un replanteamiento de todas las actividades, incluyendo, desde luego, las de investigación.

La investigación, en su sentido más amplio, tiene una función preponderante, ya que constituye una piedra angular en los procesos educativos, laborales, sociales, culturales e institucionales, porque es un instrumento fundamental para enfrentar los desafíos que plantea nuestra realidad, que se ha caracterizado en los últimos tiempos, por la rapidez y la imprevisibilidad de sus cambios, tal como lo constatamos con la referida emergencia mundial de salud, que nos tomó, como especie humana, desprevenidos y sin el conocimiento necesario para hacerle frente.

De esta forma, entendemos que la investigación, como fenómeno humano, es dinámica y cambiante, ya que debe adaptarse a la realidad de la que pretende dar cuenta, y debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse a contextos no presenciales, como son los medios digitales y a distancia, que privilegian el manejo de nuevas técnicas para el adecuado uso de plataformas de aprendizaje y recursos tecnológicos relacionados con las tareas de investigación.

En el contexto descrito, adquiere gran relevancia la necesidad de realizar investigaciones que promuevan un conocimiento adecuado, pertinente y contemporáneo, capaz de abordar los problemas locales y globales, que nos permita continuar avanzando en la creación de conocimiento en las diferentes disciplinas científicas y en los diferentes ámbitos de la vida de las naciones.

Consecuentemente, me complace presentarles este número de la revista Quórum Legislativo, que cuenta con cinco artículos que tratan temas diversos y muy importantes tanto teórica como prácticamente.

El primer trabajo se intitula *Reconocimiento y protección de los datos personales biométricos en México*, en él su autora Hasuba Villa Bedolla, analiza el tratamiento jurídico que se la ha dado a los datos personales biométricos, mostrando como hasta la fecha no se cuenta con normatividad que los proteja de manera específica y que garantice el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, por lo que, señala, es necesario llenar el vacío legal y crear normatividad que, de manera específica, proteja y establezca límites en dicha materia.

Oscar Uribe Benítez presenta el trabajo Sistema de justicia penal para adolescentes: análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura, donde inicia realizando una exposición histórica de la política criminal para la edad penal y para los menores de ella en el ámbito nacional, para enseguida exponer el marco jurídico nacional e internacional en relación con el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, y analizar jurisprudencias en la materia, después detalla comparativamente las medidas no privativas de la libertad personal tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes y de las Reglas de Beijing, finalmente resumen las iniciativas que, en la materia, han presentado los legisladores del Grupo Parlamentario Morena, esbozando el avance legislativo en esta importante temática.

La efectividad de los derechos sociales en México, es el trabajo presentado por Laura Eugenia Rodarte Ledezma, en el cual se realiza primeramente un

Presentación

estudio teórico-conceptual de los derechos sociales, después se analiza cuál es el grado de protección, los recursos existentes, las obligaciones generales del Estado y las estrategias de su exigibilidad, enseguida plantea el estudio de diversos instrumentos internacionales que, estima, deben considerarse en la materia, con el objetivo de contribuir a la comprensión de cuáles son algunas de los temas pendientes del Poder Legislativo en materia de derechos sociales.

El artículo denominado *La subcontratación laboral en México. Propuestas de los grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados durante la LXIV Legislatura*, presentado por Juan Manuel Escuadra Díaz, desarrolla un minucioso análisis a partir de fijar una plataforma conceptual que define los conceptos *contrato y relación de trabajo*, precisando los tipos de contratación que la legislación nacional prevé, para enseguida referir la forma en que se ha conceptualizado la subcontratación. Establecido lo anterior, el autor analiza las agendas legislativas de los distintos grupos parlamentarios que integran la Cámara de Diputados, durante la LXIV Legislatura, así como las iniciativas presentadas, a efecto de reunir la información disponible en la Cámara de Diputados, que permita a los interesados en el tema y sobre todo a las y los legisladores, conocer las diferentes propuestas que hasta el momento se han presentado en esta instancia del Poder Legislativo.

Finalmente Gonzalo Cervera Aguilar y López desarrolla el trabajo que lleva por título: *Reflexiones sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales presupuestarias relativas a la determinación de gastos públicos en el derecho mexicano. Realidad y perspectiva de sistema*, cuyo objeto es interpretar los artículos constitucionales relativos al Presupuesto de Egresos de la Federación, esencialmente en relación con la determinación de los gastos a erogarse en un ejercicio fiscal, donde afirma que es impostergable delimitar con claridad las únicas limitaciones al ejercicio de las facultades exclusivas aprobatorias ordenadas por la propia Constitución y que no existe razón ni fundamento para considerar que durante la ejecución del Presupuesto, la Cámara de Diputados este impedida para, en caso de ser necesario, modificar el presupuesto o establecer gastos mediante ley, como mecanismos que se ajusten más a la legalidad .

Q₁₃₂

Como las y los amables lectores pudieron apreciar en esta presentación, los temas que congrega este número, son relevantes en el quehacer parlamentario, por lo que su estudio es fundamental, ya que, pensamos, puede contribuir en el mejoramiento de una de las funciones más importantes de la Cámara de Diputados: la función legislativa, que culmina con la entrada en vigencia de nuevas leyes que tratan de responder a las exigencias de nuestra sociedad, que como ya hemos mencionado, se caracteriza por su velocidad y cambio permanente.

Hugo Christian Rosas de León

Secretario de Servicios Parlamentarios

RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES BIOMÉTRICOS EN MÉXICO

Hasuba Villa Bedolla¹

*Cuando tu cuerpo es tu identidad,
este puede también delatarte o revelar
cosas que preferirías no compartir.*

Gemma Galdon

Sumario:

I. Introducción

II. Naturaleza y características principales de los datos biométricos

III. Uso y abuso de los datos biométricos

IV. Protección y reconocimiento de los datos personales en general y de los datos biométricos en particular

V. Elementos para el reconocimiento en la legislación mexicana de los datos personales biométricos

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía

¹Directora de Estudios de Constitucionalidad del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, maestra en Derecho.

Q uórum 132 Legislativo

I. Introducción

El avance institucional y jurídico en materia de datos personales ha permitido la consolidación de un marco legal que busca la protección de la privacidad del individuo, frente a la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares. Sin embargo, con el vertiginoso avance de la tecnología, paulatinamente van surgiendo nuevos datos e información vinculada a la identidad de las personas, por lo que tanto la legislación como las instituciones deben avanzar en la regulación de estas nuevas realidades, una de ellas es la relacionada con los datos biométricos.

En México, los datos biométricos son recopilados y utilizados con múltiples finalidades y por diversas entidades tanto públicas como privadas, sin que hasta la fecha se cuente con normatividad que la proteja de manera específica y que garantice el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Este vacío legal cobra relevancia porque la información contenida en los datos biométricos permite identificar de manera inequívoca a las personas, nos dicen lo que somos e incluso por qué lo somos, a diferencia de otro tipo de datos personales con los que puede contar más de una persona –como la misma dirección, la misma trayectoria académica, etcétera–. De ahí que se requiera de una regulación que de manera específica la proteja y establezca límites, por ejemplo, para su obtención, uso, registro, organización, conservación, difusión, almacenamiento, acceso, manejo, aprovechamiento, divulgación, transferencia y disposición.

Tal reconocimiento debe ser prioritario, pues el uso indebido de esos datos puede derivar en atentados contra el derecho a la privacidad, a la identidad o a la intimidad del individuo, sin dejar pasar por alto que el robo de identidad es una problemática creciente en las sociedades contemporáneas; otras implicaciones pueden recaer en actos de discriminación hacia su titular, ya que la información contenida en ellos es de tal especificidad que permite la identificación de una persona a partir de características físicas, fisiológicas, así como de comportamiento y rasgos de la personalidad.

II. Naturaleza y características principales de los datos biométricos

Hoy en día, la información biométrica tiene una relación indiscutible con el reconocimiento de las personas, por lo que su naturaleza incide en diversos aspectos de la vida social e individual, tales como la seguridad, la identificación, los sistemas informáticos y los datos personales.

Aunque originalmente los avances tecnológicos biométricos se asociaron a la investigación de delitos, el uso de tecnologías de la información cada vez más avanzadas, así como la creciente utilización de dispositivos electrónicos por gran parte de la población para fines que van desde la recreación hasta el desarrollo de actividades productivas, o las nuevas dinámicas organizacionales tanto en el sector público como el sector privado, dan cuenta no sólo de la gran utilidad de los datos biométricos para la ejecución de dichas actividades, lo cual también implica que se abra un abanico de problemas que actualmente escapan a los marcos normativos regulatorios.

La legislación mexicana de protección de datos personales no contiene definición alguna de *datos biométricos*, sin embargo, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (en adelante INAI) ha señalado que éstos pueden considerarse como datos sensibles bajo ciertas circunstancias, en tanto que los datos sensibles son una categoría *especial* de datos personales. Para identificar las características que conforman la naturaleza de los datos biométricos así como definir sus elementos particulares, se estudian de forma general las categorías de datos personales y datos sensibles, para establecer una primera aproximación a los datos biométricos.

Datos personales

De acuerdo con la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (en adelante LGPDPPSO o Ley General) y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

Reconocimiento y protección de los datos personales biométricos en México

Hasuba Villa Bedolla

(en adelante LFPDPPP o Ley Federal), los datos personales se refieren a *cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable*. Una persona será identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información.¹ Esta categoría es importante, no solo por el propio aporte conceptual, sino porque a partir de lo establecido por la legislación es posible inferir que los datos personales pertenecen originalmente y en todo momento a la persona a la que se encuentran asociados, como el número de seguridad social, la información académica, laboral o profesional, el correo electrónico personal, número telefónico, domicilio, entre otros.

Es pertinente señalar que en la legislación mexicana se recogieron algunos de los principales elementos que en el ámbito internacional se ha considerado caracterizan a los datos personales. Entre los referentes más significativos pueden citarse el *Convenio 108 del Consejo de Europa*, ratificado por México; los *Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos* de la Red Iberoamericana de Protección de Datos; y sin duda, el más relevante, el *Reglamento General de Protección de Datos* (en adelante RGPD o Reglamento General), vigente para la Unión Europea desde mayo de 2018.²

El primero de ellos señala que los datos de carácter personal se refieren a cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (“persona concernida”);³ en tanto que los Estándares Iberoamericanos los definen como cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable, que puede estar expresada en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, alfanumérica, acústica o de cualquier otro tipo.⁴ Mientras que en el artículo 4 del RGPD, los datos personales se definen

1 Artículo 3, fracción IX, de la LFPDPPP y artículo 3, fracción V de la LFPDPPP.

2 El nombre completo del RGPD es *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*

3 Artículo 2 del Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Disponible en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 28 de septiembre de 2018.

4 Los Estándares Iberoamericanos, que datan de junio de 2017, son un conjunto de directrices orientadoras, que

como toda información sobre una persona física identificada o identificable. Establece que deberá considerarse como una *persona física identificable* a toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, por ejemplo, un nombre, un número de identificación, o bien, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de la persona.

De acuerdo con las definiciones precedentes, incluyendo las de la legislación mexicana, no toda la información concerniente a una persona constituye un dato personal, sino únicamente aquella que se refiere a una persona física identificada o identificable. Una persona física es identificada cuando la información revela de forma clara y directa a quién pertenece, sin que se requiera alguna investigación o procedimiento adicional; será identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información. Ello resulta relevante en tanto que no todos los datos se traducen en información, se vuelven tal cuando pueden asociarse o definir aspectos relevantes y en este caso, cuando pueden asociarse a la identificación personal. En tal virtud, aquella información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, como podría ser la información anónima, o bien, aquellos datos que han sido sometidos a un procedimiento de disociación que no permiten su asociación al titular, no son considerados datos personales.⁵ Existe por tanto, un *bajo valor* de la información debido a que los datos no se convierten en información correspondiente a una persona, es decir, no responde a aspectos que le otorguen el carácter de personal, puesto que un dato que no se convierte en información es irrelevante.

pueden servir como referente para la modernización y actualización de las legislaciones existentes en materia de protección de datos personales en la región iberoamericana. Disponible en: <https://www.redipd.org/es/documentos/documentos-generales>

⁵ De acuerdo con el Considerando 26 del RGPD, para determinar la probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deberán tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como serían los costes y el tiempo necesario para la identificación, teniendo en cuenta también tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos.

Datos personales sensibles

Una vez acotados los datos personales, se establece lo relativo a la categoría de datos personales sensibles. Al respecto, tanto la LGPDPPSO como la LFPDPPP definen los *datos sensibles* como aquellos datos personales que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. La Ley General señala que, de manera enunciativa, pueden considerarse sensibles aquellos datos que puedan revelar aspectos como: el origen racial, el estado de salud, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas y morales, las opiniones políticas y la preferencia sexual.⁶ En consecuencia, mientras los datos personales permiten la identificación directa de la persona, los datos sensibles se relacionan con las características individuales, de tal manera que al conjuntar datos personales y datos sensibles se obtendrá además de la identificación, las características que permiten definir a una persona e inferir patrones de comportamiento o consumo, lo que afecta al individuo tanto para ser discriminado como para ser sujeto de determinadas influencias que condicionen su comportamiento, sin saberlo, afectando el libre desarrollo a la personalidad y su identidad misma.

En este sentido, se observa que la legislación nacional es coincidente en términos generales con lo señalado, por ejemplo, en los *Estándares Iberoamericanos*, sin embargo, en éstos sí se hace una referencia explícita a los datos biométricos, ya que se consideran una categoría de datos sensibles que pueden revelar aspectos como: el origen racial o étnico; las creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; la afiliación sindical; las opiniones políticas; los datos relativos a la salud, la vida, preferencia u orientación sexual o los datos genéticos.⁷

Por otra parte, en el RGPD, en la legislación nacional, los que se consideran *datos sensibles* forman parte de *categorías especiales de datos personales*, entre los que se encuentran aquellos que pueden revelar *el origen étnico o*

⁶ Artículo 3, fracción X de la LGPDPPSO y artículo 3 fracción VI de la LFPDPPP.

⁷ Apartado 2 inciso d de los *Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos*.

*racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos que permitan identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.*⁸ El Reglamento de la Unión Europea señala también que este tipo de datos merecen una especial protección, ya que el contexto de su tratamiento podría *entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales.*⁹

La diferencia sustancial entre el tratamiento que se le otorga a los datos sensibles en el Reglamento de la Unión Europea y la legislación nacional es que la protección que se otorga en el primero es más amplia, pues al referirse de manera general a la posibilidad de que su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y libertades fundamentales de los titulares de esos datos, cualesquiera que sean esos derechos y libertades, va más allá de considerar que únicamente serán tenidos como datos sensibles cuando su utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste, tal como contemplan la LGPDPSO y la LFDDPSO. Sin embargo, en el fondo, los instrumentos normativos citados coinciden en que la protección de este tipo de datos, sin importar su denominación, va más allá del derecho a la protección de datos personales, pues el uso ilícito de los mismos impacta en otros derechos.

Datos personales biométricos

Como se señaló al inicio de este apartado, la legislación nacional no prevé de forma explícita dentro de la categoría de datos personales a los *datos biométricos*, siendo este el primer desafío para su protección y resguardo a nivel nacional, de ahí que la primera aproximación a la definición de estos, será la que proporciona el multicitado RGPD, que señala que se trata de *datos personales obtenidos partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física*

⁸ Artículo 9 apartado 1 del RGPD.

⁹ Considerando 51 del RGPD.

Reconocimiento y protección de los datos personales biométricos en México

Hasuba Villa Bedolla

*que permitan o confirmen la identificación de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.*¹⁰ Se trata de datos de una naturaleza especial, pues permiten la identificación inequívoca de las personas. De esta forma los datos biométricos constituyen información única obtenida de características físicas y/o conductuales que posibilitan la identificación personal mediante algún mecanismo o proceso técnico o tecnológico.

En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29¹¹ los define como *propiedades biológicas, características fisiológicas, rasgos de la personalidad o tics, que son, al mismo tiempo, atribuibles a una persona y mensurables, incluso si los modelos utilizados en la práctica para medirlos técnicamente implican un cierto grado de probabilidad*. Señala como particularidad de los datos biométricos que éstos pueden considerarse tanto como *contenido* de la información sobre una determinada persona, así como un elemento para *vincular* información a una determinada persona. De ahí que este tipo de datos puedan servir de “identificadores”, ya que corresponden a una única persona.¹² Lo anterior resulta fundamental, en tanto que se vuelve relevante estudiar el impacto del tratamiento de esta información a partir de la modificación del carácter con el que se tratan los datos biométricos, pues requieren su propia categoría normativa, ya que su protección y regulación es distinta de los datos personales y los propios datos sensibles.

En este sentido, los datos biométricos que pueden referirse a características físicas y fisiológicas son: las huellas digitales, el rostro, la retina, el iris, la geometría de la mano, la estructura de las venas, la piel o textura de la

¹⁰ Artículo 4 apartado 14 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹¹ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 es un organismo de la Unión Europea de carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad.

¹² Al respecto, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 señala que cuando se trata del *contenido* de la información sobre una determinada persona, se puede ejemplificar como: *Fulano tiene estas huellas dactilares*; mientras que, cuando los datos biométricos sirven como un elemento para *vincular* una información a una determinada persona, el ejemplo sería: *este objeto lo ha tocado alguien que tiene estas huellas dactilares y estas huellas dactilares corresponden a Fulano: por lo tanto Fulano ha tocado este objeto*. Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, adoptado el 20 de junio, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf

superficie dérmica, la composición química del olor corporal, el ritmo cardíaco. Estos datos biométricos suelen ser estáticos e inmutables, ya que difícilmente se alteran con el transcurso del tiempo.

En tanto que los datos biométricos referentes a características conductuales, es decir, aquellos que miden el comportamiento de una persona, como la firma manuscrita, la pulsación sobre el teclado, el análisis de la forma de caminar y la voz,¹³ son considerados datos biométricos dinámicos.

Como se observa, no sólo es necesario hacer una diferenciación entre la información personal y los datos sensibles de la información biométrica, sino que a su vez se estima pertinente realizar una distinción de esa información en características fisiológicas y de comportamiento. Esto resulta indispensable en su comprensión y regulación, ya que los fines y su uso son distintos, así como su mecanismo de recuperación.

De acuerdo con el Grupo de Trabajo del Artículo 29, aunque no todos los datos biométricos son equivalentes y el grado de diferenciación de una persona a otra es distinto, la mayoría de estos datos comparten las siguientes características:¹⁴

- **Universales:** el dato biométrico existe en todas las personas;
- **Únicos:** el dato biométrico debe ser distintivo para cada persona;
- **Permanente:** la propiedad del dato biométrico es permanente a lo largo del tiempo para cada persona.

¹³ Actualmente, se está empezando a *explorar el uso de otros datos biométricos denominados de segunda generación, como son el análisis de ondas neuronales, la luminiscencia de la piel, el reconocimiento de la geometría de las uñas, la frecuencia cardíaca, la onda de pulso, las radiografías dentales, la mordida dental, la impedancia de la piel, las arrugas de los dedos, el reconocimiento del asimiento, los campos bioeléctricos, entre otros.* GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel et al., *Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales*, Revista Derecho y Tecnología, núm. 12, 2011, p. 73.

¹⁴ Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Documento de trabajo sobre biometría*, aprobado el 1 de agosto de 2003, p. 3, disponible en: https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp80_es.pdf

Es importante reiterar que no todos los datos biométricos son datos personales, pues para ello se requiere que su uso permita de manera directa identificar a su titular, *o bien, lo haga identificable a través de la biometría*. Por lo tanto, *un dato biométrico aislado, que no pueda ser registrado en un sistema biométrico, ni se pueda vincular con un sujeto en lo particular o comparar con otras muestras, no podría considerarse un dato personal, ya que, por una parte, por sí mismo no identificaría a su titular; y por la otra, los esfuerzos necesarios para hacerlo identificable serían desproporcionados*.¹⁵ Es decir, a partir del tipo de dato biométrico es que se determina el sistema biométrico que deberá ser utilizado para el reconocimiento efectivo de las personas.

En este sentido, cualquier esfuerzo que se emprenda, por lo menos en el ámbito legislativo, deberá encaminarse hacia la protección de aquellos datos biométricos que efectivamente constituyan datos personales, pues como ha quedado señalado, un dato biométrico que no permite la identificación inequívoca de las personas no puede considerarse un dato personal y no amerita, por lo tanto, de una protección especial.

Entre los sistemas biométricos que actualmente se han desarrollado para la identificación de las personas, se encuentran los de reconocimiento y termografía facial, escaneo de la retina y del iris, reconocimiento de los patrones de los vasos sanguíneos de las manos, identificación de las huellas dactilares e incluso, labiales, reconocimiento vascular, análisis de la firma, reconocimiento de escritura, verificación de la voz, patrón de movimiento del *mouse*, utilización del teclado, entre otros.¹⁶

Además, debe considerarse la posibilidad de la interacción de los sistemas biométricos, que permite combinar distintos datos biométricos para identificar a las personas, entre éstos se encontrarían, por ejemplo, aquellos que asocian el reconocimiento facial con la huella digital.

¹⁵ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos*, México, 2018, pp. 10 y 19.

¹⁶ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *Op. cit.*, pp. 74-76 y *Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos*, pp. 9-10.

De esta forma, es importante tomar en cuenta que un primer acercamiento para la regulación de los datos biométricos deberá centrarse en el sistema, proceso o herramienta para su recopilación, ya que podría considerarse un control obligatorio para obtener el consentimiento explícito para su uso y que además contemple de forma específica los fines para los que pueden ser utilizados; y por otro lado, la prohibición del intercambio de bases de información que permitan la combinación de datos biométricos para la identificación personal, por lo que en todo momento su manejo y tratamiento deberá ser independiente y el consentimiento deberá ser explícito para cada tipo de dato obtenido.

Con base en lo anterior, es importante hacer referencia a los distintos tipos de sistemas biométricos, ya que su comprensión permitirá establecer una serie de parámetros para su regulación, teniendo presentes los primeros acercamientos mencionados.

Sistemas biométricos estáticos

Los sistemas biométricos de este tipo que se usan con mayor frecuencia son los siguientes:

- ***Identificación basada en la huella dactilar.*** Tiene entre sus ventajas la amplia precisión, la facilidad de su uso y el bajo costo de su implementación. La técnica para la búsqueda de coincidencias entre muestras de huella dactilar puede basarse en minucias y en correlación. En el primer caso, se detectan determinadas formas que son fácilmente identificables, así como su posición dentro de la huella, lo que permite el registro de la minucia. La plantilla correspondiente a cada usuario es un esquema en el que se indican las minucias que deben detectarse, su posición y las distancias entre unas y otras.¹⁷ Por otro lado, la técnica basada en correlación requiere el análisis del

¹⁷ Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*, España, 2016, p. 7.

patrón global seguido de la huella dactilar, en lugar de las minucias, lo que, por otra parte, exige que se haga un registro preciso de la misma.¹⁸

Debe considerarse que este tipo de identificación puede ser alterada mediante, por ejemplo, técnicas quirúrgicas o métodos químicos, así como por el mal estado o desgaste derivado de la actividad laboral, estilo de vida o edad de los individuos, e incluso por factores como la falta de limpieza o la sudoración que podrían dificultar el escaneo de las huellas.¹⁹

No obstante lo anterior, y debido a la facilidad en su recolección y la alta fiabilidad de las huellas dactilares para permitir la identificación de las personas, es que su uso se encuentra, desde hace muchos años, ampliamente difundido en el sector público y privado, por lo que debe asegurarse la protección de este dato biométrico en su modalidad de dato personal, pues permite el acceso a innumerables aspectos de la vida de las personas (económico, laboral, social, etcétera).

- Identificación basada en el reconocimiento facial. Este tipo de sistema permite el reconocimiento de una persona a partir de la obtención de una imagen o fotografía. Los aspectos que se utilizan para la comparación, incluye mediciones de la distancia entre los ojos, la longitud de la nariz o el ángulo de la mandíbula.²⁰

Gómez y Remolina señalan que entre las ventajas asociadas con el reconocimiento facial se encuentra la facilidad en su uso, dado que ni siquiera se requiere contacto para tomar la imagen; mientras que entre las desventajas se argumenta la variabilidad de los resultados, en los que puede influir la iluminación, la distancia de la cámara, la posición de la cara, la edad y distintas variaciones temporales derivadas del envejecimiento, por ejemplo.²¹

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *op. cit.*, pp. 80-81.

²⁰ Instituto Nacional de Ciberseguridad, *op. cit.*, p. 8.

²¹ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 82.

El uso del sistema biométrico de reconocimiento facial requiere de técnicas adecuadas que aseguren al titular de este dato el empleo y protección pertinente de su imagen, así como la justificación para su recolección en las bases de datos respectivas.

- **Identificación basada en el reconocimiento de iris.** El uso de este tipo de sistema biométrico conlleva una gran precisión, puesto que los patrones del iris están definidos desde el nacimiento y rara vez cambian con el tiempo. Contienen una gran cantidad de información, ya que tienen más de 200 propiedades únicas. Sin embargo, entre las desventajas que presenta este sistema es que puede ocultarse con lentes e incluso los mismos párpados y no puede ser verificado por un humano.²²

El reconocimiento se lleva a cabo a través del escaneado del iris con una cámara de infrarrojos que ilumina el ojo para tomar una fotografía de alta resolución. El proceso proporciona los detalles del iris que se localizan y almacenan para realizar futuras verificaciones.²³

Pese a que este tipo de sistema biométrico requiere de tecnología altamente especializada, su uso ha comenzado a difundirse, sobre todo en el ámbito privado, lo que implica el almacenamiento de información personalísima en bases de datos de diversos entes para igual número de fines, sin que se cuente con la regulación pertinente que permita su protección.

- **Identificación basada en la geometría de la mano.** Debido a que la forma y tamaño de las manos es única y difícilmente alterable, esta identificación suele ser utilizada en combinación con las huellas dactilares. Entre las desventajas asociadas al empleo de este dato biométrico se encuentra que su uso requiere de un entrenamiento específico, se considera además que por sí solo no es lo suficientemente distintivo respecto a grandes bases de datos y finalmente, se requiere de mucho espacio físico para hacer posible su implementación.²⁴

²² *Ibidem*, p. 83.

²³ Instituto Nacional de Ciberseguridad, *op. cit.*, p. 8.

²⁴ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 81.

La captura de este dato implica la toma de imágenes en 3-D de la mano desde diferentes ángulos. Los datos que se extraen de esta técnica puede incluir: la curvatura de los dedos, su grosor y longitud; la altura y ancho del dorso de la mano; la distancia entre las articulaciones y la estructura ósea en general.²⁵

- **Identificación basada en la biometría vascular.** En virtud de este sistema, se extrae el patrón biométrico considerando la geometría del árbol de venas del dedo o de las muñecas. Al ser el patrón biométrico interno, el robo de identidad es más complicado.²⁶

En comparación con los sistemas biométricos descritos, el uso de la identificación basada en la geometría de la mano y en la biometría vascular es cada vez menor, y han sido sustituidos paulatinamente por otros que son más precisos, por lo que no requieren su combinación con otros sistemas, ya que sus costos son también menores.

Como se aprecia, por cuanto hace a los sistemas estáticos referidos, se observan algunos patrones comunes: en primer término, estos sistemas requieren de las características físicas y/o fisiológicas de los individuos, así como un instrumento técnico para su recuperación; y finalmente, si la información obtenida mediante este sistema biométrico no interacciona con un dato personal, su relevancia es insustancial. En tal virtud, los instrumentos técnicos para su recuperación deberán manejar certificados de seguridad y confidencialidad que permitan controlar su manejo y uso, por otro lado, las bases de información en las que se resguarden éstos deberán tener mecanismos de control que no permitan su asociación a datos personales, salvo consentimiento expreso y para fines específicos, lo que conlleva establecer mecanismos de confidencialidad adicionales.

²⁵ Instituto Nacional de Ciberseguridad, *op. cit.*, p. 9.

²⁶ *Ibidem*, p. 10.

Sistemas biométricos dinámicos

Con respecto a estos sistemas biométricos, los más utilizados son los siguientes:

- ***Identificación basada en la firma.*** El reconocimiento puede realizarse a partir de dos variantes: comparación simple y verificación dinámica. En el primer caso, únicamente se toma en cuenta el grado de semejanza entre dos firmas, es decir, entre la original y la que está siendo verificada. La verificación dinámica requiere, en cambio, de un análisis que incluye la forma, velocidad, presión de la pluma y la duración del proceso de firma. En este caso ni siquiera se considera la forma o el aspecto de la firma, ya que únicamente el firmante puede reproducir aspectos como la velocidad y la presión con las que se imprime.²⁷

Una variación de este reconocimiento incluiría el *reconocimiento de escritura*, que permite investigar, o bien confirmar, la identidad del autor de algún texto manuscrito, mediante el uso de un *software* de reconocimiento de caracteres. Esta modalidad considera que cada persona tiene una forma diferente de escribir, con rasgos propios para cada letra, un grado de inclinación de la escritura y un nivel de presión particular al escribir.²⁸

La naturaleza de este tipo de identificación no requiere de la autorización de su titular para su análisis ni para su almacenamiento, por lo que es común que pueda usarse sin las medidas pertinentes para su resguardo.

- ***Identificación basada en la voz.*** Las aplicaciones de este tipo de reconocimiento usan sistemas de inteligencia artificial, cuyos algoritmos deben medir y estimar la similitud entre las muestras para obtener un resultado o una lista de posibles candidatos.²⁹

²⁷ *Ibidem*, p. 11.

²⁸ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, *op. cit.*, p. 10.

²⁹ Instituto Nacional de Ciberseguridad, *op. cit.*, p. 12.

Pese a que este tipo de identificación es falible su uso se encuentra altamente difundido, por ejemplo, para el acceso a distintos servicios de banca telefónica en lugar de las contraseñas tradicionales, por lo que es pertinente que se proporcionen garantías plenas a quienes utilizan este mecanismo, para aquellos casos en los que la voz sea imitada.

- **Identificación basada en la forma de andar.** La forma de caminar de una persona es grabada y sometida a un proceso analítico, con la cual se genera una plantilla única que deriva de dicho comportamiento.³⁰

Al igual que la identificación basada en el reconocimiento facial, este tipo de identificación ni siquiera requiere de la proximidad del individuo para obtener la información, por lo que éste puede desconocer que dicha información ha sido recopilada con distintos fines, y el uso que se le dará a la misma.

A diferencia de los sistemas estáticos que de no ser sometidos a un tratamiento específico, por sí mismos difícilmente permitirían la identificación de una persona, el uso indiscriminado de los sistemas dinámicos tiene implicaciones de diversa índole, ya que pueden arrojar tendencias, patrones o características que inciden en un comportamiento colectivo o en decisiones individuales, sin el consentimiento de las personas, por lo que si bien su protección no siempre puede darse de manera intrínseca en el momento de su recuperación, su manejo y uso deberían tener una máxima confidencialidad expresa, ya que el riesgo inherente de este tipo de sistemas es que la obtención de la información no requiere del consentimiento de las personas, por lo que se complica su resguardo, protección y salvaguarda.

Las particularidades descritas a lo largo del presente apartado nos permiten realizar una clara distinción de los datos biométricos respecto de los datos personales, en tanto que estos últimos pueden referirse a *cualquier información* sobre las personas, que puede ser voluntariamente modificada y que varía con el transcurso del tiempo; en tanto los datos biométricos aportan información *de* las personas, intrínseca a ellas, lo que implica su

³⁰ *Ídem.*

Q¹³²

permanencia en el tiempo y hace prácticamente imposible la desvinculación entre su titular y la información.

Por otra parte, debe considerarse que estos sistemas de identificación también son falibles y pueden reconocer erróneamente a las personas, lo cual, en un contexto de investigación y persecución de delitos, por ejemplo, puede producir graves afectaciones. Esta posible falibilidad se da en el momento de asociar las bases entre los propios datos biométricos. Siempre debe considerarse que los sistemas de identificación biométrica *arrojan resultados en términos de probabilidad: la identificación nunca es perfecta y [...] deben analizarse teniendo en cuenta este dato fundamental.*³¹

Si bien se exploraron algunas posibilidades de manejo y controles para el resguardo, en cuanto hace a los datos biométricos recuperados de forma independiente, el principal desafío se encuentra en que hoy los instrumentos técnicos y tecnológicos permiten, en la mayoría de los casos, que se recupere al mismo tiempo un dato biométrico y un dato personal lo que vuelve la disociación imposible y aumenta el riesgo de exposición de la información personal. En consideración a estas posibilidades es que se estudia lo que se ha denominado uso y abuso de los datos biométricos.

III. Uso y abuso de los datos biométricos

Aunque los antecedentes históricos de la identificación biométrica se encuentran vinculados a la creación de bases de datos criminales, es innegable que a la par de los avances tecnológicos, la implementación de sistemas biométricos como medio de identificación y verificación de la identidad ha alcanzado ámbitos cotidianos, derivado del reconocimiento de diversas ventajas frente a otros sistemas, entre las cuales pueden nombrarse las siguientes:

³¹ Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Si nos conocemos más, nos cuidamos mejor. Informe sobre políticas de biometría en la Argentina*, mayo de 2015, p. 3.

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

- Se vincula a un individuo en particular, es decir, no se requiere que éste tenga una contraseña o algún dispositivo adicional (por ejemplo, alguna tarjeta inteligente);
- Los datos biométricos son los mismos, sin importar el lugar en el que se encuentre la persona;
- No pueden averiguarse, delegarse, perderse, olvidarse o copiarse con facilidad;
- Protegen contra accesos no autorizados a la información personal;
- Pueden complementarse con otros mecanismos de autenticación (como tarjetas inteligentes con PIN, de las siglas en inglés: Personal Identification Number).³²

Debido precisamente a las ventajas señaladas es que la identificación biométrica es utilizada ampliamente por entidades públicas y privadas, particularmente en áreas de seguridad, entornos laborales, migración e instituciones de salud; instituciones financieras; y seguridad privada. Pero también, de forma cada vez más cotidiana, por las personas en el ámbito de la vida privada, a través de diversos dispositivos inteligentes (*smartphones*, tabletas, asistentes de voz), que utilizan para su acceso datos biométricos como el reconocimiento de las huellas dactilares, de voz, facial e incluso de iris.

Al respecto, es importante señalar que el objetivo de los sistemas biométricos puede ser inherente al riesgo que implica el uso de datos biométricos, por lo que es relevante reconocer si el objetivo es la identificación –es decir, el reconocimiento–, o la autenticación o verificación. Los sistemas biométricos de reconocimiento utilizan un dato y lo comparan con una base de datos que ha sido alimentada previamente con información de diversos individuos,

³² AREITIO BERTOLÍN, Javier y AREITIO BERTOLÍN, Teresa, *Análisis en torno a la tecnología biométrica para los sistemas electrónicos de identificación y autenticación*, en Revista española de electrónica, núm. 630, mayo de 2007, p. 54.

por ejemplo, las bases criminales. En tanto que los sistemas biométricos de verificación únicamente utilizan el dato comparándolo con el mismo dato almacenado con antelación, como podría ser el caso de las bases migratorias,³³ cuyo riesgo es menor, ya que en este caso se verifica que la identidad proporcionada corresponda con la realidad.³⁴ Si bien es cierto que la verificación podría implicar un riesgo más bajo, dependerá del entorno en el que se emplee, ya que su constante utilización puede contribuir a la generación de patrones de comportamiento recuperados para conformar *big data* y ello, a su vez, puede producir información relevante que incida en los individuos y en la sociedad, sin que los dueños de los datos lo sepan o hayan otorgado su consentimiento expreso.³⁵

No obstante lo anterior, con independencia de la finalidad de los sistemas biométricos, no debe perderse de vista los riesgos más comunes asociados a un inadecuado tratamiento de los datos biométricos, como el robo o la pérdida de información; la suplantación de identidad; el error en la identificación de las personas; la vigilancia clandestina; y la afectación de derechos fundamentales.

Al respecto, cobra relevancia lo que señala en su informe de 2009 el ex Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Martin Scheinin, quien determinó que a partir de la lucha contra el terrorismo, los Estados han aumentado las iniciativas para identificar, examinar y controlar a las personas. El ex Relator Especial reconoce que la utilización de técnicas biométricas –particularmente el

33 DÍAZ RODRÍGUEZ, Vanessa, *Sistemas biométricos en materia criminal: un estudio comparado*, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año VII, núm. 31, enero-junio de 2013, p. 34.

34 ROMERO CERDÁN, Tábata Andrea, *La autenticación y verificación de la identidad a través de información biométrica como paradigma del tratamiento de datos personales en México*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Nueva Época, núm. 10, enero-junio 2019, p. 75.

35 Un ejemplo de ello es la verificación constante para acceder a una aplicación móvil, por sí misma se estaría arrojando la información de cuántas veces al día se utilizó la aplicación, lo que supondría estar generando ciertos parámetros que pueden ser utilizados para dotar de información a empresas o instituciones para fines variados, todo ello sin el consentimiento de la persona y sin la plena conciencia de su actuar, por lo que se insiste en la imposición de controles de confidencialidad para el manejo de esta información.

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

reconocimiento facial, las huellas dactilares y el examen del iris— en algunas circunstancias pueden ser un instrumento legítimo para la identificación de terroristas sospechosos, sin embargo, en aquellos casos en los que los datos biométricos no son almacenados en un documento de identidad, sino en una base central de datos, se aumentan los riesgos de seguridad de la información y se hacen vulnerables a los individuos.³⁶ Además, a diferencia de otro tipo de datos personales, los datos biométricos no pueden revocarse, ya que una vez que son copiados y utilizados fraudulentamente por un tercero, no es posible que el individuo obtenga una nueva firma biométrica.³⁷ Es decir, un dato biométrico no puede ser reemplazado, tampoco es posible generar nuevas huellas o un nuevo iris. Por ello, resulta fundamental establecer la restricción e incluso prohibición de interacción entre bases de datos sin el consentimiento de las personas o en su caso, por cada interacción, debería existir una declaración expresa de aceptación, así como una garantía de confidencialidad en su manejo.

Otra consecuencia del uso indebido de los sistemas biométricos es la resultante de su implementación por los Estados en actividades de vigilancia que pueden afectar directamente el derecho a la intimidad y otros derechos derivados de ellos, como son la libertad de expresión, asociación y circulación,³⁸ así como la libertad de culto y la libertad de buscar y recibir información,³⁹ pues en aquellos casos en los que las personas saben que son observadas y que pueden ser identificadas por sistemas biométricos, dejan de actuar naturalmente, con lo que pueden vulnerarse espacios políticos y de disidencia.⁴⁰ Si bien es cierto que la vigilancia en razón de la seguridad de Estado es una función vital para asegurar el orden, la tranquilidad y la

³⁶ ONU-Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin, 28 de diciembre 2009, A/HRC/13/37, p. 11.

³⁷ *Ibidem*, p. 12.

³⁸ *Ibidem*, p. 14.

³⁹ Asociación por los Derechos Civiles, *La identidad que no podemos cambiar. Cómo la biometría afecta nuestros derechos humanos*, Argentina, 2017, p. 17, disponible en: <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/027-A-la-identidad-que-no-podemos-cambiar-04-2017.pdf>

⁴⁰ GARRIDO IGLESIAS. Romina, *et. al.*, *La biometría en Chile y sus riesgos*, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, vol. 6, núm. 1, 2017, p. 85.

existencia de la vida estatal, también lo es la responsabilidad que tienen las instituciones públicas en el manejo de la información que se recupera con dichos fines; pues más allá de vulnerar la intimidad individual, un error en el manejo, tratamiento y salvaguarda de dicha información podría revelar datos útiles que deriven en daños irreparables a los individuos y a la sociedad.

Asimismo, el tratamiento indebido de los datos biométricos puede propiciar que las personas sean discriminadas en virtud de los atributos físicos, intelectuales o estado de salud, detectados por los sistemas biométricos.⁴¹ Por ejemplo, aquellos sistemas biométricos que se basan en el reconocimiento facial, pueden registrar al mismo tiempo, elementos relacionados con el estado emocional de las personas; el registro del iris puede revelar también información clínica, como la manifestación de enfermedades relacionadas con éste.⁴² Ello implica que el riesgo en el manejo de los datos es multidimensional, por lo que la limitación de su uso es fundamental si se busca salvaguardar la privacidad e integridad de los individuos.

Por otra parte, no debe perderse de vista que los sistemas de identificación biométrica también son falibles y pueden ser vulnerados, lo que supone un riesgo adicional para las personas y aquello que se busca proteger. Por ejemplo, es posible reproducir las huellas dactilares de las personas a través de fotografías;⁴³ alterar la voz de las personas para generar información falsa, simplemente con la ayuda de un sintetizador;⁴⁴ también es factible falsificar el iris de una persona a través de la captura de fotografías de alta resolución;⁴⁵ o bien, las posibilidades de falsos positivos en el caso de los programas de

41 *Ibidem*, p. 87.

42 GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *op. cit.*, pp. 82-83.

43 En el año 2014, un miembro de Chaos Computers Club confesó haber reproducido, a través de un *software* común, la huella dactilar de la Ministra de Defensa alemana Ursula Von Der Leyen, partiendo únicamente de una serie de fotografías e imágenes publicadas en medios de comunicación oficiales. *Ibidem*, p. 92.

44 Investigadores de la Universidad de Alabama, a través de grabaciones cortas de una persona hablando y con la ayuda de un sintetizador, lograron convertir la voz de un atacante en la de una víctima. *Ídem*.

45 GARRIDO IGLESIAS, Romina, *op. cit.*, p. 82.

reconocimiento facial, suelen ser elevadas cuando se trata de menores de edad, ya que sus facciones cambian con rapidez.⁴⁶

En este sentido, si bien una regulación en la materia no puede tender hacia la prohibición del desarrollo de nuevos sistemas biométricos, sí deberá inhibir el lucro derivado de la difusión y alteración sin autorización del titular de los datos, y asegurar que los titulares de los datos biométricos tengan conocimiento sobre quiénes y con qué fines tienen acceso a éstos, incluso o sobre todo, cuando el responsable del tratamiento sea el propio Estado. Adicionalmente, debe considerarse la limitación en el manejo y tratamiento de las bases de datos, cuidando que éstos en la mayoría de los casos puedan ser aislados y que su almacenamiento asegure confidencialidad, logrando que si se busca identificar a una persona se asegure la máxima protección de dicha información y que su utilización sea únicamente para dichos fines, los cuales, en todo caso, deberán ser legales y legítimos.

IV. Protección y reconocimiento de los datos personales en general y de los datos biométricos en particular

En este apartado se realiza un análisis de los instrumentos normativos que reconocen y protegen los datos personales, ya que éstos pueden considerarse como la base que permita una aproximación para lograr el reconocimiento específico de la categoría de datos biométricos y la regulación en su manejo, tratamiento y protección.

⁴⁶ Human Rights Watch calcula que este tipo de sistemas arrojan seis veces más falsas coincidencias para un niño de entre 10 y 16 años, que para un adulto entre 24 y 40. Entre más pequeños son los niños, más pronunciados suelen ser los errores. CENTENERA, Mar, “Human Rights Watch denuncia que Argentina publica en línea información de menores acusados de delito”, en *El País*, 9 de octubre de 2020, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-10-09/hrw-denuncia-que-argentina-publica-en-linea-informacion-de-menores-acusados-de-delitos.html>

Reconocimiento constitucional del derecho a la protección de los datos personales

De manera reiterada se ha señalado a lo largo de este texto que el tratamiento indebido, negligente y/o excesivo de los datos personales en general y de los datos biométricos en particular, transgrede, entre otros, el derecho a la privacidad. Ello es así porque se considera que uno de los componentes de este derecho es, precisamente, el derecho a la protección de datos personales, que permite a su titular tener el control sobre su información. En tanto que el otro componente del derecho a la privacidad, es el que se refiere al derecho a evitar la injerencia de cualquier ente público o privado en la vida de las personas y en caso de que ésta se dé, sea mínima y legalmente justificada.

Aunque en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la privacidad no se enuncia específicamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó en 2008 que éste se encuentra protegido por el primer párrafo del artículo 16, el cual establece la garantía de seguridad jurídica de los gobernados a no ser molestados en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento:

[...] En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.⁴⁷

47 DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Novena Época, Segunda Instancia, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaeta, Tomo XXVII, mayo de 2008, Tesis: 2a. LXIII/2008.

Por lo que hace al derecho a la protección de los datos personales, éste es reconocido en el segundo párrafo del mismo artículo 16 constitucional⁴⁸ en el que se señala que:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Al respecto, la SCJN determinó recientemente que los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales) previstos en la Carta Magna constituyen un medio para garantizar el derecho de las personas a decidir qué aspectos de su vida deben o no ser conocidos o reservados por el resto de la sociedad, y la posibilidad de exigir su cumplimiento a las autoridades y particulares que conocen, usan o difunden dicha información; asimismo, señaló que estas prerrogativas constituyen el derecho a la protección de los datos personales que a su vez permiten salvaguardar otros derechos fundamentales previstos también en el texto constitucional,

*[...] conforme a los cuales, el Estado tiene la obligación de garantizar y proteger el derecho de todo individuo a no ser interferido o molestado por terceros o por una autoridad, en ningún aspecto de su persona –vida privada–, entre los que se encuentra el relativo a la forma en que se ve a sí mismo y cómo se proyecta a los demás –honor–, así como de aquellos que corresponden a los extremos más personales de la vida y del entorno familiar –intimidación–, o que permiten el desarrollo integral de su personalidad como ser humano –dignidad humana–.*⁴⁹

⁴⁸ Aunado al artículo 16 constitucional, la fracción II del apartado A del artículo 6° de la propia Constitución, previene que la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

⁴⁹ *PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTITUYE UN DERECHO VINCULADO CON LA SALVAGUARDA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES AL SER HUMANO*, Décima Época, Tribu-

Q₁₃₂

Como se advierte, aunque de reciente data, el reconocimiento del derecho a la protección de los datos personales es relevante en dos aspectos: por su relación con el derecho a la privacidad y otros derechos fundamentales cuya trasgresión es de difícil reparación; y como un derecho humano independiente que requiere la actuación del Estado para el debido establecimiento de las garantías de protección y respeto en el ejercicio del mismo.

En este sentido, se aprecia que aun cuando existe un reconocimiento constitucional del derecho a la protección de los datos personales, al mismo tiempo subsisten retos para quienes tienen en su poder este tipo de datos. El primero de ellos es la transparencia de sus fines y de la totalidad de la información recabada para que los titulares de los datos tengan la certeza de quién o quiénes tienen sus datos, qué datos posee y para qué los utiliza; por otra parte, se encuentra el desafío, no menor, de lograr una protección efectiva que prohíba la interferencia en la privacidad y en la intimidad del individuo.

Reconocimiento convencional del derecho a la protección de los datos personales

En relación con el sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos, si bien en los principales instrumentos internacionales no se hace referencia explícita al derecho a la protección de los datos personales, éste ha quedado subsumido en la protección al derecho a la privacidad que previene a los Estados de abstenerse de intervenir en la vida privada de las personas, específicamente enunciado en los artículos 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; 17 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y 11 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, en los que se precisa en idénticos o similares términos que *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección*

nales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 79, septiembre de 2019, Tomo III, tesis: I.10o.A.5 CS (10a.)

de la ley contra tales injerencias o ataques. De esta forma se asume al derecho a la privacidad como un derecho que se garantiza en la normatividad internacional.

Por otra parte, el desarrollo del derecho a la protección de los datos personales a nivel regional, concretamente en la Unión Europea, presenta importantes avances en la materia desde hace algunos años. Particularmente, destacan dos instrumentos normativos: el *Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal* (conocido también como Convenio 108), que entró en vigor a nivel internacional el 1 de octubre de 1985 y para México en 2018; y el *Reglamento General de Protección de Datos*, cuyo ámbito de aplicación se refiere al tratamiento de datos personales en el contexto de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión Europea (UE) o no.⁵⁰ Es decir, las empresas mexicanas están obligadas a observar el RGPD si tratan datos personales como parte de las actividades de una de sus sucursales establecidas en la UE, con independencia del lugar en donde sean tratados los datos; o bien, si la empresa está establecida fuera de la UE y ofrece productos o servicios u observa el comportamiento de las personas en la UE.⁵¹

Por lo que hace al *Convenio 108*, éste es tenido como un instrumento local de vocación universal, pues su contenido no se limita al Consejo de Europa, ya que está abierto a que otros países que no forman parte del mismo puedan suscribirlo. Tanto el Convenio 108 como su Protocolo Adicional, son instrumentos *no autoaplicables, es decir, sólo establecen un piso mínimo de derecho que será reforzado por cada Parte, en este caso por el Estado mexicano, en función de sus necesidades y de acuerdo a su marco normativo.*⁵²

⁵⁰ Artículo 3 apartado 1 del RGPD.

⁵¹ Comisión Europea, Web oficial de la Unión Europea, ¿A quién se aplica el Reglamento general de protección de datos (RGPD)?, disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law-apply_es#respuesta

⁵² *Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores, Europa; de Relaciones Exteriores; y de Anticorrupción y Participación Ciudadana, con Proyecto de Decreto por el que se aprueba la Adhesión de México al Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado*

Q₁₃₂

En virtud de su adhesión, México debe tomar las medidas necesarias en su legislación interna para hacer efectivos los principios básicos para la protección de datos de carácter personal. Dichos principios son:

- a) Se obtendrán y tratarán justa y legalmente;
- b) Se registrarán para fines determinados y legítimos; y no deberán utilizarse de forma incompatible para dichos fines;
- c) Serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;
- d) Serán exactos y, si fuera necesario, actualizados;
- e) Se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para los fines para los cuales se hayan registrado.⁵³

Si bien tal instrumento apunta parámetros básicos para normar los datos personales, es también una invitación a legislar sobre el tema, ya que al establecer que su obtención debe ser legal, se infiere que debe existir un marco normativo que permita dotar de legalidad a la recuperación y manejo de los datos.

El artículo 6 del Convenio 108 hace referencia a una *categoría particular de datos*, señalando que aquellos datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las creencias religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que la legislación interna

de Datos de Carácter Personal y a su Protocolo Adicional relativo a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos Personales, hechos el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y uno y el ocho de noviembre de dos mil uno, respectivamente, p. 17.

⁵³ Artículo 5 del Convenio 108.

prevea garantías apropiadas. En México esa categoría corresponde a la que se denomina *datos sensibles*.

Por su parte, el RGPD amplía en su artículo 5 el catálogo de principios relativos al tratamiento de los datos personales respecto de los contenidos en el Convenio 108, y establece que éstos serán:

- a) Tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado (“licitud, lealtad y transparencia”);
- b) Recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no podrán ser tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines (“limitación de la finalidad”);
- c) Adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”);
- d) Exactos y si fuera necesario, actualizados (“exactitud”);
- e) Mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales (“limitación del plazo de conservación”);
- f) Tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas (“integridad y confidencialidad”);

La relevancia del RGPD se encuentra en constituirse como un referente fundamental para la regulación del tema, ya que en él se expresan con claridad los aspectos básicos que deben considerarse en dicho ejercicio.

Es importante señalar que aunque los principios enunciados en el RGPD, al igual que en el Convenio 108, son aplicables al tratamiento de cualquier

Q₁₃₂

tipo de dato personal, es en el primero donde se establecen medidas de protección reforzada para el tratamiento de los datos biométricos, los cuales son enunciados como parte de una categoría especial de datos personales. Ello cobra relevancia, ya que este puede ser un marco de referencia para su futura regulación en el país.

En este sentido, de acuerdo con el artículo 9 del RGPD, se prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, *datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física*, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física.

En el propio artículo se señalan las excepciones a esta prohibición, entre las que destacan:

1. Que el interesado haya dado su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados;
2. Que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social;
3. Que el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado física o jurídicamente para dar su consentimiento;
4. Que el tratamiento sea efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera

exclusivamente a los miembros de tales organismos y cuando los datos no se comuniquen fuera de ellos;

5. Que el tratamiento se refiera a datos personales que el interesado haya hecho manifiestamente públicos;

6. Que el tratamiento sea necesario por razones de un interés público esencial, el cual debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

7. Que el tratamiento sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; y

8. Que el tratamiento sea necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

De esta forma, las excepciones fundamentalmente se centran en lo que se ha insistido como los dos aspectos básicos para la regulación, por un lado, el consentimiento explícito y específico para el uso, manejo y tratamiento de los datos biométricos y, por el otro, la confidencialidad en el manejo a partir de su utilización única y exclusivamente para los fines que se autorizaron.

Aunado a lo anterior, los Estados miembros de la UE podrán introducir condiciones adicionales o bien limitaciones con respecto al tratamiento de datos genéticos, biométricos o datos relativos a la salud,⁵⁴ por lo que el RGPD considera una protección progresiva para este tipo de datos.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 83 del RGPD prevé significativas multas para aquellos casos en los que se comprueben infracciones a los principios básicos para el tratamiento de los datos considerados dentro de las categorías especiales: 20 millones de euros (un poco más de 480 millones

⁵⁴ Artículo 9, apartado 4.

de pesos mexicanos), tratándose de entidades o la cuantía equivalente al 4% como máximo del volumen de negocio anual global del ejercicio financiero anterior, cuando se trata de una empresa.

Marco jurídico nacional para la protección de datos personales biométricos

Como se ha establecido, actualmente en México no existe una regulación específica para los datos biométricos, pero al ser considerados por la autoridad en materia de transparencia dentro de la categoría de datos personales, se realiza un recorrido por esta normatividad a fin de fundamentar la necesidad de una regulación específica.

Las normas reglamentarias del párrafo segundo del artículo 16 constitucional, referente al derecho a la protección de los datos personales son la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

La primera tiene por objeto establecer las bases, principios y procedimientos para garantizar el derecho que tiene toda persona a la protección de sus datos personales en posesión de sujetos obligados, siendo éstos en el ámbito federal, estatal y municipal: cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos. Mientras que el objeto de la LFPDPPP es la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado.⁵⁵

En ambas leyes se establece un tratamiento especial y diferenciado respecto de los datos sensibles,⁵⁶ entre los que no son enunciados los datos biométricos, en contraste con la tendencia internacional e incluso con diversa legislación local, de la que se dará cuenta más adelante. En tal virtud, resulta relevante la

⁵⁵ Artículos 1 y 6 de la LFPDPPP.

⁵⁶ Artículo 3, fracción X de la LGPDPPSO y artículo 3, fracción VI de la LFPDPPP.

Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos emitida en 2018 por el INAI, la cual, si bien no es vinculante, sin duda es una herramienta de consulta y de referencia para una futura regulación de dichos datos personales.

De acuerdo con el INAI, los datos biométricos pueden ser considerados como datos sensibles bajo ciertas circunstancias. Para ello, se requiere atender las condiciones del caso concreto que permitan analizar si los datos actualizan alguno de los tres supuestos previstos tanto en la Ley General como en la Ley Federal, para considerar un dato sensible: a) Que se refieran a la esfera más íntima de su titular; b) Que su utilización indebida pueda dar origen a discriminación; o c) Que su uso ilegítimo conlleve un grave riesgo para su titular.⁵⁷ Lo señalado en la Guía permite apoyar una de las premisas fundamentales de esta investigación que es la necesidad de categorizar a los datos biométricos de manera diferenciada y específica, ya que, como se estableció en el primer apartado, los datos biométricos no siempre cumplen las características para ser considerados como sensibles, por lo que su regulación deberá considerar tanto a los datos que permiten la identificación directa de una persona y que por tal podrían ser considerados como sensibles; como también aquellos que requieren de un proceso de asociación o interpretación para ser vinculados a la identificación, lo anterior, en virtud de su vinculación con los riesgos que atentan contra los derechos y libertades fundamentales.

Para ilustrar lo anterior, el INAI cita dos ejemplos: el dato biométrico del iris podría considerarse sensible en aquellos casos en los que permita obtener información sobre el estado de salud de su titular; una huella digital será sensible si a través de un uso indebido de la misma se puede tener información privilegiada que pudiera poner en riesgo la seguridad o estabilidad patrimonial de una persona, o su condición jurídica.⁵⁸ En virtud de la analogía propuesta por el INAI que admite que los datos biométricos reciban el tratamiento de datos sensibles, el Instituto considera que deben sujetarse a los mismos principios rectores de la protección de datos personales: licitud, lealtad, información, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, responsabilidad.

⁵⁷ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁸ *Ídem.*

No obstante lo anterior, las propuestas del INAI se acotan a la relación de los datos biométricos con la identificación, y podría estar dejando de lado riesgos adicionales, algunos de los cuales ya se han señalado, como el constante monitoreo de conductas o comportamientos individuales, la falta de transparencia del manejo de los datos al generar patrones de comportamiento, actuación y/o consumo, la limitación a su propagación, conservación y compilación, así como la utilidad que se le dé. Como ejemplo de esto se podría considerar una situación en la que exista un dispositivo para acceder a un establecimiento que requiera la huella digital, en este supuesto no se estaría recabando ningún otro dato personal o sensible; se asume que la huella digital permitirá el acceso a las instalaciones, por lo que este supuesto quedará fuera de la regulación si solo se considerará a los datos biométricos dentro de los datos sensibles, esto deberá ser objeto de una regulación específica pues de este hecho se desprenden muchos riesgos posibles al no saber qué uso se le dará al biométrico obtenido, si se almacena, si se compila información, si es posible intercambiar esta información con otras bases de datos y aumentar el riesgo. En este sentido, la regulación de los datos biométricos deberá ser más amplia y considerar los múltiples factores asociados a su recuperación y uso.

Adicionalmente, los responsables del tratamiento de dichos datos deberán observar también las excepciones establecidas en las leyes. La Ley General dispone como regla general que los datos sensibles no podrán tratarse, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de su titular, o bien, que en su defecto, se trate de los siguientes supuestos:⁵⁹

- Cuando una ley así lo disponga, debiendo dichos supuestos ser acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en la Ley;
- Cuando las transferencias que se realicen entre responsables, sean sobre datos personales que se utilicen para el ejercicio de facultades propias, compatibles o análogas con la finalidad que motivó el tratamiento de los datos personales;

⁵⁹ Artículo 22 de la LGPDPPSO.

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

- Cuando exista una orden judicial, resolución o mandato fundado y motivado de autoridad competente;
- Para el reconocimiento o defensa de derechos del titular ante autoridad competente;
- Cuando los datos personales se requieran para ejercer un derecho o cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable;
- Cuando exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes;
- Cuando los datos personales sean necesarios para efectuar un tratamiento para la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria;
- Cuando los datos personales figuren en fuentes de acceso público;
- Cuando los datos personales se sometan a un procedimiento previo de disociación, o
- Cuando el titular de los datos personales sea una persona reportada como desaparecida en los términos de la ley en la materia;
- Cuando las transferencias que se realicen entre responsables, sean sobre datos personales que se utilicen para el ejercicio de facultades propias, compatibles o análogas con la finalidad que motivó el tratamiento de los datos personales.

Resulta pertinente señalar que, respecto del RGPD de la Unión Europea, se observan algunas diferencias sustantivas relativas a las excepciones en la prohibición del tratamiento de datos personales sensibles o especiales, que podrían resultar perjudiciales para los titulares de los mismos. Una de ellas se refiere a que la LGPDPSO contiene un amplio margen de discrecionalidad para los sujetos obligados, al permitir que *cualquier ley* disponga que éstos no estén obligados a recabar el consentimiento del titular para el tratamiento

de sus datos personales; en el mismo sentido, en la Ley General se estima que, si las transferencias que se realicen entre responsables versan sobre datos personales que se utilicen para el ejercicio de facultades propias, compatibles e incluso análogas con la finalidad que motivó su tratamiento, tampoco se requiere del consentimiento de su titular, supuesto en el que podría incluirse cualquier tipo de facultad que sea ejercida por todo tipo de entes públicos, pues la redacción de la disposición es sumamente amplia.

Ello resulta aún más preocupante cuando se trata de datos personales biométricos, pues al referirse éstos a aquellos aspectos que permiten identificar de manera unívoca a las personas, las excepciones al consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos deben ser mínimas y estar exentas de cualquier interpretación. Ejemplo de ello es la Resolución que modifica las Disposiciones de carácter general aplicables a las instituciones de crédito, en la que las instituciones bancarias y de crédito deberán incorporar a los expedientes las huellas dactilares e identificación facial, para ello bastará con que una institución recabe la información y podrá ser asociada a los diversos expedientes que tenga una persona, sin importar que sea en diferentes instituciones, si bien existe una disposición que norma estas situaciones, ello no considera los múltiples riesgos y no se encuentra sujeto a una disposición general que considere la regulación de los riesgos asociados. Más adelante se profundiza al respecto.

Por su parte, la LFPDPPP señala que, tratándose de los datos sensibles, el responsable deberá obtener el consentimiento expreso y por escrito del titular para su tratamiento, a través de su firma autógrafa, firma electrónica, o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca. Además, prohíbe la creación de bases de datos que contengan este tipo de datos personales, sin que se justifique la creación de las mismas para finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado.⁶⁰ En el caso de la Ley Federal, las excepciones en la obtención del consentimiento son más limitadas respecto de las contenidas en la Ley General anteriormente señaladas:

⁶⁰ Artículo 9 de la LFPDPPP.

Reconocimiento y protección de los datos personales biométricos en México

Hasuba Villa Bedolla

- Que esté previsto en una Ley;
- Que los datos figuren en fuentes de acceso público;
- Que los datos personales se sometan a un procedimiento de disociación;
- Que tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable;
- Que sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento; o
- Que se dicte resolución de autoridad competente.

Por otra parte, es importante subrayar que la falta de regulación expresa de los datos personales biométricos en las leyes de protección de datos personales no ha sido óbice para que éstos sean regulados y tratados tanto por autoridades como por particulares, es el caso del Instituto Nacional Electoral (INE) y de las instituciones financieras.

En el caso del INE, éste cuenta con la *base de datos multibiométrica más grande* del país, la cual contiene la firma, las diez huellas dactilares y los rasgos faciales de cerca de 90 millones de personas que integran el Padrón Electoral,⁶¹ además de otros datos personales.⁶² La Ley General en Materia de Delitos Electorales establece las sanciones que se impondrán a quienes alteren, falsifiquen, destruyan, posean, usen, adquieran, comercialicen, suministren o transmitan de manera ilegal, archivos o datos de cualquier

⁶¹ *Tarjeta Informativa: Sobre el Padrón Electoral y los Datos Biométricos*, Instituto Nacional Electoral, 24 de enero de 2020, disponible en: <https://centralectoral.ine.mx/2020/01/24/tarjeta-informativa-padron-electoral-los-datos-biometricos/>

⁶² De acuerdo con el artículo 140 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electores, el Padrón Electoral contiene, además de la firma, huellas dactilares y fotografía, la siguiente información: apellidos, nombre completo, lugar y fecha de nacimiento; edad y sexo; domicilio actual y tiempo de residencia; y ocupación.

naturaleza relativos al Registro Federal de Electores, Padrón Electoral o Listado de Electores.⁶³

Respecto del uso y almacenamiento de datos biométricos por los particulares, un ejemplo emblemático es el uso de mecanismos para conformar la base de datos de huellas dactilares o de cualquier otro dato biométrico, aprobado desde el año 2017 por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Para ello, las instituciones deberán acreditar que la tecnología utilizada permite confirmar la identidad de la persona física de que se trate ante el INE o ante alguna otra autoridad emisora de identificaciones oficiales y que cuentan con los elementos de seguridad necesarios para el resguardo de la información. Se consideran como factores de autenticación la información del usuario de los servicios financieros que derive de sus propias características físicas, tales como huellas dactilares, geometría de la mano, patrones en iris o retina y reconocimiento facial, entre otras.⁶⁴ A partir de 2020, las instituciones de crédito tienen la obligación de verificar la identidad biométrica de sus clientes, de acuerdo con los requerimientos técnicos para la captura de huellas dactilares e identificación facial que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) emitió.⁶⁵

En el caso de las instituciones bancarias, el fundamento legal para el tratamiento de datos biométricos son las distintas resoluciones que modifican las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito en las que no se establecen limitantes –a diferencia de aquellas que señala la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electores– respecto de los datos biométricos que pueden ser requeridos a los clientes para su identificación.

Otro ejemplo más reciente que constituye un acercamiento a la regulación de los datos biométricos fuera de la legislación en materia de protección

⁶³ Artículo 13, fracción II de la Ley General en Materia de Delitos Electorales.

⁶⁴ Artículo 51 Bis 3 y 310, fracción IV de la *Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de agosto de 2017.

⁶⁵ Artículo Segundo y Anexo 71 de la *Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de agosto de 2018.

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

de datos personales, es la *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Población y se abroga la Ley General de Población, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974*, cuyo dictamen fue aprobado el 3 de diciembre de 2020 por el Pleno de la Cámara de Diputados y remitido a la Cámara de Senadores.

En la iniciativa se aprecia la relevancia que cobra la incorporación de los datos biométricos como mecanismo para la identificación de las personas. Así, se señala que el Registro Nacional de Población es el sistema de información de la Secretaría de Gobernación, que contiene los datos personales relativos a la persona, en el que se incluyen los datos biométricos de los mexicanos y de los extranjeros que se encuentren en México (artículo 47 de la iniciativa). Dicha Secretaría será la encargada de determinar la seguridad de la información y el uso de las tecnologías biométricas necesarias para acreditar fehacientemente la identidad de las personas (artículo 54).

Asimismo, en virtud de la iniciativa en comento, se establece que deberán asociarse a la Clave Única de Registro de Población (CURP) los datos biométricos en los términos que disponga el Reglamento (artículo 61).

Por otra parte, se prevé la creación de una *Cédula Única de Identidad Digital*, la cual deberá contener también *Datos biométricos en términos de lo que disponga para este fin el Reglamento* (artículo 66),⁶⁶ dejando a la persona titular de la Cédula su custodia, conservación y actualización de su contenido, incluidos los datos biométricos.

Es importante señalar que, de manera novedosa, en el proyecto de la nueva Ley General de Población se incorpora el concepto de datos biométricos contemplado en el RGPD, al definirlos como aquellos *datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas o fisiológicas de una persona física que permitan distinguir o confirmar fehacientemente la identidad única de la persona*. Sin embargo, no se establece con precisión los tipos de datos biométricos

⁶⁶ Además, deberá contener la CURP, nombres, apellidos, fecha de nacimiento y entidad federativa de nacimiento.

Q₁₃₂

que podrán ser recabados, dejando su regulación y desarrollo al Reglamento que será emitido con posterioridad, lo que podría impactar en el grado de protección que, por su naturaleza, este tipo de datos debe considerar. Por otra parte, su regulación tampoco se encuentra vinculada con la suficiente y necesaria precisión a la legislación en materia de protección de datos personales, por lo que el tratamiento de los datos biométricos recabados por las dependencias y entidades del Ejecutivo Federal podría no encontrarse necesariamente sujeto a ésta.⁶⁷

Como se observa, a través de ejemplos aislados y en materias diversas, la regulación a nivel federal en materia de datos biométricos es dispersa, consideran diferentes aspectos y algunas fases del tratamiento y manejo de datos personales, pero no se complementan entre sí, lo cual vuelve complicada la defensa de los derechos y libertades que puedan vulnerarse, ya que mientras un instrumento considera algunos aspectos otro instrumento puede no contemplarlos, pero toma en cuenta algunos adicionales, de ahí que sin importar la materia y el ámbito en el que se recaben los datos biométricos deberían ser categorizados y normados a la luz de un instrumento normativo de mayor amplitud y jerarquía que abarque las diversas materias y los distintos tipos de datos biométricos sin importar su finalidad.

Legislación estatal en materia de protección de datos personales biométricos

A diferencia del marco jurídico federal, a nivel estatal las legislaciones locales en materia de protección de datos personales regulan los datos biométricos de manera específica, como se verá a continuación:

⁶⁷ Véase por ejemplo, el artículo 55 que señala: *La Secretaría implementará las acciones necesarias para el manejo, custodia y tratamiento adecuado de la información contenida en el Registro Nacional de Población, mediante mecanismos que eviten e impidan su alteración, eliminación, pérdida, transmisión y acceso no autorizados, a fin de asegurar la integridad, confiabilidad, confidencialidad y disponibilidad de los datos personales conforme a lo dispuesto en la Ley y en estricto y cabal cumplimiento a toda la normativa aplicable en la materia.*

- Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Campeche y sus Municipios

Art. 3.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

VI. Datos personales: La información concerniente a una persona física identificada e identificable, relativa a su origen racial o étnico, o que esté referida a sus características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva o familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, su estado de salud físico o mental, sus preferencias sexuales, **datos biométricos como la huella digital**, datos sobre el DNA de las personas, claves informáticas o cibernéticas, códigos personales encriptados u otros análogos que se encuentren vinculados a su intimidad, entre otros (énfasis añadido).

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Chiapas

Artículo 5.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

X. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos, **datos biométricos** y preferencia sexual (énfasis añadido).

-Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Chihuahua

Artículo 11. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por:

IX. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este.

Q¹³²

De manera enunciativa mas no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico; estado de salud pasado, presente o futuro; **información** genética o **biométrica**; creencias religiosas, filosóficas y morales; opiniones políticas y preferencia sexual (énfasis añadido).

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México

X. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, **información biométrica**, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para el Estado de Guanajuato

Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VIII. Datos personales sensibles: aquellos que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos, **datos biométricos** y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley número 466 de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Guerrero

ARTÍCULO 3. Definiciones. Para los efectos de la presente Ley se entenderá o conceptualizará por:

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

VIII. Datos personales sensibles: Los que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos o **datos biométricos** y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para el Estado de Hidalgo

Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VIII. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos, **datos biométricos** y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Jalisco y sus Municipios

Artículo 3. Ley — Glosario.

1. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

X. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud, información genética, **datos biométricos**, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Nuevo León

Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

XI. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, datos genéticos o **datos biométricos**, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Puebla

ARTÍCULO 5.- Para los efectos de la presente Ley se entiende por:

IX. Datos Personales Sensibles: Aquéllos que se refieren a la esfera más íntima de su Titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa mas no limitativa, los Datos Personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos o **datos biométricos** (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para el Estado de Quintana Roo

Artículo 4. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

XI. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como

origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, **datos biométricos**, preferencia sexual y de género (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados del Estado de San Luis Potosí

ARTÍCULO 3º. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

IX. Datos personales sensibles: aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos o **datos biométricos** (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Sinaloa

Artículo 4. Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

XI. Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información, ya sea numérica, alfabética, gráfica, acústica o de cualquier otro tipo.

De manera enunciativa más no limitativa, se considera que una persona es identificada o identificable en cuanto a sus características físicas y datos generales los siguientes: a) Nombre. b) Edad. c) Sexo. d) Estado Civil. e) Domicilio. f) Escolaridad. g) Nacionalidad. h) Número telefónico particular. i) Correo electrónico no oficial. j) **Huella dactilar**. k) ADN (Código genético). l)

Número de seguridad social o análogo. m) Registro Federal de Contribuyente (énfasis añadido).

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Sonora

ARTÍCULO 3.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VIII. Datos personales sensibles: aquellos que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos, **datos biométricos** y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Tamaulipas

Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VIII. Datos personales sensibles: aquellos que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Se consideran sensibles, de manera enunciativa más no limitativa, los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud pasado, presente o futuro, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas, datos genéticos, **datos biométricos** y preferencia sexual (énfasis añadido);

- Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados del Estado de Zacatecas

Artículo 3

Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VIII. Datos personales. Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información. Con base en lo anterior, los datos personales los podemos clasificar como:

a) Datos personales sensibles: Aquellos que se refieren a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa mas no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual; y

b) Datos personales biométricos: Son aquellos rasgos físicos, biológicos o de comportamiento de un individuo que lo identifican como único del resto de la población: huellas dactilares, geometría de la mano, análisis del iris, análisis de retina, venas del dorso de la mano, rasgos faciales, patrón de voz, firma manuscrita, dinámica de tecleo, cadencia del paso al caminar, análisis gestual y análisis del ADN (énfasis añadido);

Como se observa en la legislación local, en al menos 16 entidades federativas se prevé la protección de los datos biométricos. En la mayoría de los casos, son considerados como datos sensibles, lo cual es acorde con los criterios del INAI a los que se ha hecho referencia antes. Destaca por supuesto, la *Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados del Estado de Zacatecas*, la cual otorga un tratamiento diferenciado a los *datos personales biométricos*, enunciando de manera específica cuáles son éstos, incluyendo en ellos tanto los físicos como los conductuales. Si bien esto representa un avance en la normatividad, vale la pena recordar que los datos que requieren un procesamiento adicional para la identificación de la persona siguen siendo vulnerables al no entrar en la regulación de datos sensibles, adicionalmente, se insiste en que en ningún instrumento se consideran los riesgos asociados, y que no hay estándares o parámetros básicos que permitan homologar criterios de regulación.

Asimismo, se estima relevante hacer mención de la *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se crea la Ley que regula el uso de las cámaras de videovigilancia (sic) y video inteligencia para la seguridad pública del Estado de Coahuila de Zaragoza*.⁶⁸

Si bien el Estado de Coahuila no regula los datos biométricos en sus disposiciones de protección de datos personales, con esta iniciativa se pretende establecer las bases de coordinación y operación de un sistema de video vigilancia y video inteligencia para coadyuvar en la *búsqueda y localización de personas ausentes y/o desaparecidas, instrumentos como la Alerta Amber y Protocolo Alba en beneficio de Niñas, Niños y Adolescentes, la identificación de vehículos robados y la localización de aquellas personas con mandamientos judiciales y/o ministeriales pendientes de cumplimiento*.

Es importante señalar que, a través del articulado de la iniciativa en comento, se proponen diversas medidas para regular el tratamiento de la información derivada de la utilización de sistemas de identificación biométrica facial, sin embargo, a la luz de los riesgos que puede entrañar para sus titulares el uso indebido de éstos, así como su vinculación con otros derechos fundamentales, las disposiciones contempladas podrían resultar insuficientes y en algunos casos incluso ambiguas.⁶⁹

Con el recorrido por las legislaciones estatales, se da cuenta de los diversos matices con los que puede abordarse la protección de datos biométricos a nivel federal, los cuales son muy amplios y abarcan desde aspectos como la vigilancia y la seguridad hasta la privacidad y la identificación, de ello puede desprenderse que sin importar la materia para la que sea recabada la información biométrica se deberán ir esbozando aspectos básicos que regulen

⁶⁸ La iniciativa está disponible en: <https://beta.documentcloud.org/documents/20403510-ley>

⁶⁹ Por ejemplo, el artículo 45 de la iniciativa establece las causales de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley, entre éstas: comercializar u obtener algún beneficio del tratamiento de los datos personales, como su uso, transmisión, transferencia, divulgación, difusión, publicación, ocultamiento, alteración, mutilación, distorsión o destrucción que se encuentren bajo su custodia o a los cuales tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión; usar, sustraer, divulgar, ocultar, alterar, mutilar, destruir o inutilizar, total o parcialmente y de manera indebida datos personales, que se encuentren bajo su custodia. Sin embargo, la iniciativa es omisa respecto de las sanciones que deberán imponerse.

su recuperación, registro, almacenamiento, procesamiento, intercambio, consentimiento, así como las posibles sanciones ante su vulneración.

V. Elementos para el reconocimiento en la legislación mexicana de los datos personales biométricos

Pese a que, como ha quedado asentado, de manera cada vez más generalizada se utilizan datos biométricos para la identificación y autenticación de las personas, su regulación aún no ha sido suficientemente discutida y su tratamiento por simple analogía como datos sensibles puede resultar insuficiente para protegerlos frente al vertiginoso avance de la tecnología, pues su uso los ha convertido en una llave que abre innumerables accesos de la vida de las personas, que por tanto requiere de una protección reforzada, la cual no será posible en tanto los datos biométricos no hayan alcanzado un reconocimiento legal.

Hoy en día los datos biométricos están asociados a conceptos como plataformas digitales, *big data* o el internet de las cosas, o bien a innumerables dispositivos que recuperan esta información, por lo que la legislación debe ser precisa en el objetivo y la competencia que pretende abarcar, teniendo claridad en los diferentes tipos de datos biométricos, el proceso para su tratamiento, manejo y su alcance.

En este sentido, la incorporación futura de los datos personales biométricos en la legislación general y federal de protección de datos personales, podría considerar algunos aspectos que, en la experiencia internacional, han resultado efectivos para el ejercicio de la protección de los datos personales. Entre estos aspectos se estiman relevantes los siguientes:

- a)** La incorporación de los datos personales biométricos como una categoría de los datos sensibles podría ser pertinente, ya que los datos biométricos efectivamente se refieren a la esfera más íntima de su titular. Sin embargo,

Q₁₃₂

deberá incluirse una definición precisa, que propicie la distinción clara entre los datos personales biométricos de los que no lo son.⁷⁰

b) Es pertinente que las excepciones para la obtención del consentimiento expreso del titular de los datos biométricos sean más limitadas que las que se requieren para el tratamiento de los datos personales en general, pues a diferencia de éstos, se trata de características unívocas, por lo que en la legislación deberán determinarse límites precisos a las facultades discrecionales otorgadas a los sujetos obligados y a los particulares. Dichas limitaciones deberán incluir controles tecnológicos que se establezcan desde el proceso de recuperación de los datos biométricos.

Al respecto, debe hacerse énfasis en que aun cuando sea el Estado el responsable del tratamiento de datos personales biométricos, su actuación deberá en cada caso fundarse y motivarse.

c) La regulación del tratamiento de los datos personales biométricos deberá también precisar aquellos supuestos en los que éstos puedan ser utilizados en actividades de vigilancia, en donde se justifique su uso para prevenir o investigar delitos o amenazas más graves; se limite la vigilancia al mínimo estrictamente necesario; se establezcan las características de utilización y almacenamiento de los datos obtenidos y las circunstancias en los que éstos deberán eliminarse. Asimismo, deberá prever que los órganos de supervisión sean independientes de las autoridades que llevan a cabo la vigilancia.⁷¹

d) La recopilación de datos biométricos debe sujetarse en todo momento a los principios de necesidad y proporcionalidad. Es decir, sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos que resulten adecuados, relevantes y

⁷⁰ Puede tomarse como referencia el contenido en el artículo 4 del RGPD: “*datos biométricos*”: *datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona.*

⁷¹ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a la privacidad en la era digital*, agosto de 2018, pp. 38 y 39.

estrictamente necesarios para la finalidad que justifique su tratamiento.⁷² De manera concreta deberá establecerse si el beneficio que se obtendrá mediante su recuperación será mayor al riesgo o a las posibles afectaciones, también será importante definir que la identificación por datos biométricos tendrá que explorar alternativas para los fines que se pretendan, es decir, antes que el uso de estos datos deberán anteponerse otras posibilidades.

e) El tratamiento indebido de los datos personales biométricos deberá acompañarse de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.⁷³ Es importante señalar que dichas sanciones deberán distinguirse significativamente de aquellas que se imponen por el tratamiento indebido de datos personales, pues la recuperación de los datos biométricos es prácticamente imposible y las consecuencias para su titular de la pérdida de control de éstos, puede incluir la vulneración de diversos derechos fundamentales que van más allá del derecho a la protección de datos personales.

f) El reconocimiento de los datos personales biométricos en la legislación deberá garantizar a sus titulares el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

g) La legislación deberá considerar todo el proceso de manejo y tratamiento de datos biométricos, desde la recuperación hasta el uso que se les dé, también deberá tomar en cuenta la finalidad para la que se recuperan los datos, deberá considerar la posesión y salvaguarda de esta información en cualquier medio que se conserve y se recupere, así como la posibilidad, cuando sea procedente, de la destrucción de la información sin perjudicar la integridad de las personas.

h) Deberá considerarse la regulación del uso de datos biométricos asociados a las plataformas digitales, fundamentalmente de los sistemas biométricos dinámicos en relación con el uso de *big data* y su vinculación

72 Artículo 25 de la LGPDPPSO.

73 Artículo 83 del RGPD.

Q¹³²

con la analítica predictiva, garantizando que los datos biométricos no se empleen para la generación de este tipo de bases de datos ni para generar valor a partir de su análisis, es decir, se deberá cuidar la captura de datos, almacenamiento, búsqueda, diseminación y análisis para evitar incidencia en comportamientos o preferencias, monetizando la información.⁷⁴

i) También la legislación deberá contemplar controles de confidencialidad en el tratamiento y manejo de datos biométricos con la finalidad de que su diseminación y vinculación con otras bases de datos no vulnere derechos ni libertades.

La homologación en el tratamiento de los datos personales biométricos que derivaría de su regulación en la ley, además de otorgar mayor certeza jurídica a sus titulares quienes podrían tener el control de su información personal, podría desincentivar el uso de sistemas biométricos, cuando éste no se encuentre plenamente justificado o no corresponda a los principios de proporcionalidad y necesidad a los que se ha hecho referencia.

VI. Conclusiones

Primera. La legislación nacional de protección de datos personales contiene una categoría especial denominada *datos sensibles*, que se distingue del resto de los datos personales porque éstos se refieren a la esfera más íntima de su titular; su utilización indebida puede dar origen a discriminación; o bien, conllevar un riesgo grave para éste. Entre estos datos se encuentran aquellos que pueden revelar aspectos relacionados con el estado de salud, la información genética y/o preferencias sexuales.

Aunque no se enuncian explícitamente en la legislación en materia de protección de datos personales, el INAI considera que dentro de la categoría

⁷⁴ Sobre la monetización de la información, véase el *Estudio sobre el valor económico de los datos personales* de la Secretaría de Economía, disponible en: https://clustertic.org/wp-content/uploads/2016/06/valor_eco_Datospersonales_FINAL.pdf

de datos sensibles se encuentran los datos biométricos, cuando éstos cumplen con las características arriba enunciadas. Sin embargo, no debe pasarse por alto que, a su vez, este tipo de datos revisten particularidades concretas, que los distinguen claramente de los datos sensibles. Entre dichas peculiaridades se encuentran, por ejemplo, que no pueden ser obtenidos si no es a través de un tratamiento técnico específico; se refieren a características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona, lo cual permite su identificación unívoca; y la imposibilidad de su modificación una vez que han sido utilizados indebidamente. Los datos biométricos son universales, únicos y permanentes.

No obstante, es importante hacer hincapié en que no todos los datos biométricos constituyen *per se* datos personales, pues para que sean considerados como tales es necesario que éstos permitan identificar de forma inequívoca a su titular lo cual requiere a su vez su registro en un sistema biométrico. Es decir, un dato biométrico aislado, por ejemplo, la muestra de una huella digital, no es un dato personal en sí mismo, pues no puede ser vinculada a una persona si ésta no es registrada previamente en un sistema biométrico.

En este sentido, se estima que una protección integral de los datos personales deberá considerar también la protección de los datos personales biométricos, cuando éstos revisten las características antes enunciadas.

Segunda. El uso de datos biométricos representa diversas ventajas frente a otros sistemas de identificación y verificación comúnmente empleados, entre éstas, que este tipo de datos permiten prescindir de las contraseñas o de otros dispositivos, pues se encuentran vinculados a un solo individuo; los datos biométricos son inmutables, sin importar el lugar en el que se encuentre su titular; asimismo, no pueden delegarse, perderse, olvidarse o copiarse con facilidad.

En contraste con lo anterior, el tratamiento inadecuado de los datos biométricos conlleva riesgos potenciales para sus titulares, entre éstos el robo de información, la suplantación de identidad, el error en la identificación de las personas y la afectación de derechos fundamentales, como el derecho a la no discriminación, a la intimidad, la libertad de expresión, asociación

y circulación, pues los sistemas biométricos pueden ser utilizados por los Estados en actividades de vigilancia para identificar a las personas.

Tercera. Si bien el reconocimiento y protección de los datos biométricos se puede considerar aún incipiente en la mayoría de los países, incluido México, en la Unión Europea se han dado avances significativos, particularmente con la emisión del Reglamento General de Protección de Datos, siendo este un referente internacional en la materia, pues en él se establecen medidas de protección reforzada para el tratamiento de los datos biométricos, así como las excepciones puntuales a la prohibición en su tratamiento, las cuales se centran en dos aspectos que se estiman fundamentales para ser considerados en una posterior regulación: la necesidad de que se cuente con el consentimiento explícito y específico por parte de su titular, para el uso, manejo y tratamiento de los datos biométricos y la confidencialidad en el manejo a partir de su utilización única y exclusivamente para los fines que se autorizaron.

Por lo que hace al ámbito nacional, en las normas reglamentarias del párrafo segundo del artículo 16 constitucional, referente al derecho a la protección de los datos personales, es decir, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, no se regula la protección de los datos biométricos, lo cual no ha sido óbice para que éstos sean regulados y tratados tanto por autoridades como por particulares. Así, el INE cuenta con una base de datos que contiene tres tipos de datos biométricos de noventa millones de personas: la firma, las huellas dactilares y los rasgos faciales. Por su parte, las instituciones bancarias están obligadas a verificar la identidad biométrica de los usuarios de los servicios financieros, a través de las huellas dactilares e identificación facial.

Estos ejemplos nos permiten observar que, por lo menos a nivel federal, la regulación en materia de datos biométricos es dispersa y considera diferentes aspectos en el tratamiento y manejo de datos personales, lo cual puede ser en perjuicio de las personas cuyos derechos pueden verse vulnerados por un tratamiento inadecuado de éstos.

Aunado a lo anterior, a nivel estatal, 16 entidades federativas prevén la protección de los datos biométricos, en la mayoría de los casos, como datos sensibles. Sin embargo, al no considerarse su regulación en el marco de la legislación general, ésta no se encuentra homologada o estandarizada, por lo que el nivel de protección puede variar en cada caso.

Lo anterior resulta importante, ya que si bien en la actualidad existen una serie de disposiciones aisladas sobre los datos biométricos que pueden considerarse como los cimientos de la legislación en la materia, aún falta construir el entramado jurídico que permita dotar de certeza a los ciudadanos respecto del tratamiento de sus propios datos.

Cuarta. La incorporación de los datos biométricos en la legislación de protección de datos personales podría considerar algunos aspectos que en otras latitudes han resultado efectivos para tales fines, entre éstos, que haya una distinción y, por lo tanto, una definición precisa entre los datos personales biométricos y los datos personales en términos generales; es pertinente, asimismo, que las excepciones para la obtención del consentimiento expreso del titular de los datos biométricos sean más limitadas que aquellas que se requieren para los datos personales y se encuentren explícitamente señaladas; asimismo, en la legislación en la materia deberán precisarse y justificarse los supuestos en los que los datos biométricos pueden ser utilizados para labores de vigilancia o bien para la prevención e investigación de delitos; además, la recopilación de datos biométricos deberá sujetarse en todo momento a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por otra parte, es pertinente que también en la legislación en la materia se incluyan sanciones efectivas y diferenciadas derivadas del tratamiento indebido de datos personales biométricos, atendiendo a la imposibilidad de su recuperación y a las consecuencias, para su titular, de la pérdida de control de éstos, que puede incluir la vulneración de diversos derechos fundamentales.

Quinta. Como puede advertirse, a la par del vertiginoso descubrimiento e incorporación de nuevas tecnologías en la vida de las personas, el control sobre su información personal e íntima se diluye y es cedida a terceros para

Q₁₃₂

diversos fines, con lo que en los hechos se permite la injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada. De ahí que entre los retos que supone una regulación pertinente para el tratamiento de los datos personales biométricos se encuentre la restricción a las facultades discrecionales otorgadas a los sujetos obligados y a los particulares en la obtención del consentimiento de los titulares; así como la delimitación de las actividades en las que el uso de sistemas biométricos se encuentre plenamente justificado.

Sexta. Finalmente, en el desarrollo legislativo de instrumentos normativos para la regulación y protección de los datos biométricos, será importante considerar la superioridad en la protección de los derechos de los ciudadanos respecto de la utilización de datos biométricos, por lo que deberá reflexionarse ampliamente sobre el uso de los mismos considerando como posibles riesgos el control parcial o total sobre los individuos, lo cual lleva a plantear interrogantes sobre el poder, el control y el papel del Estado y de los particulares con acceso a datos biométricos en la vida de los individuos. Con lo que el debate deberá arrojar conclusiones relevantes sobre la incidencia de la normatividad en materia de datos biométricos en la dimensión pública y privada que envuelven de una forma determinante al individuo. Lo anterior podrá tomar como referencia algunas experiencias internacionales y las legislaciones surgidas a nivel local, a fin de asegurar que en cualquier disposición jurídica en la materia se privilegie la protección de los derechos de los ciudadanos sobre cualquier otro interés que pueda tener el uso, manejo y resguardo de los datos de esta naturaleza.

VII. Bibliografía

AREITIO BERTOLÍN, Javier y AREITIO BERTOLÍN, Teresa, *Análisis en torno a la tecnología biométrica para los sistemas electrónicos de identificación y autenticación*, en Revista española de electrónica, núm. 630, mayo de 2007.

DÍAZ RODRÍGUEZ, Vanessa, *Sistemas biométricos en materia criminal: un estudio comparado*, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año VII, núm. 31, enero-junio de 2013.

GARRIDO IGLESIAS, Romina, *et. al.*, *La biometría en Chile y sus riesgos*, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, vol. 6, núm. 1, 2017.

GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *et. al.* *Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales*, Revista Derecho y Tecnología núm. 12/2011, 2011.

Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a la privacidad en la era digital*, agosto de 2018.

ONU-Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin, A/HRC/13/37, 28 de diciembre 2009.

ROMERO CERDÁN, Tábata Andrea, *La autenticación y verificación de la identidad a través de información biométrica como paradigma del tratamiento de datos personales en México*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Nueva Época, núm. 10, enero-junio 2019.

Otras fuentes

Asociación por los Derechos Civiles, *La identidad que no podemos cambiar. Cómo la biometría afecta nuestros derechos humanos*, Argentina, 2017, disponible en: <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/027-A-la-identidad-que-no-podemos-cambiar-04-2017.pdf>

Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Si nos conocemos más, nos cuidamos mejor*. Informe sobre políticas de biometría en la Argentina, mayo de 2015.

CENTENERA, Mar, “Human Rights Watch denuncia que Argentina publica en línea información de menores acusados de delito”, en *El País*, 9 de octubre de 2020.

DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Novena Época, Segunda Instancia, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaeta, Tomo XXVII, mayo de 2008, Tesis: 2a. LXIII/2008.

Dictamen de la Comisión de Gobernación y Población a la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Población y se abroga la Ley General de Población, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores, Europa; de Relaciones Exteriores; y de Anticorrupción y Participación Ciudadana, con Proyecto de Decreto por el que se aprueba la Adhesión de México al Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y a su Protocolo Adicional relativo a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos Personales, hechos el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y uno y el ocho de noviembre de dos mil uno, respectivamente.

Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, adoptado el 20 de junio, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf

Documento de trabajo sobre biometría, aprobado el 1 de agosto de 2003, disponible en: https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp80_es.pdf

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*, España, 2016.

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos*, México, marzo de 2018.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTITUYE UN DERECHO VINCULADO CON LA SALVAGUARDA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES AL SER HUMANO, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 79, septiembre de 2019, Tomo III, tesis: I.10o.A.5 CS (10a.)

Tarjeta Informativa: Sobre el Padrón Electoral y los Datos Biométricos, Instituto Nacional Electoral, 24 de enero de 2020.

Referencias normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Q¹³²

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

Ley General en Materia de Delitos Electorales.

Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Campeche y sus Municipios

Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Chihuahua

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Chiapas

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para el Estado de Guanajuato

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para el Estado de Hidalgo

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Jalisco y sus Municipios

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Nuevo León

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Puebla

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Sinaloa

**Reconocimiento y protección de los datos
personales biométricos en México**

Hasuba Villa Bedolla

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Sonora

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para el Estado de Quintana Roo

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados del Estado de San Luis Potosí

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Tamaulipas

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados del Estado de Zacatecas

Ley número 466 de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de Guerrero

Acuerdo mediante el cual se aprueban las disposiciones administrativas de carácter general para la elaboración, presentación y valoración de evaluaciones de impacto en la protección de datos personales, Diario Oficial de la Federación de 23 de enero de 2018.

Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE

Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de agosto de 2017

Q₁₃₂

Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de agosto de 2018

Q uórum 132 Legislativo

I. Introducción

Desde una perspectiva histórica sobre la justicia juvenil, el sociólogo americano Steven M. Cox y otros mencionan que la distinción entre jóvenes y ofensores adultos coincide con los comienzos de la historia registrada o escrita, ya que hace unos 4 000 años el Código de Hammurabi (2 270 a. C.) se refirió a los desertores o fugitivos como niños que repudiaron y maldijeron a sus padres; y aproximadamente hace 2 000 años el derecho civil romano, y más tarde el derecho canónico, distinguieron entre jóvenes y adultos con base en la noción de la edad de responsabilidad. En el antiguo derecho judío, el Talmud especificó las condiciones bajo las cuales la inmadurez era considerada en la imposición de la pena; no había pena corporal previa a la pubertad, la cual fue establecida para las mujeres de 12 años de edad y para los hombres de 13 años de edad; y la pena capital no era impuesta para aquellos que tenían menos de los 20 años de edad. Similar indulgencia fue encontrada entre los musulmanes, para quienes los niños por debajo de los 17 años de edad eran típicamente exentos de la pena de muerte.¹

Las XII Tablas dispusieron que los niños eran responsables criminalmente por violaciones del derecho, y que serían tratados con el sistema de justicia criminal. Las penas para algunos ofensores, sin embargo, eran menos severas para los niños que para los adultos; por ejemplo, el robo de cosecha por la noche era una ofensa sancionada con pena capital para los adultos, mientras que los ofensores por debajo de la edad de la pubertad eran sancionados con la flagelación o azotes.² Esta distinción histórica entre joven y adulto es significativa, porque marcó la pauta en el mundo para el diseño de políticas criminales en cada país que les permitió la creación de leyes, instituciones y organizaciones, es decir, sistemas administrativos y penales.

1 COX, Steven M., et al., *Juvenile Justice: A Guide to Theory, Police, and Practice*, Ninth Edition, United States of America, SAGE, 2018, pp. 3-4.

2 *Ibidem*, p. 4.

Por lo que respecta a México, adquiere relevancia para el presente estudio la política criminal que ha adoptado para jóvenes y adultos; en razón de ello, se expone en el apartado II de este trabajo la política criminal en México para la edad penal y para los menores de ella. Nuestro país es miembro de la Organización de las Naciones Unidas y del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos; por ende, está comprometido a cumplir los compromisos que adquirió con esa organización y sistema, además de los adoptados en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. De ahí que el marco jurídico mexicano tiene una fuente internacional que aborda la justicia juvenil y, en mérito de ello, en el apartado III de este estudio se analiza el marco jurídico internacional y nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes.

Por la trascendencia de la interpretación y aplicación de dicho marco jurídico en nuestro país, se expone en el apartado IV la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre los principios rectores del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Y dado que la privación de la libertad de los adolescentes es una medida excepcional, es importante destacar las medidas alternativas previstas en fuentes internacionales y nacionales, lo cual se realiza en el apartado V.

En el contexto de los apartados anteriores, en la VI sección se describen las iniciativas presentadas en la LXIV Legislatura hasta el segundo trimestre de 2020 en que se realizó este trabajo, por algunas diputadas y un senador del Grupo Parlamentario de Morena en el Congreso de la Unión, a efecto de plasmar sus intereses o inquietudes en torno al tema de justicia que nos ocupa, en virtud de que son la primera fuerza política del país y una mayoría para el gobierno que no se había dado desde 1997, pero además de izquierda.

Asimismo, con el propósito de observar la justicia juvenil en otras latitudes, realizamos una mirada a la *Juvenile Justice of the United States of America* que se expone en el VII apartado. Todo el anterior desarrollo nos permitió emitir en el apartado VIII nuestras conclusiones respecto a los intereses, inquietudes o posicionamientos de los mencionados legisladores del Grupo

Sistema de justicia penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

Oscar Uribe Benítez

Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura. Finalmente, en el apartado IX se señalan las fuentes de información consultadas.

II. La política criminal para la edad penal y para los menores de ella

La política criminal en México con respecto a la edad penal y para los menores de ella involucrados en la actividad de lesionar bienes jurídicos protegidos penalmente, ha sido diversa en cada siglo, desde su independencia hasta la época actual.

A. Siglo XIX: edad penal de 14 años

El *Código Penal para el Distrito federal y territorio de la Baja-California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación* [sic] de 7 de diciembre de 1871, en su Libro Primero, Título Segundo, Capítulo II, relativo a las *Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal*, en su artículo 34 contempló en la 5ª: *Ser menor de nueve años*; y en la 6ª: *Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito*, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.³

De las anteriores circunstancias se advierte con claridad que para ser responsable criminalmente **la edad penal era de 14 años**, la cual también podía alcanzar a los mayores de nueve y menores de 14 años de edad, si se probare que el acusado obró con discernimiento para conocer la ilicitud de la infracción; de lo contrario, los menores de 14 años de edad, incluyendo a los menores de nueve años de edad, eran excluidos de responsabilidad penal. Dicho Código Penal, en su artículo 157, fracciones I y II, previó la reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional para los menores

3 DUBLÁN, Manuel, y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Tomo XI, México, 1879, p. 601. Edición digitalizada, 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, El Colegio de México y Escuela Libre de Derecho.

Q¹³²

de nueve años, cuando se creyera necesaria; y para los menores de 14 y mayores de nueve años de edad. El término de duración de la reclusión era fijado por el juez, procurando que fuera el necesario para que el acusado concluyera su educación primaria, pero sin que excediera de seis años, como lo dispuso el artículo 159.⁴

B. Siglo XX: la edad penal transitó de los 15 a los 16 y después a los 18 años de edad

La Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal de 21 de junio de 1928, en su artículo 1 dispuso que *En el Distrito Federal los menores de quince años de edad no contraen responsabilidad criminal por las infracciones de las leyes penales que cometan; por tanto, no podrán ser perseguidos criminalmente ni sometidos a proceso ante las autoridades judiciales;...*⁵. Su artículo 2 ordenó que los mayores de 15 años serían sometidos a las disposiciones de las leyes penales si intervinieran en la comisión de las infracciones a que se refiere esta ley. El artículo 6 estableció un Tribunal para Menores, dependiente del Gobierno del Distrito Federal, facultado para adoptar medidas de carácter médico, de amonestación, de vigilancia, de guarda, de educación, de educación correccional, de corrección o de reforma, según su artículo 17.⁶

Además de la Ley anterior, se aprobó el Reglamento del Tribunal para Menores del Distrito Federal de 22 de noviembre de 1928, en cuyo artículo 11, fracción I, se otorgó competencia al Tribunal sobre *los actos y omisiones atribuidos a los menores de quince años que las Leyes Penales, Reglamentos de Policía, Circulares y demás disposiciones gubernativas califiquen como delitos o como faltas.*⁷ De manera que tanto en la Ley como en el Reglamento,

⁴ *Ibidem*, p. 617.

⁵ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, [3 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=197100&pagina=7&seccion=1

⁶ Ídem.

⁷ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 22 de noviembre de 1928, [3 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4615853&fecha=22/11/1928&cod_diario=198360

la edad penal era de 15 años, por lo que a los menores de ella se les estableció un régimen diferente: tribunal para menores y un conjunto de medidas.

El Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios de 7 de octubre de 1929, en su artículo 59 estableció la competencia del Tribunal para Menores Delinquentes relativa a conocer de todos los delitos y faltas cometidas por los menores de dieciséis años.⁸ Asimismo, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 15 de diciembre de 1929, consideró los **dieciséis años como la mayoría de edad penal**; a los menores responsables les fijó sanciones especiales: arrestos escolares, libertad vigilada, reclusión en colonia agrícola y en navío-escuela (artículo 71), además de la amonestación pública, pérdida de los instrumentos del delito, publicación especial de sentencia, caución, vigilancia de la policía, suspensión e inhabilitación de derechos; suspensión e inhabilitación de empleo o profesión, prohibición de ir a determinado lugar, extrañamiento y apercibimiento (artículos 69 y 73). Las sanciones tendrían la duración que correspondiera a los delinquentes mayores (artículo 81).⁹

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de 14 de agosto de 1931, en su Libro Primero, Título Sexto de los Menores, artículo 119, dispuso que: *Los menores de dieciocho años que cometan infracciones de las leyes penales, serán internados con fines educativos, sin que nunca pueda ser menor la reclusión de las que les hubiera correspondido como sanción si fueren mayores.*¹⁰

De la anterior disposición se desprende que los **dieciocho años de edad es la edad penal**. Las medidas aplicables a los menores de esa edad eran el apercibimiento e internamiento en la forma de reclusión a domicilio; reclusión escolar; reclusión en un lugar honrado, patronato o instituciones similares;

⁸ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 7 de octubre de 1929, [3 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=187002&pagina=17&seccion=3

⁹ CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 13ª edición, México, Porrúa, 1980, p. 846.

¹⁰ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Código Penal Federal publicación original, [4 de abril de 2020], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf

reclusión en establecimiento médico; reclusión en establecimiento especial de educación técnica, y reclusión en establecimiento de educación correccional, como lo establecieron las fracciones de la I a la VI, respectivamente, del artículo 120 del precitado Código Penal de 1931.¹¹

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios de 29 de agosto de 1931, en su artículo 395 dispuso que *Cuando un menor de dieciocho años cometa una infracción, será entregado al Tribunal para Menores, el que decidirá si ha lugar a aplicarle una medida tutelar y la clase de ésta [...]*. El artículo 394 remitía a las medidas señaladas en el artículo 120 del Código Penal;¹² mientras que el Reglamento para los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares de 22 de enero de 1934, dispuso en su artículo 2 que los Tribunales de Menores de la Ciudad de México tienen la competencia que se señala en el Código de Procedimientos Penales.¹³

La Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales de 26 de junio de 1941, en su artículo 1 dispuso que *Corresponde a los Tribunales para menores conocer de todos los casos que señale el Código Penal respecto a menores. Cuando en la realización de un delito intervengan conjuntamente mayores y menores de edad, los tribunales ordinarios no podrán, en ningún caso, ni por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre el menor.*

En su artículo 71 se facultó al Tribunal de Menores para entregar al menor a un establecimiento de educación o a una familia de confianza donde pudiera educársele y ser vigilado por la persona que designara el Departamento de Prevención Social, cuando se encontrara moralmente abandonado, pervertido o en peligro de serlo y fuera menor de doce años. O bien, dejarlo con su familia, pero vigilando su educación.

11 *Ídem.*

12 Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 29 de agosto de 1931, [5 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=193397&pagina=18&seccion=2

13 Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 22 de enero de 1934, [5 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=191217&pagina=1&seccion=0

En el artículo 73 se dispuso que si el mayor de doce años, pero menor de dieciocho, se encontrara en los supuestos que señala el artículo 71, el Tribunal ordenaría su envío a una Casa de Corrección, en donde permanecería el tiempo necesario para su educación. El artículo 80 dispuso que el Tribunal sólo podría fijar en sus resoluciones las medidas señaladas en el artículo 120 del Código Penal y las que en esta Ley se determinan.¹⁴ Medidas que señalamos en el párrafo que antecede.

C. Siglo XXI: edad penal de 18 años. Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 12 de diciembre de 2005, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reformó en su artículo 18, párrafo cuarto, y se le adicionaron los párrafos quinto y sexto. Este mismo artículo constitucional fue reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008; sin embargo, los párrafos cuarto, quinto y sexto quedaron intactos.¹⁵ Lo mismo aconteció con su reforma publicada en el mencionado órgano informativo de 10 de junio de 2011, no así con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 2 de julio de 2015. Asimismo, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 20 de enero de 2016, se reformó nuevamente. Para tener una visión clara de las mencionadas reformas, se transcriben en las siguientes columnas.

Reformas al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia penal para adolescentes		
Reforma de 12/12/2005	Reforma de 2/7/2015	Reforma de 20/1/2016
<p><i>Artículo 18.</i> <i>La Federación, los Estados y el Distrito Federal esta-</i></p>	<p><i>Artículo 18. ...</i> <i>La Federación y las entida-</i> <i>des federativas establece</i></p>	<p><i>Artículo 18. ...</i> <i>La Federación y las entidades</i> <i>federativas establecerán, en el</i></p>

¹⁴ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 26 de junio de 1941, [9 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=187778&pagina=8&seccion=1

¹⁵ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, [12 de abril de 2020, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=213419&pagina=5&seccion=1

<p>blecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.</p> <p>La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación,</p>	<p>rán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.</p>	<p>ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.¹⁶</p>
---	--	--

16 Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 29 de enero de 2016, [15 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5424043&fecha=29/01/2016

<p><i>protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.</i></p> <p><i>Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.¹⁷</i></p>	<p><i>Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.¹⁸</i></p>	
--	--	--

¹⁷ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, [9 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=2101661&fecha=12/12/2005&cod_diario=151691

¹⁸ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de 2 de julio de 2015, [14 de abril de 2020], disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399103&fecha=02/07/2015

Q¹³²

En el anterior cuadro comparativo, se observa respecto del párrafo cuarto que los cambios realizados con la reforma de 2 de julio de 2015 consistieron en cambiar las expresiones siguientes:

- Estados y el Distrito Federal, por la de *entidades federativas*.
- ... quienes, *por adolescentes*.
- ... realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, por la *comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito*.
- Individuo, por *persona*.
- Hayan realizado, por *a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho...*
- ... serán sujetos a rehabilitación y asistencia social, por *podrán ser sujetos de asistencia social*.

En términos generales, las modificaciones estribaron en la actualización y corrección de las anteriores expresiones; se incluyó la institución de la participación y se suprimió la rehabilitación para los menores de 12 años a quienes se les atribuya que hayan cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, para efecto de que solamente puedan ser sujetos a asistencia social. Respecto del párrafo quinto, no ha habido cambio alguno; y con relación al párrafo sexto, hubo los siguientes cambios:

- Procedimientos, por *proceso en materia de justicia ...*
- Se consideraron las características del proceso: *acusatorio y oral ...*
- Conducta, por *hecho ...*
- Se incorporó la *reinserción...*

- Se incluyó la institución de la *participación*.

Los cambios anteriores consistieron en corregir la expresión; plasmar los principios del proceso que se aplican al proceso penal para los adultos; alinear los fines de las medidas consistentes en la reinserción, con el fin de la pena previsto en el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a la reinserción social. Asimismo, en el Diario Oficial de la Federación de 5 de febrero de 2017 fue publicado el Decreto de reforma del artículo 73, fracción XXI, inciso c), que facultó al Congreso de la Unión para expedir la Ley única de justicia para adolescentes, en los términos siguientes:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I a XX. ...

XXI. Para expedir:

a) y b) ...

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

...

...

*XXII. a XXX. ...*¹⁹

¹⁹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Reformas constitucionales por artículo, [20 de abril de 2020], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

III. Marco jurídico de fuente internacional y nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes

A. Fuente internacional

1. Convención sobre los Derechos del Niño. En vigor en México el 21 de octubre de 1990.²⁰ A continuación se señala lo más relevante de este instrumento internacional, que tiene implicación en el sistema integral de justicia para adolescentes de nuestro país.

- **Definición de niño.** Artículo 1: *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*
- **Interés superior del niño.** El artículo 3, numeral 1, consagra este principio de la forma siguiente: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a [sic] que se atenderá será el interés superior del niño.*
- **Derechos del niño en un sistema de justicia repressivo.** El artículo 37 establece que los *Estados Partes velarán porque:*
 - a) *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*

²⁰ Secretaría de Relaciones Exteriores, [24 de abril de 2020], disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONV.%20DERECHOS%20DEL%20NINO.pdf>

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

- **Los Estados determinarán la edad mínima no penal y ciertas medidas.** El artículo 40, numerales 3 y 4, contemplan esta facultad en el tenor siguiente:

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

*4. Se dispondrá de **diversas medidas**, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

2. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).²¹ Reglas aprobadas por resolución número 40/33 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1985, de las cuales pondremos de relieve las siguientes.

- **Definición de menor, delito y menor delincuente.** La Regla 2.2 contiene las definiciones de menor, delito y menor delincuente:

2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;

b) Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y

²¹ Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, 2016, pp. 127-150.

c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

➤ **El comentario vertido por Naciones Unidas a esta regla es el siguiente:**

*La regla 2.2 define “menor” y “delito” como componentes del concepto de “menor delincuente”, que es el objeto principal de las presentes Reglas mínimas (no obstante, véanse también las reglas 3 y 4). Cabe señalar que **las reglas disponen expresamente que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos**, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. **Ello significa que la noción de “menor” se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más.** Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas.*

- **Extensión de las reglas a delincuentes adultos jóvenes.** La Regla 3.3 pretende que las reglas se extiendan a los delincuentes adultos jóvenes de la siguiente manera: *Se procurará asimismo extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes.*

➤ **El comentario de Naciones Unidas al respecto es:** *El procesamiento de los delincuentes adultos jóvenes, aunque en este caso la aplicación de las Reglas dependerá de las disposiciones pertinentes sobre la mayoría de edad.*

- **Fijación de la mayoría de edad.** La Regla 4.1 se refiere a la fijación de la mayoría de edad, en los términos siguientes: *En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.*

➤ **Comentario de Naciones Unidas sobre esta regla:**

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional.

- **Objetivos de la justicia de menores.** La Regla 5.1 expresa los objetivos de la justicia de menores de la forma siguiente: *El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.*

➤ **El comentario de Naciones Unidas sobre los objetivos es el que sigue:**

La regla 5 se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor. Éste es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. (Véase también la regla 14).

El segundo objetivo es el “principio de la proporcionalidad”. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.

En definitiva, la regla 5 solo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores.

- **Principios rectores de la sentencia y resolución.** La Regla 17.1 los dispone en el tenor siguiente:

La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

*a) La respuesta que se dé al delito será siempre **proporcionada**, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;*

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

➤ **El comentario de Naciones Unidas sobre esta Regla es el siguiente:**

El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes:

a) Rehabilitación frente a justo merecido;

b) Asistencia frente a represión y castigo;

c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general;

d) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.

Los conflictos entre estas opciones son más acusados en los casos de menores que en los casos de adultos. Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas.

No incumbe a las presentes Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores prescribir el enfoque que haya que seguir; sino más bien determinar uno que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17.1, especialmente en los incisos a) y c), deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad.

El inciso b) de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.

De conformidad con la resolución 8 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios teniendo presente el imperativo de responder a las necesidades concretas de los jóvenes. Debe, pues, hacerse pleno uso de toda la gama de sanciones sustitutorias existentes, y deben establecerse otras nuevas sanciones, sin perder de vista la seguridad pública. Habría de hacerse uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible,

mediante la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones.

El inciso c) de la regla 17.1 corresponde a uno de los principios rectores contenidos en la resolución 4 del Sexto Congreso, que propugna evitar el encarcelamiento en casos de menores salvo que no haya otra respuesta adecuada para proteger la seguridad pública.

- **Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios.** La Regla 19.1 lo prevé de esta manera: *El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.*

➤ **Comentario de las Naciones Unidas al respecto:**

Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.

La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad (“último recurso”) y en tiempo (“el más breve plazo posible”). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: un menor delincuente no puede

*ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que, si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario, **la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible**, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delinquentes, delitos y establecimientos penitenciarios. En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos “abiertos” a los “cerrados”. Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o educativo antes que carcelario.*

- **Pluralidad de medidas de manera simultánea.** La Regla 18.1 las contempla en los términos siguientes:

Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;*
- b) Libertad vigilada;*
- c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad;*
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;*
- e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;*
- f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;*

g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;

h) Otras órdenes pertinentes.

3. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).²² Aprobadas por la Asamblea General mediante resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990, nos ocuparemos de destacar algunas de ellas. Estas directrices contienen un capítulo IV sobre los procesos de socialización, que comprenden los ámbitos de la familia, educativo, comunitario, medios de comunicación y política social.

- **Prevenir el uso indebido de drogas, violencia y explotación.** En el ámbito de los medios de comunicación, es oportuno mencionar las directrices 43 y 44 sobre drogadicción, violencia y explotación, que conllevan responsabilidades de terceros en caso de que no se cumplan tales directrices:

43. Deberá instarse a los medios de comunicación en general, y a la televisión y al cine en particular, a que reduzcan al mínimo el nivel de pornografía, drogadicción y violencia en sus mensajes y den una imagen desfavorable de la violencia y la explotación, eviten presentaciones degradantes especialmente de los niños, de la mujer y de las relaciones interpersonales y fomenten los principios y modelos de carácter igualitario.

44. Los medios de comunicación deberán percatarse de la importancia de su función y su responsabilidad sociales, así como de su influencia en las comunicaciones relacionadas con el uso indebido de drogas y alcohol entre los jóvenes. Deberán utilizar su poder para prevenir el uso indebido de drogas mediante mensajes coherentes con un criterio equilibrado. Deberán fomentar campañas eficaces de lucha contra las drogas en todos los niveles.

²² *Ibidem*, pp. 152-162.

- **Prevenir la utilización de niños y jóvenes en actividades delictuosas.** El capítulo VI, referente a la legislación y administración de justicia de menores, en su directriz 53 impone el deber de promulgar y aplicar leyes que prohíban la utilización de niños y jóvenes para actividades delictivas.
- **Prevenir el acceso a las armas.** La directriz 55 señala que deberán aprobarse y aplicarse leyes para limitar y controlar el acceso de los niños y jóvenes a las armas de cualquier tipo.

4. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.²³ La Asamblea General las aprobó en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Algunas reglas importantes son las siguientes:

- **Privar de la libertad en casos excepcionales como último recurso y su duración mínima necesaria.** La Regla 2, en la parte segunda y tercera de su párrafo único, refiere que *La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.*
- **Definición de menor y privación de la libertad.** La Regla 11 define al menor y la privación de libertad de la siguiente manera:

a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;

b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

²³ *Ibidem*, pp. 162-177.

Q¹³²

- **Reintegración y libertad anticipada.** La Regla 79 dispone que *Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la **libertad anticipada**, y cursos especiales.*

5. Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.²⁴

Las aprobó el Consejo Económico y Social mediante su resolución 1997/30 de 21 de julio de 1997. Las más relevantes se mencionan a continuación.

- **La edad penal la fijan los Estados.** La Regla 13 la aborda en los términos siguientes:

Cualquiera que sea la edad de responsabilidad penal, la mayoría de edad civil o la edad mínima de libre consentimiento que establezca la legislación nacional, los Estados deberán velar por que los niños se beneficien de todos los derechos que les garantiza el derecho internacional, en particular los enunciados en los artículos 3, 37 y 40 de la Convención.

- **Tribunal de Menores y de no Menores.** La Regla 14, inciso d), los prevé de la siguiente manera:

Los Estados deben crear tribunales de menores con jurisdicción principal sobre los menores que cometan actos delictivos y procedimientos especiales concebidos para tener en cuenta las necesidades concretas de los niños. Como alternativa, los tribunales ordinarios deberán incorporar esos procedimientos en la forma que corresponda. Siempre que sea necesario, de conformidad con los artículos 3, 37 y 40 de la Convención, se estudiará la adopción de medidas legislativas nacionales y de otra índole para que se reconozcan al niño todos sus derechos

²⁴ *Ibidem*, pp. 177, 180-181.

y se le asigne protección cuando comparezca ante un tribunal que no sea de menores.

- **Privar de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve.** La Regla 18 lo dispone así:

*Debe reducirse el ingreso de niños en instituciones de régimen cerrado. **La reclusión de niños en esas instituciones debe tener lugar únicamente de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 37 de la Convención y como medida de última instancia y durante el período más breve. Deben prohibirse las penas corporales en los sistemas de justicia y atención social de menores.***

6. Estrategias y Medidas Prácticas. Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal.²⁵ La Asamblea General las aprobó luego de su resolución 69/194 de 18 de diciembre de 2014. En seguida, se ponen de relieve algunas de ellas.

- **Definición de niño.** Se contiene en su numeral 6, inciso a): *Por “niño” se entenderá, conforme a la definición que figura en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.*
- **Garantizar que las condenas reflejen la gravedad de la violencia contra los niños cuando el autor de ella es un niño.** El numeral 27 lo determina en el tenor siguiente:

*Reconociendo la gravedad de la violencia contra los niños, así como el hecho de que **los autores de esa violencia también pueden ser niños, se insta a los Estados Miembros a que, según proceda y teniendo en***

²⁵ *Ibidem*, pp. 201-202, 220, 223, 225-226.

cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes:

*a) Velen por que los delitos en que haya violencia contra niños sean legalmente punibles con **sanciones apropiadas que tengan en cuenta su carácter grave**;*

*b) Velen por que en la legislación nacional se tengan presentes factores concretos que puedan constituir **agravantes de un delito, como la edad de la víctima**, el hecho de que la víctima sufra grave discapacidad mental o intelectual, el ejercicio reiterado de la violencia, el abuso de una posición de confianza o autoridad y el ejercicio de la violencia contra un niño que tenga una relación estrecha con el agresor;*

*c) Garanticen que las personas que, **bajo los efectos del alcohol, las drogas u otras sustancias**, cometan actos de violencia contra niños no queden exentas de responsabilidad penal;*

d) Velen por que, en el marco de su ordenamiento jurídico interno, pueda prohibirse o impedirse en virtud de una orden judicial o por otro medio que una persona acose, intimide o amenace a niños;

e) Garanticen que en las decisiones relativas a penas no privativas de la libertad y a la libertad bajo fianza, condicional, bajo palabra o vigilada, especialmente si los agresores son reincidentes y peligrosos, se tengan presentes los riesgos para la seguridad de las víctimas, incluida su vulnerabilidad;

*f) Pongan a disposición de los tribunales, por medio de la legislación, un conjunto amplio de disposiciones sancionadoras por las que se proteja a la víctima, a otras personas afectadas y a la sociedad contra nuevos actos de violencia y **se rehabilite al agresor**, según proceda;*

g) Revisen y actualicen la legislación nacional a fin de garantizar que los fallos judiciales en casos relativos a delitos violentos contra niños:

i) Censuren la violencia contra los niños y tengan efectos disuasorios;

ii) Exijan responsabilidad a los agresores, teniendo debidamente en cuenta su edad y grado de madurez, por sus actos de violencia contra niños;

iii) Promuevan la seguridad de la víctima y la comunidad, incluso alejando al agresor de la víctima y, en caso necesario, separándolo de la sociedad;

iv) Permitan que se tenga en cuenta la gravedad del daño físico y psicológico causado a la víctima;

v) Tengan en cuenta la repercusión de las penas impuestas a los agresores en las víctimas y en sus familiares, si estos se han visto afectados;

vi) Prevean reparación por los daños causados a consecuencia de la violencia;

vii) Promuevan la rehabilitación de los agresores, incluso promoviendo en ellos una actitud de responsabilidad y, cuando proceda, rehabilitándolos y reinsertándolos en la comunidad.

- **La edad penal la fija el Estado.** El numeral 30 la refiere de esta manera:

A ese respecto, se alienta a los Estados Miembros a que no fijen una edad mínima de responsabilidad penal muy baja, teniendo en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual de los niños, y a ese respecto se hace referencia a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de aumentar la edad mínima

de responsabilidad penal sin excepción a los 12 años como edad mínima absoluta y de seguir aumentándola a una edad más avanzada.

- **Garantizar que la privación de libertad sea el último recurso y durante un período lo más breve posible.** Su numeral 35, inciso a), lo dispone en este tenor:

Reconociendo que el hecho de limitar la imposición de penas de privación de libertad y de alentar el uso de medidas sustitutivas de esas penas puede contribuir a reducir el riesgo de violencia contra los niños en el sistema de justicia, se insta a los Estados Miembros a que, según proceda y teniendo en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes:

a) No priven de libertad a los niños ilegal o arbitrariamente y que, en casos de privación de libertad, velen por que esté en conformidad con la ley y se utilice únicamente como medida de último recurso y durante el período apropiado más breve posible.

- **Garantizar que no se imponga pena capital ni prisión perpetua sin posible libertad.** El numeral 36, inciso b), lo establece así:

Reconociendo que ningún niño debe ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se insta a los Estados Miembros a que:

b) Examinen, evalúen y, cuando sea necesario, actualicen su legislación nacional a fin de garantizar que, conforme a la ley y la práctica, no se imponga ni la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de puesta en libertad por delitos que hayan cometido personas menores de 18 años.

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, del cual México forma parte, se expone de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la siguiente opinión consultiva:

1. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño).²⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de marzo de 2001 solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen *límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados* en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. La opinión, la sintetizamos de la siguiente manera:

- Los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
- El interés superior del niño implica su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser criterios rectores para elaborar normas y la aplicación de éstas en lo relativo a la vida del niño.
- El principio de igualdad no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los que adquieren un trato diferente por sus condiciones especiales, pero debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.
- La familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, por lo que el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de diversas medidas para que ésta cumpla su función natural en este campo.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, pp. 3, 86-87, [15 de mayo de 2020], disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/corteidh/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

Q¹³²

- Debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en el núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
- El Estado debe valerse de instituciones con personal adecuado para la atención de los niños, así como de instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada para dicha tarea.
- El respeto a la vida de los niños abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas la de la privación arbitraria, sino que comprende también la obligación de adoptar medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
- La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales. Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.
- Los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos en su relación con las autoridades públicas, interindividuales o con entes no estatales.
- En los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelvan derechos de los niños, deben observarse los principios y normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas a un juez natural (competente, independiente e imparcial); doble instancia; presunción de inocencia; contradicción; audiencia y defensa, atendiendo a las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.
- Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de

los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

- La conducta que motive la intervención del Estado en los casos referidos en el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos de manera diferente a la que corresponde a los que incurrir en conductas típicas. Sin embargo, es preciso observar los principios y normas del debido proceso legal.
- Es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero se debe regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.

B. Fuente nacional

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 18, párrafos cuarto, quinto y sexto, establecen el sistema de justicia para adolescentes en los términos siguientes:

La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.²⁷

2. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Con la facultad constitucional que fue conferida al Congreso de la Unión, emitió el Decreto por el cual expidió la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, la cual consta de cinco libros:

El Libro Primero contiene disposiciones generales;

El Libro Segundo prevé los mecanismos alternativos de solución de controversias y formas de terminación anticipada;

El Libro Tercero establece el procedimiento para adolescentes;

El Libro Cuarto dispone la ejecución de las medidas, y

²⁷ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Leyes Federales Vigentes, [20 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Sistema de justicia penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

Oscar Uribe Benítez

El Libro Quinto contempla la prevención social de la violencia y la delincuencia para personas adolescentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró un Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, pero no está actualizado, ya que se enmarca en la entonces Ley Federal de Justicia para Adolescentes abrogada.^{28t}

IV. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Magdalena Beatriz González Vega, presidenta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 5 de octubre de 2006, un escrito por el que promovió acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Justicia para Menores de ese Estado, la cual quedó registrada con el número de expediente 37/2006.²⁹ El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de dicha acción de inconstitucionalidad, interpretó, en concordancia con los compromisos internacionales suscritos por México, el contenido y alcance del artículo 18 constitucional reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 12 de diciembre de 2005, de lo cual se derivó la aprobación de 22 tesis de jurisprudencia³⁰ en sesión de 18 de agosto de 2008;

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, [20 de mayo de 2020], disponible en: https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_nna.pdf

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, [22 de mayo de 2020], disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86478>

³⁰ P./J.63/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. EL TÉRMINO “ESPECIALIZADOS” UTILIZADO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN SE REFIERE AL PERFIL DEL FUNCIONARIO Y A LA COMPETENCIA LEGAL EXPRESA DEL ÓRGANO PERTENECIENTE A ESE SISTEMA.

P./J.64/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. VERTIENTES DE LA ESPECIALIZACIÓN EN SU ACEPCIÓN COMO PERFIL DEL FUNCIONARIO QUE FORMA PARTE DE AQUÉL.

P./J.65/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ACREDITACIÓN DE LA ESPECIALIZACIÓN DEL FUNCIONARIO QUE FORMA PARTE DE AQUÉL.

P./J.66/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. CUÁNDO DEBE ACREDITARSE LA ESPECIALIZACIÓN DEL FUNCIONARIO QUE FORMA PARTE DE AQUÉL (REGÍMENES CONSTITUCIONALES VIGENTES Y DE TRANSICIÓN).

P./J.67/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. SUJETOS OBLIGADOS A LA ESPECIALIZACIÓN.

de ellas, se destacan las que refieren los principios del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, a saber:

✓ **Principios de garantismo y acusatorio.** En la tesis de jurisprudencia P./J.68/2008, se aduce que el sistema de justicia juvenil establecido en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

P./J.68/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. SUS NOTAS ESENCIALES Y MARCO NORMATIVO.

P./J.69/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. FACETAS DEL PROBLEMA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL DE LAS QUE DERIVA EL CARÁCTER SISTÉMICO DE LA JUSTICIA JUVENIL.

P./J.70/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. DEBE BUSCARSE EL ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS Y REGLAS PARA QUE, SIEMPRE QUE RESULTE APROPIADO Y DESEABLE, LOS MENORES NO SEAN SOMETIDOS A UN PROCESO JUDICIAL, SINO QUE LOS CASOS PUEDAN SER ATENDIDOS POR LAS AUTORIDADES DE PROCURACIÓN.

P./J.71/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. LOS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS RELATIVOS DEBEN PERTENECER AL PODER JUDICIAL DEL ESTADO MEXICANO.

P./J.72/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LAS LEGISLATURAS LOCALES NO HAYAN CREADO ANTES DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006 LAS LEYES, INSTITUCIONES Y ÓRGANOS PARA LA APLICACIÓN DEL DECRETO DE REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE DICIEMBRE DE 2005, CONFIGURA UNA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL POR ACTUALIZARSE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA.

P./J.73/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. LA FACULTAD PARA LEGISLAR EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL, ES COINCIDENTE ENTRE LA FEDERACIÓN, LOS ESTADOS Y EL DISTRITO FEDERAL, BAJO LA MODALIDAD DE COLABORACIÓN ENTRE ESTOS NIVELES DE GOBIERNO.

P./J.74/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. SI DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO, EL SENTENCIADO ALCANZA LA MAYORÍA DE EDAD, DEBERÁ CUMPLIMENTARLA SEPARADO DEL RESTO DE LOS INTERNOS.

P./J.75/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

P./J.76/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

P./J.77/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

P./J.78/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

P./J.79/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

P./J.80/2008. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "INDEPENDENCIA" CONTENIDA EN EL SEXTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 12 DE DICIEMBRE).

P./J.81/2008. JUSTICIA PARA MENORES. EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (PERIÓDICO OFICIAL DE LA ENTIDAD DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2006).

P./J.82/2008. JUSTICIA PARA MENORES. LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ (PERIÓDICO OFICIAL DE LA ENTIDAD DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2006), CUMPLE CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL SEXTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2005).

P./J.83/2008. JUSTICIA PARA MENORES. LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL (PERIÓDICO OFICIAL DE LA ENTIDAD DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2006).

P./J.84/2008. JUSTICIA PARA MENORES. EL ARTÍCULO 1º, FRACCIÓN 1, DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ NO TRANSGREDE LOS ARTÍCULOS 14, PÁRRAFO TERCERO, Y 18, CUARTO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (PERIÓDICO OFICIAL DE LA ENTIDAD DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2006).

aplicable a los que tienen entre 12 y menos de 18 años de edad, se distingue en que el adolescente es sujeto de responsabilidad; goza de derechos y garantías (el sistema es garantista); el sistema es de naturaleza penal, pero especial o modalizado; y en el aspecto jurisdiccional es de corte preponderantemente acusatorio.³¹

- ✓ **Reubicación cuando cumple la mayoría de edad en ejecución del internamiento.** La tesis de jurisprudencia P./J.74/2008, sostiene que conforme a las Reglas de Beijing 13.4, y IV, apartado C, numeral 28, y al artículo 37, inciso c), de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratándose de penas privativas de libertad, cuando el menor sentenciado cumpla la mayoría de edad mientras compurga la pena, procede reubicarlo de manera que se asegure su separación de los demás internos, ya sea en el centro de internamiento para menores o en un lugar de reclusión para adultos, a efecto de que sus garantías del sistema que componen el sistema integral de justicia no pierdan vigencia.³²
- ✓ **Principio de proporcionalidad de las medidas.** La tesis de Jurisprudencia P./J.77/2008, menciona que el principio de proporcionalidad de las medidas, conforme al artículo 18 constitucional, tiene tres perspectivas: la proporcionalidad en la punibilidad de las conductas referida por el legislador para los delitos previstos en la norma general aplicable a los menores, la cual se satisface una vez que se señalen penas distintas para cada conducta tipificada como delito; proporcionalidad en la determinación de la medida, que considera condiciones internas del sujeto y externas de la conducta que despliega (bien jurídico y consecuencia), sin sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran, de manera que el juzgador pueda determinar cuál será la pena aplicable, que oscila entre la que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada; y proporcionalidad en la ejecución, que implica el principio de necesidad de la medida, lo que se configura desde que es impuesta y a lo largo de su ejecución, por lo que la normatividad que

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 624.

³² *Ibidem*, p. 1205.

se expida debe permitir la eventual adecuación de la medida para que continúe siendo proporcional a las nuevas circunstancias del menor.³³

- ✓ **Principio del interés superior del menor.** La tesis de jurisprudencia P./J.78/2008, sostiene que el interés superior del niño implica que la actuación de las instituciones, tribunales y autoridades encargadas de la aplicación del sistema penal para adolescentes, deba orientarse hacia lo que resulte más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de su persona y sus capacidades. Que si bien es cierto que las autoridades encargadas del sistema integral deben maximizar la esfera de derechos de los menores, también lo es que deben tomar en cuenta sus límites, uno de los cuales lo constituyen los derechos de las demás personas y de la sociedad misma, razón por la cual se establece en los ordenamientos penales, mediante los diversos tipos que se prevén, una serie de bienes jurídicos tutelados que no pueden ser transgredidos, so pena de aplicar las sanciones correspondientes; de ahí que bajo la óptica de la asunción plena de responsabilidad, es susceptible de ser corregida mediante la aplicación de medidas sancionadoras de tipo educativo que tiendan a la readaptación.³⁴

- ✓ **Principio de mínima intervención.** La tesis de jurisprudencia P./J.79/2008 refiere que este principio incluye tres vertientes: la de la alternativa, que se desprende del artículo 40, apartado 3, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme a la cual el menor número de conflictos debe resolverse a nivel judicial; internación como medida más grave, para la cual la normatividad secundaria siempre deberá atender sólo respecto de conductas antisociales más graves, como se destaca en todos los instrumentos internacionales de la materia; y breve término de la medida de internamiento, cuya expresión: por el tiempo más breve que proceda, debe entenderse como el tiempo necesario, indispensable, para lograr el fin de rehabilitación del adolescente que se persigue, por lo que

33 *Ibidem*, p. 614.

34 *Ibidem*, p. 616.

Sistema de justicia penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

Oscar Uribe Benítez

✓ en las legislaciones ordinarias debe establecerse un tiempo máximo como pretensión de seguridad jurídica respecto de su duración.³⁵

V. Medidas no privativas de la libertad personal

La Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes y las Reglas de Beijing, contemplan diversas medidas no privativas de libertad para niños y adolescentes, como se aprecia en el cuadro siguiente.

Medidas no privativas de libertad para adolescentes		
Convención sobre los Derechos del Niño Artículo 40, numeral 4	Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes Artículo 155	Reglas de Beijing Regla 18.1. De aplicación simultánea
a) El cuidado; b) Las órdenes de orientación y supervisión; c) El asesoramiento; d) La libertad vigilada; e) La colocación en hogares de guarda; f) Los programas de enseñanza y formación profesional; g) Otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones.	a) Amonestación; b) Apercebimiento; c) Prestación de servicios a favor de la comunidad; d) Sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas; e) Supervisión familiar; f) Prohibición de asistir a determinados lugares, conducir vehículos y de utilizar instrumentos, objetos o productos que se hayan utilizado en el hecho delictivo; g) No poseer armas;	a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;

³⁵ *Ibidem*, p. 613.

	<p>h) Abstenerse a viajar al extranjero;</p> <p>i) Integrarse a programas especializados en teoría de género, en casos de hechos tipificados como delitos sexuales;</p> <p>j) Libertad Asistida.</p>	<p>f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;</p> <p>g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;</p> <p>h) Otras órdenes pertinentes.</p>
--	--	--

Las medidas no privativas de la libertad personal en la Convención sobre los Derechos del Niño, podrían ser consideradas como de acompañamiento para la conducción del desarrollo del niño por medio de la enseñanza.

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes prevé medidas no privativas de la libertad de diversa naturaleza: de corrección; de trabajo; de acompañamiento para la formación y desarrollo del adolescente; y de prohibición –de esta última, llama la atención la que prohíbe poseer armas ya que, por ejemplo, si poseyera un arma de fuego pareciera que parte del supuesto de que la posesión del arma es legal para un adolescente y se le priva de ese derecho–. Las prohibiciones de asistir a determinados lugares y conducir vehículos no están garantizadas o reforzadas por otras medidas, como la consistente en el uso de un dispositivo que esté monitoreando electrónicamente los movimientos del adolescente, para cumplir las restricciones y condiciones decretadas en las medidas, como ocurre en el sistema de justicia juvenil del estado de Texas en diversos contextos.³⁶ Las Reglas de Beijing establecen medidas de acompañamiento para la formación y desarrollo del menor por medio de la enseñanza; económicas, restitutorias y resarcitorias.

³⁶ Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic *et al.*, *Electronic Monitoring of Youth in The California Juvenile Justice System*, University of California, Berkeley Law, 2017, [28 de mayo de 2020], disponible en: https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/04/Report_Final_Electronic_Monitoring.pdf

VI. Iniciativas de integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

A. Cámara de Diputados

1. Abstención de consumir drogas, estupefacientes y bebidas alcohólicas como una de las condiciones para la suspensión condicional del proceso.

La diputada federal Claudia Pérez Rodríguez, del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Regeneración Nacional, presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la fracción V, del artículo 102, de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, publicada en la Gaceta Parlamentaria de 7 de febrero de 2019,³⁷ la cual fue turnada a la Comisión de Justicia, con opinión de la Comisión de Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuyo dictamen fue discutido el 30 de abril de 2019 en el Pleno de la Cámara de Diputados, quien lo aprobó y se remitió la Minuta a la Cámara de Senadores el mismo día,³⁸ la cual se turnó el 3 de septiembre de 2019 a las Comisiones Unidas de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, Juventud y Deporte y de Estudios Legislativos Primera.

El 2 de octubre de 2019, la colegisladora remitió sustitución de la Minuta en comentario.³⁹

En la exposición de motivos de la Iniciativa en mención, se señala lo siguiente: México requiere construir una política eficiente de reinserción social para los adolescentes sancionados por algún delito; para ello hay que proporcionarles herramientas, ya que uno de los factores que impiden la reinserción social

³⁷ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria, [16 de junio de 2020], disponible en: gaceta.diputados.gob.mx

³⁸ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Iniciativas presentadas por la Diputada Federal Claudia Pérez Rodríguez, [16 de junio de 2020], disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/dictameneslxiv_ld.php?tipot=&pert=0&init=952

³⁹ Senado de la República, Comisiones, [16 de junio de 2020], disponible en: http://comisiones.senado.gob.mx/derechos_ninez/minutas.php

es el consumo de alcohol, que deteriora su salud física, psicológica y social, y genera la necesidad de consumirla, y realizan cualquier actividad para conseguirla.

La Iniciante señala que en un estudio del Centro de Ayuda al Alcohólico y sus Familiares, se destaca que 63% de la población consumidora de alcohol corresponde a adolescentes y jóvenes entre 12 y 24 años de edad. Las causas del consumo de alcohol son la curiosidad (29.4%), la invitación de amigos (13.5%), la experimentación (12.4%), problemas familiares (10%), influencia de amigos (9.4%), aceptación de grupo (4.1%), invitación de familiares (2.9%) y depresión (2.4%).

La anterior información la estima la Iniciante como un gran riesgo para los jóvenes del país, que va en aumento. Asimismo, la Encuesta Nacional de Consumo de Drogas en Estudiantes de 2014, indica que hubo consumo excesivo de alcohol en 5.5 millones de menores de edad, estudiantes de secundaria y bachillerato, ya que tomaron más de cinco copas en una sola ocasión; y que estudiantes de primaria menores de 11 y 12 años de edad, consumen alcohol en exceso, lo que provoca ausentismo escolar y en casos graves el abandono de los estudios.

Respecto de las mujeres adolescentes, refiere la legisladora, la Comisión Nacional contra las Adicciones señala que hay un gran incremento en la ingesta de alcohol ya que es del orden de 250%, lo cual es delicado pues si están embarazadas puede causar trastornos del espectro alcohólico fetal, que son discapacidades físicas, intelectuales y del comportamiento que perduran toda la vida.

Finalmente, la legisladora refiere que el artículo 220 de la Ley General de Salud establece que en ningún caso y de ninguna forma se podrán expendir o suministrar bebidas alcohólicas a menores de edad, por ello es necesario que el Estado mexicano empiece a homologar lo dispuesto en sus normas para solidificar el andamiaje jurídico que garantice lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se indique que debe prevalecer el interés superior de las niñas, niños y

adolescentes en las políticas, programas y normas del país. La propuesta de la Iniciativa consiste en lo siguiente:

Artículo 102. Condiciones. El juez fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a un año, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir la persona adolescente. Además de las condiciones que establece el Código Nacional, se podrán imponer las siguientes:

I. a IV. ...

V. Abstenerse de consumir drogas, estupefacientes y bebidas alcohólicas;

*VI. a VII. ...*⁴⁰

Está claro que la Iniciativa pretende que las niñas, niños y adolescentes, para que puedan gozar de la solución alterna del procedimiento del sistema integral de justicia penal para adolescentes, consistente en la suspensión condicional del proceso, se obliguen a no consumir bebidas alcohólicas en lugar de no abusar de ellas, como está actualmente en la precitada Ley Nacional, en la que también ya está impuesta la obligación de no consumir drogas o estupefacientes. Propone un balance entre la flexibilidad del rigor de la ley y la asunción de responsabilidades de las niñas, niños y adolescentes para beneficio de éstos, lo que está en armonía con las directrices de Riad, que pretenden, entre otras cosas, prevenir el uso de drogas y alcohol; así como con la opinión consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se señala que en la solución alterna no deben disminuirse los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

⁴⁰ El dictamen de 30 de abril de 2020 quedó en los mismos términos que la Iniciativa. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria, [16 de junio de 2020], disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2019/abr/20190430-V.pdf#page=85>. Al igual que la sustitución de la Minuta: Senado de la República, Gaceta Parlamentaria, [18 de junio de 2020], disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2019-10-03-1/assets/documentos/Minuta_Art_102_Ley_Sistema_Integral_Justicia.pdf

2. Reglas protectoras relacionadas con la privación de la libertad, sentencia, comunicación con los padres y el honor. La diputada federal Martha Patricia Ramírez Lucero, del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Regeneración Nacional, presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes y del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicada en la Gaceta Parlamentaria de 23 de abril de 2019,⁴¹ la cual se encuentra pendiente de dictaminar por la Comisión de Justicia.⁴²

La Iniciante expone que México ha firmado diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y por ello ha impulsado la creación de instrumentos específicos para ciertos grupos de la población en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las niñas, niños y adolescentes, cuyo trato especializado se advierte en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; aunque desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aprobada por la ONU, se sostiene el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales. Instrumentos internacionales que son obligatorios y tratándose de los derechos de niñas, niños y adolescentes, el artículo 4 constitucional consagra el principio del interés superior del niño, niña o adolescente como marco de actuación de los órganos del Estado y niveles de gobierno.

Destaca la legisladora que la reforma al artículo 18 constitucional de 2005, en la que se creó un nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes, dirigido a toda persona mayor de 12 y menor de 18 años de edad, consagró reglas y principios, para cuya correcta interpretación es necesario acudir al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tal tribunal judicial federal, en una tesis alude a las instituciones, tribunales y autoridades encargadas

⁴¹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria, [18 de junio de 2020], disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

⁴² Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Diputados, [18 de junio de 2020], disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/curricula.php?dipt=340

de la aplicación del sistema penal para adolescentes, que deben orientarse a lo más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de la persona y sus capacidades; y en otra tesis, expresa el alcance de mínima intervención en tres vertientes: alternatividad, internación como medida más grave, y breve término de la medida de internamiento.

En el anterior contexto, la representante popular señala que la Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró un protocolo de prácticas para el acceso a la justicia, publicado en marzo de 2012, fundado en el respeto de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, con el fin de proveer a los juzgadores nacionales de una herramienta que los auxilie en su función, tomando en cuenta los tratados internacionales. Lo que sobresale del Protocolo es que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de plenos derechos, pasando de ser considerados un objeto de compasión-represión a sujetos plenos de derechos, con lo que se reconoce su personalidad jurídica y se asume su capacidad jurídica. Además, el Protocolo reconoce tres características relevantes de la infancia: el desarrollo cognitivo o pensamiento presente (egocéntrico y concreto), el cual juega un papel determinante en la estructura de la narrativa infantil; el desarrollo emocional, con el que tienen la necesidad de adoptar mecanismos inconscientes en la búsqueda de preservar su salud psíquica y que le sirvan para contrarrestar ideas y afectos dolorosos e insoportables; y el desarrollo moral, que arroja información sobre su percepción y disposición de lo que cree que debe hacer y cómo debe actuar.

La Iniciante abunda sobre el Protocolo, señalando que alude a dos aspectos relacionados con las anteriores características: que todas ellas responden a condiciones estructurales en el niño o niña, por lo que no son modificables a través de la voluntad o el trato, ya que son la manera en que funcionan a nivel emocional y cognitivo; y que la infancia es una etapa de evolución y cambio, por lo que las anteriores características son más agudas y absolutas cuando menor es la edad. Dicho Protocolo señala que es importante el reconocimiento del adolescente como un niño o niña por dos razones: neurológica y cognitivamente vive procesos de maduración que inciden en su pensar y actuar de maneras diversas a la de una persona adulta; y cuando una persona menor de 18 años se encuentra en situaciones de angustia, temor o ansiedad, es común que su actuar y pensar se reviertan a etapas de

desarrollo anteriores. Por lo que una persona de 15 años puede razonar en un procedimiento judicial con las herramientas y características cognitivas de una de 12 años o menos.

Considera la legisladora que aún resulta necesario legislar para que los derechos de las niñas, niños y adolescentes que enfrentan algún proceso penal por alguna conducta delictiva sean respetados, garantizados y se vele por el interés superior del menor, tomando en cuenta las características propias de la edad mencionadas. Por ello, propone la reforma de los artículos siguientes de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes:

Artículo 31. Medidas de privación de la libertad como medida extrema y por el menor tiempo posible

*Las medidas de privación de la libertad se utilizarán como medida extrema y excepcional, sólo se podrán imponer a personas adolescentes mayores de catorce años, por los hechos constitutivos de delito que esta Ley señala, por un tiempo determinado y la duración más breve que proceda, **teniendo en cuenta las necesidades propias del adolescente a partir de su estado de desarrollo.***

Artículo 32. Publicidad

*Todas las audiencias que se celebren durante el procedimiento y la ejecución de medidas se realizarán a puerta cerrada **evitando la publicidad indebida o un proceso de difamación que pudiera perjudicar al adolescente**, salvo que éste solicite al órgano jurisdiccional que sean públicas, previa consulta con su defensor. El órgano jurisdiccional debe asegurarse de que el consentimiento otorgado por la persona adolescente, respecto a la publicidad de las audiencias, sea informado.*

...

Artículo 39. Prohibición de incomunicación

...

Durante la ejecución de las medidas ningún adolescente podrá ser sustraído o incomunicado, total o parcialmente, de la supervisión de sus padres o tutores. Queda prohibido imponer como medida disciplinaria la incomunicación a cualquier persona adolescente.

Artículo 70. De los Órganos Jurisdiccionales Especializados en Adolescentes

Además de las facultades y atribuciones previstas en el código de procedimientos, la ley de ejecución y otras disposiciones aplicables, los jueces de control, los tribunales de juicio oral, los jueces de ejecución y los magistrados especializados en justicia para adolescentes de la federación, y de las entidades federativas tendrán las facultades que les confiere esta Ley, y se regirán bajo los siguientes principios:

a. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo en relación a la gravedad del delito, sino también con relación a las circunstancias y necesidades del adolescente;

b. Las restricciones a la libertad del adolescente se impondrán luego de un cuidadoso estudio y se reducirá al mínimo posible;

c. Sólo se impondrá la privación de la libertad personal en caso de que el o la adolescente sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

d. En el examen de los casos se considerará primordial el interés superior del menor.

Artículo 143. Sentencia

...

El tribunal de juicio oral apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones del Código Nacional. Antes de que se dicte la resolución definitiva, debe efectuarse una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del adolescente, así como de las circunstancias en las que se cometió el delito.

...

...

Respecto del Código Nacional de Procedimientos Penales, su propuesta es la siguiente:

Artículo 1o. Ámbito de aplicación

...

Se aplicará lo dispuesto en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

La reforma al artículo 31 se considera conveniente, en virtud de que la Ley Nacional e instrumentos internacionales toman en cuenta el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes para los fines de las medidas no privativas y privativas de la libertad, pero no para la imposición de las mismas, lo cual es acertado, ya que a partir del grado de desarrollo (emocional, mental e intelectual) permite determinar la capacidad de discernimiento y comprensión

de las consecuencias de la comisión del hecho delictivo, a fin de elegir la medida adecuada conforme a las necesidades del menor de edad. La reforma al artículo 32 no explica lo que debe entenderse por publicidad indebida o proceso de difamación.

La reforma al artículo 39 pareciera no adecuada, dado que la supervisión de los padres o tutores o familiar es una medida no privativa de libertad, prevista en el artículo 155, fracción I, inciso e); además, el diverso 235, fracción XI, inciso a), prevé la visita familiar en los centros de internamiento; inclusive, están previstas áreas de supervisión de medidas de sanción privativas de la libertad en el artículo 71, inciso D. Si hubiere el supuesto de incomunicación con los padres, la ley prevé los mecanismos para resolverlo y reprimirlo.

La reforma al artículo 70, en los incisos a) y b) reiteran los principios de proporcionalidad y breve término o menor tiempo posible; el c) supedita la privación de libertad a un acto grave con violencia contra otra persona o reincidencia en delitos graves, lo que pudiera pugnar con el artículo 164 que prevé los supuestos para el internamiento que no están supeditados a la reincidencia; y en el d) reitera el principio de interés superior del niño. La reforma al artículo 143 reitera los criterios previstos en los II, IV y V del artículo 148.

3. Aplicación de la medida de internamiento por delitos previstos en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos. La diputada federal Susana Beatriz Cuaxiloa Serrano, del Grupo Parlamentario del Movimiento Regeneración Nacional, presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que adiciona el inciso k) al artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, publicada en la Gaceta Parlamentaria de 28 de noviembre de 2019,⁴³ la cual se encuentra pendiente por dictaminar en la Comisión de Justicia.⁴⁴

⁴³ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria, [19 de junio de 2020], disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

⁴⁴ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Diputados, [19 de junio de 2020], disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/curricula.php?dipt=452

Q¹³²

En la exposición de motivos de la Iniciativa, se menciona que en México el tema más difícil es la seguridad pública, debido a la falta de políticas de Estado adecuadas, por lo que el índice delincencial es alarmante desde hace muchos años, como se advierte en el estudio realizado por la Unidad de Inteligencia Financiera de 25 de septiembre de 2019, denominado Evaluación Nacional de Riesgos, en el que se detectaron ocho principales organizaciones delictivas que cometen delitos de secuestro, extorsión, robo de hidrocarburos y otros; y en los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, los cuales refieren que se cometen más de 38 000 delitos por cada 100 000 habitantes en todo el territorio nacional.

La Iniciante comenta respecto al delito de robo de hidrocarburos, que de 2016 a 2018 se observó un incremento de 117.5% en el número de tomas clandestinas localizadas, con un total de 8 400 barriles robados por día de gas licuado, con pérdidas en 2018 por 66,300 millones de pesos. El incremento de la delincuencia en nuestro país es tan arraigado, que ha introducido en sus filas criminales a niños, niñas y adolescentes en las distintas entidades federativas, en cuyas células delictivas cometen delitos de alto impacto, así como el robo de hidrocarburos en los estados de Hidalgo, Puebla, Guanajuato, Jalisco, Veracruz, Estado de México y Tamaulipas, como lo documentó el periódico *Forbes*, al igual que el *Heraldo de México*, al señalar que en Puebla, en el año 2019, hubo 1 533 perforaciones a ductos y 36 menores, de 15 a 17 años, asegurados en San Martín Texmelucan y en el Triángulo Rojo por posesión y sustracción de gasolina.

La legisladora expresó que los menores detenidos pertenecen al grupo etario III, al cual se refiere la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, al que define como el grupo de personas adolescentes que por su edad se encuentran comprendidas en el rango de edad de 16 años cumplidos a menos de 18 años. Si se interpreta *a contrario sensu* el artículo 164 de la precitada Ley, se razona que cuando inicie un proceso penal en contra de una persona menor de edad que pertenece a los grupos etarios II o III por este tipo de delito, la persona menor de edad no podrá ser sometida a una medida de internamiento, toda vez que el catálogo de delitos previstos en dicho artículo no incluye las conductas previstas en la Ley Federal para

Sistema de justicia penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

Oscar Uribe Benítez

Prevenir y Sancionar los Delitos cometidos en materia de Hidrocarburos. Por ello se considera pertinente y necesario ampliar el catálogo de delitos que ameritan internamiento para adolescentes, en donde el órgano jurisdiccional debe contemplar cuidadosamente las causas y efectos para la imposición de la medida como última opción para respetar las reglas sobre la determinación de medidas de sanción contempladas en el artículo 145 de la aludida Ley Nacional, así como todos los principios y derechos humanos de los menores de edad.

La Iniciante transcribe el artículo 46 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, para destacar los derechos de las personas adolescentes en prisión preventiva o internamiento, que considera son enunciativos y no limitativos. Asimismo, resalta la especialización del sistema de justicia para adolescentes, que garantiza la imposición de una sanción adecuada. Por ello, la medida que propone es para que no exista laguna en la ley que permite a las células delictivas aprovecharse de la vulnerabilidad de los adolescentes que se encuentran en desventaja por su estatus económico. Por lo anterior, sugiere adicionar el inciso k) al artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en los términos siguientes:

Artículo 164. Internamiento El internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda a las personas adolescentes que al momento de haberseles comprobado la comisión de hechos señalados como delitos, se encuentren en el grupo etario II y III. El Órgano Jurisdiccional deberá contemplar cuidadosamente las causas y efectos para la imposición de esta medida, procurando imponerla como última opción. Se ejecutará en Unidades exclusivamente destinadas para adolescentes y se procurará incluir la realización de actividades colectivas entre las personas adolescentes internas, a fin de fomentar una convivencia similar a la practicada en libertad.

Para los efectos de esta Ley, podrá ser aplicado el internamiento en los siguientes supuestos, previstos en la legislación federal o sus equivalentes en las entidades federativas:

a) a j) ...

k) De los delitos previstos en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

La propuesta legislativa pretende ampliar el catálogo de delitos para la imposición de la sanción de internamiento, debido a la participación de adolescentes en el robo de hidrocarburos con miembros de la delincuencia organizada, que ha venido en aumento, con el consecuente daño patrimonial a Petróleos Mexicanos, o sea al Estado. La propuesta se justifica, ya que el delito que incluye en dicho catálogo reviste mayor impacto o gravedad que otros hechos delictivos que también ameritan la privación de libertad.

4. Aplicación de la medida de internamiento por delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa en adultos. La diputada federal Claudia López Rayón, del Grupo Parlamentario del Movimiento Regeneración Nacional, presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que reforma el artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, publicada en la Gaceta Parlamentaria de 18 de febrero de 2020,⁴⁵ la cual se encuentra pendiente por dictaminar en la Comisión de Justicia.⁴⁶

En el rubro *planteamiento del problema*, la Iniciante sostiene que el sistema de justicia penal en México se ha ido adecuando al respeto a los derechos humanos de las personas, tanto al imputado, acusado o sentenciado como a las víctimas, a quienes se ha erigido como partes procesales, en mérito a las reformas constitucionales de 12 de diciembre de 2005, 18 de junio de 2011 y 10 de junio de 2011, las cuales obligaron a replantear el sistema procesal en materia penal en adultos y adolescentes que homologó la edad penal en la república mexicana, así como la prisión preventiva en adultos y la medida sancionatoria de internamiento para adolescentes.

⁴⁵ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria, [19 de junio de 2020], disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

⁴⁶ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Comisiones Ordinarias, [19 de junio de 2020], disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/iniciativaslxiv.php?comt=31&tipo_turnot=1&edot=P

Asevera la legisladora que la justicia penal para adolescentes requiere de atención prioritaria para el Estado mexicano, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño es un compromiso internacional para salvaguardar sus derechos, inclusive de aquellos que tienen entre 12 y menos de 18 años de edad, a quienes de imputárseles algún delito deben ser procesados bajo la justicia penal especializada, cuyos derechos deben ser ponderados a través del interés superior y ciñéndose a los principios de mínima intervención y proporcionalidad. Además de esa ponderación, es necesario adecuar los marcos normativos para cumplir con los objetivos del referido sistema, consistentes en el trato con respeto y dignidad, la reinserción social y familiar del adolescente.

Expresa la representante popular que en el sistema penal para adultos rigen los principios de excepcionalidad y de gravedad; por ende, se podrán imponer una o varias medidas cautelares o la prisión preventiva. Respecto de la gravedad, el Congreso de la Unión consideró establecer un catálogo o listado de figuras delictivas para que, sin necesidad de justificación, se impusiera prisión preventiva a los justiciables. En el caso de la justicia especializada para adolescentes, operan criterios diferentes, aunque ello no significa que no pueda imponerse, a nivel cautelar, una medida restrictiva de su libertad.

En el artículo 164 de la precitada Ley Nacional, se incluye un catálogo de hechos que la ley señala como delitos, en los cuales, de forma taxativa y limitativa, puede aplicarse la *medida de sanción privativa de libertad de internamiento*. Por lo que es necesario adecuar tal catálogo que amerite la sanción privativa de libertad, para homologarlos a la última reforma constitucional del numeral 19, párrafo segundo, a la medida excepcional de prisión preventiva en justicia para adolescentes.

En virtud de lo anterior, propone la reforma al artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en la forma destacada en negritas:

Artículo 164. Internamiento

El internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda a las personas adolescentes que al momento de haberseles comprobado la comisión de hechos señalados como delitos, se encuentren en el grupo etario II y III. El órgano jurisdiccional deberá contemplar cuidadosamente las causas y efectos para la imposición de esta medida, procurando imponerla como última opción. Se ejecutará en unidades exclusivamente destinadas para adolescentes y se procurará incluir la realización de actividades colectivas entre las personas adolescentes internas, a fin de fomentar una convivencia similar a la practicada en libertad.

*Para los efectos de esta ley, podrá ser aplicado el internamiento en los siguientes supuestos, previstos en la legislación federal o sus equivalentes en las entidades federativas, **siempre y cuando la conducta hubiese sido realizada de forma dolosa en cualquiera de sus modalidades, sin importar si el delito fuera realizado por acción o por omisión, si fue consumado o quedó en grado de tentativa o si el adolescente intervino en calidad de autor o partícipe:***

a) De los delitos previstos en la Ley General para prevenir y sancionar los Delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

b) De los delitos previstos en la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos;

c) De los delitos previstos en la Ley Federal para prevenir y sancionar los Delitos cometidos en materia de Hidrocarburos;

d) Terrorismo, en términos del Código Penal Federal;

e) Extorsión agravada, cuando se comete por asociación delictuosa;

f) Contra la salud, previsto en los artículos 194, fracciones I y II, 195, 196 Ter, 197, primer párrafo del Código Penal Federal y los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter y en los artículos 475 y 476 de la Ley General de Salud;

g) Posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas o de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea;

h) Homicidio doloso, en todas sus modalidades, incluyendo el feminicidio;

i) Violación sexual, en todas sus modalidades;

j) Lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente;

k) Robo cometido con violencia física o moral;

l) Trata de personas;

m) Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación;

n) Delitos cometidos contra el libre y normal desarrollo de la personalidad;

ñ) Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos.

La anterior propuesta busca homologar la imposición de la sanción de internamiento en algunos de los delitos de alto impacto que ameritan prisión preventiva en adultos, lo que se estima congruente en dos sistemas de justicia garantistas que permiten la privación de libertad de forma excepcional y proporcional, pero diferenciados en la duración de las mismas. Delitos que

por su naturaleza solamente pueden cometerse dolosamente, por lo que pudiera ser innecesaria la propuesta de supeditar la realización dolosa del delito para imponer la sanción de internamiento.

B. Cámara de Senadores.

Ricardo Monreal Ávila, senador de la República e integrante del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Regeneración Nacional, presentó el 21 de noviembre de 2019 la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 4 de la Ley Nacional de Ejecución Penal y el artículo 29 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en materia de reinserción social, la cual fue publicada en la misma fecha en la Gaceta Parlamentaria, y turnada a las Comisiones Unidas de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda.⁴⁷

En la exposición de motivos, sostiene que la justicia penal en México tiene como fin principal sancionar y vigilar el cumplimiento de la sentencia en un centro penitenciario; sin embargo, es tiempo de que se privilegie un enfoque de reinserción social efectiva, para evitar la reincidencia delictiva y se dé plena eficacia a uno de los ejes que motivaron la expedición de la Ley Nacional de Ejecución Penal. La justicia debe articularse a una perspectiva multifactorial y multicausal del delito, de manera que las instituciones del Estado se coordinen para reducir los factores que propician la comisión de los delitos, así como para evitar que quienes han delinquido vuelvan a hacerlo. Para ello no es tarea menor la implementación de políticas públicas y acciones legislativas. Refiere que en el artículo 18 constitucional se busca que no se vuelva a delinquir y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis dio cuenta del cambio del fin de la pena: en principio, regenerar; después readaptar y ahora la reinserción social, y procurar que no se vuelva a delinquir, con respeto a los derechos humanos.

⁴⁷ Senado de la República, [22 de junio de 2020], disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/2019_11_21/2540#416

El legislador advierte que el artículo 207 de la Ley Nacional de Ejecución Penal dispone que las autoridades correspondientes, en coordinación con la unidad de servicios postpenales, deben establecer centros de atención y formar redes de apoyo postpenal, a fin de que a las personas liberadas, externadas y a sus familiares, se les brinde el apoyo necesario para facilitar su reinserción social y prevenir la reincidencia. La precitada Ley Nacional en su artículo 4 sobre la reinserción, no considera –según el senador– la prevención de la reincidencia, y por ello estima que debiera hacerlo, para que las autoridades penitenciarias desarrollen programas, planes y actividades que atiendan la reinserción.

El senador considera que el aumento de la incidencia delictiva es preocupante, por lo que las acciones preventivas del delito adquieren relevancia para conseguir la paz y seguridad en el país. En la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2016, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el 60% de la población en prisión con antecedentes penales fue sentenciada por robo la última vez que fue juzgada, mientras que el 12.9% fue procesada por posesión ilegal de drogas. En 2018 ingresaron 101 512 personas a centros penitenciarios y a centros de tratamiento y/o internamiento para adolescentes de las entidades federativas; y en ese período egresaron 103 820 personas de estos centros de reclusión. Al cierre de 2018 se encontraban privadas de libertad 178 406 personas. Lo que estima el Iniciante refleja la dificultad para una eficaz reincorporación a la sociedad de las personas privadas de la libertad.

El legislador menciona que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, agrupó los tipos de prevención del delito en cuatro bloques. Uno de ellos se refiere a la reinserción social, mediante programas dirigidos a niños, jóvenes o adultos, incluso para los detenidos y los que regresan a la comunidad. El apartado d) del párrafo 6 de las Directrices para la Prevención del Delito, expresa que es importante prevenir la reincidencia proporcionando asistencia para la reintegración social de los delincuentes y a través de otros mecanismos preventivos.

A decir del senador, los condenados corren mayor riesgo de reincidir, al tener escasas oportunidades y aptitudes para una vida legítima, posibles vínculos

con otros delincuentes y modos de vida afines a la delincuencia. Su reinserción se favorece si se les proporciona formación para el empleo y la vida, estilos de vida alternativos y roles modélicos con apoyo y vivienda decente en la comunidad. Los programas en prisión pueden ayudar; los albergues de reinserción u hogares de acogida pueden ofrecer apoyo y asesoramiento, así como facilidades de microcrédito; y los programas de justicia restaurativa, las conferencias de grupos familiares o comunitarios, pueden ayudar a los delincuentes a reinsertarse en la sociedad.

Apunta que el Manual Introductorio sobre la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes de las Naciones Unidas de 2018, señala que la rehabilitación de los delincuentes y su exitosa reinserción social en la sociedad deberían estar entre los objetivos básicos de los sistemas de justicia penal. Así, por ejemplo, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela), establecen que la provisión de programas de rehabilitación significativos en las cárceles es crucial para lograr los propósitos finales de una sentencia de prisión, concretamente para reducir la reincidencia y mejorar la seguridad pública.

El Iniciante considera también necesaria la prevención de la reincidencia para los adolescentes, pues el artículo 18 constitucional dispone que las medidas tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente. Hay que atender las circunstancias que lo orillaron a delinquir y prevenir que reincida mediante programas, incluso los detenidos y quienes regresan a la comunidad. Por ende, plantea adicionar la prevención de la reincidencia en el delito para impulsar la reintegración a la vida social, tanto para adultos como para adolescentes, con el fin de alcanzar la seguridad y la paz, mediante la propuesta de reforma a los artículos 4 de la Ley Nacional de Ejecución Penal y 29 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en los términos siguientes:

Ley Nacional de Ejecución Penal

Artículo 4. Principios rectores del Sistema Penitenciario.

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

Reinserción social. Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos, **así como la prevención de la reincidencia en el delito.**

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Artículo 29. Reinserción social

*Restitución del pleno ejercicio de los derechos y libertades tras el cumplimiento de las medidas ejecutadas con respeto a los derechos humanos de la persona adolescente, **así como la prevención de la reincidencia en el delito.***

Se estima que la anterior propuesta aborda la parte neurálgica de la seguridad pública: la prevención del delito, mediante la reinserción social para evitar

la reincidencia con mecanismos en libertad, lo que es necesario para impedir el dejar a la deriva al adulto o adolescente que ha cumplido su sentencia privado de la libertad.

VII. Una mirada a The Juvenile Justice of the United States of America

A. Antecedentes y desarrollo del sistema de justicia juvenil (de las cortes para menores a las cortes penales para adultos). *Juvenile Law Center* apunta que en 1899 en el condado de Cook, Illinois, se estableció el primer tribunal para menores. A partir de ello, los estados reconocieron que los niños que cometen crímenes son diferentes a los adultos; los niños son una clase menos reprochable, con mayor capacidad de cambio. En 1920, todos los estados de la Unión Americana tenían establecido un sistema de justicia juvenil separado de la justicia penal. Originalmente, el proceso judicial juvenil era informal, una conversación entre el joven y el juez; el acusado carecía de representación legal. Los procedimientos se llevaron a cabo a puerta cerrada, con poca conciencia pública o comunitaria de cómo funcionaba el tribunal de menores o lo que les sucedió a los niños que comparecieron ante él. En lugar de confinar a los jóvenes en las cárceles con adultos, los primeros tribunales de menores crearon un sistema de libertad condicional y servicios separados de rehabilitación y tratamiento para proporcionar a los menores supervisión, orientación y educación.⁴⁸

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en su fallo histórico de 1967 en el caso *In re Gault*, determinó que la Constitución exige que los jóvenes acusados de delitos en los tribunales de menores tengan garantizados muchos de los mismos derechos de debido proceso de los adultos acusados de delitos, incluido el derecho a un abogado y el derecho a enfrentar a los testigos en su contra. Después amplió derechos constitucionales adicionales a los jóvenes. En 1971, la Corte Suprema decidió que los jóvenes no tenían

⁴⁸ Juvenile Law Center, [23 de junio de 2020], disponible en: <https://jlc.org/youth-justice-system-overview>

Sistema de justicia penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

Oscar Uribe Benítez

derecho a juicios con jurado en un tribunal de menores, pero varios estados han elegido judicial o legislativamente proporcionar a los jóvenes el derecho a un juicio con jurado.⁴⁹

A finales de la década de 1980 y principios de 1990 aumentó la tasa de delitos cometidos por jóvenes, lo que llevó a los legisladores a adoptar políticas *duras contra la delincuencia*, privando a los jóvenes de ciertas protecciones del sistema de justicia juvenil. Los Estados promulgaron mecanismos para trasladar a los jóvenes de los tribunales penales de menores a los tribunales penales de adultos para su juicio y castigo. En algunos casos, las nuevas leyes fijaron penas más severas: la muerte y la vida, sin la posibilidad de libertad condicional. Muchas de las nuevas leyes estatales también expusieron a los jóvenes a los peligros y posibles abusos atribuidos al encarcelamiento con delinquentes adultos, como habían experimentado antes de la creación del tribunal juvenil original más de un siglo antes.⁵⁰

A diferencia de los procedimientos penales de adultos, las audiencias judiciales de menores a menudo se cierran a los miembros del público y los registros en algunos estados siguen siendo confidenciales, protegiendo a los niños del estigma y las consecuencias colaterales cuando sus registros están a disposición del público. Sin embargo, los registros juveniles se han vuelto cada vez más accesibles, y en la mayoría de las jurisdicciones no se sellan o eliminan automáticamente cuando el joven se convierte en adulto. Esto crea barreras para obtener empleo, servir en el ejército o inscribirse en programas de educación superior.⁵¹

B. Límites de la edad para la delincuencia juvenil. El *National Institute of Corrections* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, señala que todos los estados establecen límites de edad sobre una conducta que viola la ley y es considerada delincencial tanto para un niño como para un adulto. La edad superior para una corte juvenil, tradicionalmente ha sido

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ *Ídem.*

de 17 o 18 años en la mayoría de los estados. La edad inferior, el derecho común la establece lo más baja a los siete años de edad, aunque muchos estados la especifican en estatutos. Pero también existe la edad extendida para la delincuencia juvenil hasta los 20 años de edad, en la que el juez de la corte de menores puede continuar su jurisdicción.⁵²

Angel Zang realizó una recopilación de las edades superiores e inferiores, así como de las extendidas por cada estado, conforme a los estatutos vigentes en 2016,⁵³ las cuales se muestran en el cuadro siguiente:

Límites de edad de delincuencia en los Estatutos Juveniles Estatales de los Estados Unidos de América, 2016

Estado	Edad superior	Edad inferior	Edad extendida*
Alabama	17	No especifica	20
Alaska	17	No especifica	19
Arizona	17	8	20
Arkansas	17	10	20
California	17	No especifica	24
Colorado	17	10	FT**
Connecticut	17	7	19
Delaware	17	No especifica	20
District of Columbia	17	No especifica	20
Florida	17	No especifica	20
Georgia	16	No especifica	20
Hawaii	17	No especifica	FT
Idaho	17	No especifica	20
Illinois	17	No especifica	20
Indiana	17	No especifica	20

52 U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, [23 de junio de 2020], disponible en: <https://nicic.gov/juvenile-justice-1>

53 ZANG, Ángel, *Juvenile Justice, Geography, Police, Practice, & Statistics*, July 2017, [23 de junio de 2020], disponible en: http://www.ncjj.org/pdf/JJGPS%20StateScan/JJGPS_U.S._age_boundaries_of_delinquency_2016.pdf

**Sistema de justicia penal para adolescentes:
 Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
 por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura**

Oscar Uribe Benítez

Iowa	17	No específica	20
Kansas	17	10	22
Kentucky	17	No específica	20
Louisiana	16	10	20
Maine	17	No específica	20
Maryland	17	7	20
Massachusetts	17	7	20
Michigan	16	No específica	20
Minnesota	17	10	20
Mississippi	17	10	19
Missouri	16	No específica	20
Montana	17	No específica	24
Nebraska	17	No específica	20
Nevada	17	No específica	20
New Hampshire	17	No específica	20
New Jersey	17	No específica	FT
New Mexico	17	No específica	20
New York	15	7	20
North Carolina	15	6	20
North Dakota	17	7	19
Ohio	17	No específica	20
Oklahoma	17	No específica	18
Oregon	17	No específica	24
Pennsylvania	17	10	20
Rhode Island	17	No específica	20
South Carolina	16	No específica	20
South Dakota	17	10	20
Tennessee	17	No específica	20
Texas	16	10	18
Utah	17	No específica	20
Vermont	17	10	21
Virginia	17	No específica	20
Washington	17	No específica	20

West Virginia	17	No especifica	20
Wisconsin	16	10	24
Wyoming	17	No especifica	20
Territory American Samoa	17	10	20
Guam	17	No especifica	20
Northern Mariana	17	No especifica	20
Puerto Rico Islands	17	No especifica	20
The Virgin Islands	17	No especifica	18

* Se amplía la jurisdicción de una corte para menores a 20 años de edad, cuando la conducta delictiva se cometió antes de finalizar la edad superior y requiere el consentimiento del menor.

** Se refiere al término completo de la disposición.

C. Transferencia de menores a tribunales penales para adultos. Patrick Griffin, Sean Addie, Benjamin Adams y Kathy Firesrtine, señalan que en las décadas de 1980 y 1990 las legislaturas en casi todos los estados ampliaron las leyes de transferencia que permiten o requieren el enjuiciamiento de menores en tribunales penales para adultos. Sobre el particular, realizaron un análisis de las leyes de transferencia (*waiver*) de cada estado y advirtieron tres categorías:

1. Leyes que permiten por caso y con la aprobación del juez, con base en la norma y después de una audiencia formal. La decisión del juez es discrecional. Sin embargo, en algunos estados la transferencia se presume para cierta clase de delitos y en otros expresan las circunstancias en las que la transferencia es obligatoria.

2. Leyes que otorgan al fiscal facultad discrecional para la transferencia, o bien es concurrente con cierta clase de casos. No se realiza audiencia para ello, y puede no haber normas para determinar qué tribunal es el apropiado. La decisión se confía enteramente al fiscal.

3. Leyes que otorgan a las cortes penales jurisdicción exclusiva sobre cierta clase de casos que involucran a delincuentes juveniles; por tanto, si un caso

se ubica en una categoría de transferencia, deberá ser presentado el joven en la corte penal.

La mayoría de los estados permiten que los jueces de los tribunales de menores renuncien a la jurisdicción (*waiver*) en ciertos casos y transferirlos a un tribunal penal, como se indica en el cuadro siguiente.⁵⁴

Estado	Cualquier ofensa criminal	Ciertos delitos	Crí- menes capita- les	Asesi- nato	Ofensas a cierta persona	Ofensas a cierta propie- dad	Ofensas por cierta droga	Ofen- sas por cierta arma
Alabama	14							
Alaska	NS*							
Arizona		NS						
Arkansas		14	14	14	14			14
California	16							
Colorado		12		12	12			
Delaware	NS							
Dist. of Columbia	16	15						NS
Florida	14							
Georgia	15		13		13			
Hawaii		14		NS				
Idaho	14	NS		NS	NS	NS	NS	
Illinois	13							
Indiana		14		10			16	
Iowa	14							
Kansas	10							
Kentucky		14	14					
Louisiana				14	14			
Maine		NS						

⁵⁴ U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Juvenile Offenders and Victim: National Report Series, Bulletin, *Trying Juveniles as Adults: An Analysis of State Transfer Laws and Reporting, 2011*, [23 de junio de 2020], disponible en: http://www.ncjj.org/pdf/Transfer_232434.pdf

Maryland	15		NS					
Michigan		14						
Minnesota		14						
Mississippi	13							
Missouri		12						
Nevada	14	14						
New Hampshire		15		13	13			
New Jersey	14			14	14	14	14	14
North Carolina		13						
North Dakota	16			14				
Ohio		14						
Oklahoma		NS						
Oregon		15		NS	NS	15		
Pennsylvania		14						
Rhode Island	NS	16	NS					
South Carolina	16	14		NS	NS		14	14
South Dakota		NS						
Tennessee	16			NS	NS		14	
Texas		14	14					
Utah		14						
Vermont				10	10	10		
Virginia		14						
Washington	NS							
West Virginia		NS		NS	NS	NS	NS	
Wisconsin	15	14		14	14	14	14	
Wyoming	13							

* NS: No se especifica ninguna restricción de edad para un delito de esa categoría.

D. Jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en materia de Justicia Juvenil. *National Juvenile Defender Center* (NJDC) realizó el acopio y resumen de la jurisprudencia de la Suprema Corte en los términos siguientes:⁵⁵

Kent v. Estados Unidos, 383 US 541 (1966). Un tribunal de menores no tiene poder de *patriae parens* ilimitado. No tiene derecho a actuar con *arbitrariedad procesal*. La decisión de renunciar a un tribunal de menores a adultos requiere primero proporcionar al joven el debido proceso básico: una audiencia, asistencia efectiva de un abogado y una *declaración de razones* para la decisión.

In re Gault, 387 US 1 (1967). Esta decisión fue el punto de inflexión para los derechos de los menores en los tribunales de los Estados Unidos. Fue la primera vez que la Corte Suprema sostuvo que los niños que enfrentan enjuiciamiento por delincuencia tienen muchos de los mismos derechos legales que los adultos en los tribunales penales, incluido el derecho a un abogado, el derecho a permanecer en silencio, el derecho a la notificación de los cargos y el derecho a una audiencia completa sobre los méritos del caso.

In re Winship, 397 US 358 (1970). La Corte Suprema sostuvo que para las adjudicaciones de delincuencia, el estándar de prueba requerido es el mismo que para los casos penales (más allá de una duda razonable). Como en *Gault* confirmó, *las etiquetas civiles y las buenas intenciones no obvian la necesidad de garantías penales de debido proceso en los tribunales de menores*.

McKeiver v. Pennsylvania, 403 US 528 (1971). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que la Cláusula del Debido Proceso de la 14ª Enmienda no garantizó el derecho a juicio por jurado en la fase resolutoria de un procedimiento judicial de delincuencia juvenil. Si se impusiera un jurado, una formalidad importante en el proceso penal, en los juicios juveniles, quedaría poco para distinguir una audiencia de delincuencia juvenil de un juicio penal, escribió el juez Blackmun para la pluralidad. También de

⁵⁵ *National Juvenile Defender Center* (NJDC), [24 de junio de 2020], disponible en: <https://njdc.info/practice-policy-resources/united-states-supreme-court-juvenile-justice-jurisprudence/>

importancia para Blackmun, fue el hecho de que antes de *Gault* la Comisión del Presidente de 1967 sobre Aplicación de la Ley y Administración de Justicia, en el Informe del Grupo de Trabajo sobre delincuencia juvenil, no recomendó que los menores sean juzgados por jurado. Finalmente, la pluralidad sostuvo que debido a que los jurados no son necesarios para asegurar una adecuada investigación de los hechos, como tales, no son vitales para el debido proceso.

Breed v. Jones, 421 US 519 (1975). Una vez que se juzga a un menor en una audiencia de adjudicación, es una violación de la Cláusula de Doble Riesgo (*non bis in idem*) de la Quinta Enmienda que posteriormente se le someta a un juicio penal por el mismo acto. *Gault* y su progenie redujeron las diferencias entre el proceso penal para adultos y el proceso juvenil, pero *McKeiver* y otros son recordatorios doctrinales de que los requisitos del debido proceso impuestos por la Constitución no son idénticos para delinquentes juveniles y delinquentes adultos.

Roper v Simmons, 543 US 551 (2005). La imposición de la **pena de muerte** por delitos cometidos por menores **es un castigo cruel e inusual** en el sentido de la 8ª Enmienda. El juez Kennedy, al escribir para la mayoría, señaló que la Corte limitó constantemente la pena de muerte al peor de los delinquentes. Citando las más recientes ciencias sociales y neurociencias, discutió **tres características generales que separan a los niños de los adultos**, al mismo tiempo que sirven para excluir a los menores de la categoría de los peores delinquentes. Primero, los menores carecen de madurez y tienen un sentido subdesarrollado de responsabilidad, lo que resulta en acciones y decisiones impetuosas y mal consideradas. En segundo lugar, los juveniles son más vulnerables y susceptibles a las influencias negativas y a las presiones externas, incluida la presión de grupo. Tercero, el carácter de un menor no está tan bien formado como el de un adulto; por lo tanto, poseen mucho más potencial para la rehabilitación.

Graham v. Florida, 130 S.Ct. 2011 (2010). Ampliando el análisis y la lógica de *Roper*, la Corte Suprema sostuvo que era **inconstitucional imponer la pena de cadena perpetua** sin la posibilidad de libertad condicional a los

menores. La opinión también señaló que los jóvenes tienen dificultades para participar en su propia representación. Si bien *un estado no necesita garantizar la liberación eventual del delincuente ... debe proporcionar ... alguna oportunidad realista para obtener la liberación antes del final de ese período*. La participación en *Graham* dejó sin respuesta lo que la Corte quiso decir con una *oportunidad realista para obtener la liberación*.

***Miller v. Alabama*, 567 US 460 (2012)**. El Tribunal continuó la línea de casos como *Roper-Graham*, y sostuvo que **los menores no pueden ser condenados a cadena perpetua sin la posibilidad de libertad condicional por delitos de homicidio**, donde tal sentencia es la única opción. **Deben tenerse en cuenta los factores atenuantes antes de que un menor pueda ser condenado a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional**.

***JDB v. Carolina del Norte*, 131 S. Ct. 2394 (2011)**. El Tribunal decidió si la edad era un factor que definía la *custodia* para los propósitos de las advertencias *Miranda*. *JDB*, de 13 años, era un estudiante de educación especial, sospechoso de robo. En la escuela, mientras *JDB* estaba en clase, un oficial de policía uniformado lo llevó de su salón de clases a una sala de conferencias, en donde fue interrogado por el subdirector, el administrador de la escuela y un investigador de la policía. Nunca le leyeron sus derechos *Miranda*, ni fueron notificados sus guardianes. *JDB* se incriminó en los robos. Solo después de que *JDB* se incriminó en los robos se le informó que era libre de irse. La juez Sotomayor escribió la Opinión de la Corte, sosteniendo que en algunas circunstancias, la edad de un niño *habría afectado cómo una persona razonable* en la posición que el sospechoso *percibiría su libertad para irse*. La edad de un niño es mucho *más que un hecho cronológico*. Con referencia al caso *Roper*, la opinión de la Corte citó *conclusiones de sentido común sobre el comportamiento y la percepción*, que se aplican ampliamente a los niños como una clase. Los niños *generalmente son menos maduros y responsables que los adultos, a menudo carecen de la experiencia, la perspectiva y el juicio para reconocer y evitar opciones que podrían ser perjudiciales para ellos, y son más vulnerables o susceptibles a presiones externas que los adultos*. En el contexto específico del interrogatorio policial, los eventos que *dejarían a un hombre frío y sin impresionarse pueden*

sobrecoger y abrumar a un adolescente. La decisión concluyó que la edad es un factor a considerar para determinar si un individuo está *bajo custodia*.

VIII. Conclusiones

Primera. La política criminal en México para la edad penal ha transitado de los 14 años de edad, en el siglo XIX; a los 15, después a los 16 y posteriormente a los 18 años de edad, en el siglo XX; para permanecer en los 18 años de edad en lo que va del siglo XXI. Lo que implicó que los menores de esas edades penales hayan recibido un trato diferente, de un paternalista o tutelar a un garantista.

Segunda. Los compromisos internacionales que ha adquirido México, por medio de tratados y resoluciones en los sistemas de protección de derechos humanos universal e interamericano, han promovido y consolidado en nuestro país un sistema de justicia penal para adolescentes, que ha sido motivo de interpretaciones por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se destaca la excepcionalidad de la medida de internamiento, su menor duración y su proporcionalidad, en aras del interés superior del niño, niña y adolescente.

Tercera. En el anterior contexto del sistema de justicia penal para adolescentes, nos interesaron las iniciativas que presentaron algunos integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Regeneración Nacional en la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión, hasta el segundo año de ejercicio en que se llevó a cabo la presente investigación, por tratarse de la primera fuerza política del país y de izquierda, así como por ser una mayoría para el gobierno que no se había dado desde 1997; es decir, nos interesó saber sus inquietudes y posiciones en relación con dicho sistema.

En este sentido, en la Cámara de Diputados cuatro legisladoras presentaron iniciativas de reforma y adición a la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; y dos de ellas coincidieron en la problemática de que la delincuencia organizada en México ha reclutado

a menores de edad vulnerables para la realización de ciertas actividades delictivas, a fin de evitar que los adultos se arriesguen a condenas largas, a diferencia de la medida de internamiento excepcional y de corta duración a la que se exponen los menores de edad. Por ello, propusieron que las medidas de internamiento abarcaran los delitos en materia de hidrocarburos y los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa para adultos. Las otras dos iniciativas pretenden reforzar la protección de los menores de edad y la reinserción social. En la Cámara de Senadores, un legislador en su Iniciativa pretende que en la reinserción social se incluya la prevención del delito para evitar la reincidencia, tanto para los adultos como para los adolescentes.

En resumen, las inquietudes de algunos integrantes del Grupo Parlamentario de Morena, hasta el mes de junio de 2020, son diferentes y coinciden las que versan sobre la aplicación de la medida de internamiento para ciertos delitos.

Cuarta. En nuestra opinión, al observar la experiencia del sistema de justicia juvenil americano: en 2018 alcanzaron el más bajo nivel desde 2005 los delitos contra la propiedad, personas, orden público y drogas; y en los últimos diez años (2009-2018) el número de casos en tribunales de menores ha decrecido en todos los delitos.⁵⁶ A los adolescentes en México de 16 a 18 años de edad que cometan delitos de alto impacto social es factible que puedan ser transferidos a un tribunal penal para su juzgamiento, por tener un mayor desarrollo de madurez emocional, mental e intelectual que les permite discernir y comprender el ilícito penal y sus consecuencias, aplicándoles como pena máxima la menor del delito cometido y como mínima la mitad, con posibilidad de libertad anticipada, mediante reformas constitucional y legal, con respeto a los principios que rigen al sistema de justicia penal para adolescentes.

⁵⁶ National Center for Juvenile Justice, *Juvenile Court Statistics 2018*, Sarah Hockenberry y Charles Puzanchera, abril 2020, pp. 6 y 7 (Consultada el 25 de junio de 2020), disponible en: <https://ojdp.ojp.gov/sites/g/files/xyc-kuh176/files/media/document/juvenile-court-statistics-2018.pdf>

IX. Bibliografía

CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 13ª edición, México, Porrúa, 1980.

COX, Steven M., *et al.*, *Juvenile Justice: A Guide to Theory, Police, and Practice*, Ninth Edition, United States of America, SAGE, 2018.

DUBLÁN, Manuel, y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Tomo XI, México, 1879. Edición digitalizada, 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, El Colegio de México y Escuela Libre de Derecho.

Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, 2016.

Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, *et al.*, *Electronic Monitoring of Youth in The California Juvenile Justice System*, University of California, Berkeley Law, 2017.

ZANG, Angel, *Juvenile Justice, Geography, Police, Practice, & Statistics*, July 2017.

Páginas web

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Juvenile Law Center.

Sistema de justicia penal para adolescentes:
Análisis de iniciativas presentadas en las Cámaras de Diputados y Senadores
por integrantes del Grupo Parlamentario de Morena en la LXIV Legislatura

Oscar Uribe Benítez

National Juvenile Defender Center.

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación.

Secretaría de Relaciones Exteriores.

U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections.

U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Juvenile Offenders and Victim: National Report Series, Bulletin, *Trying Juveniles as Adults: An Analysis of State Transfer Laws and Reporting*, 2011.

Q uórum 132 Legislativo

EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO^{1*}

Laura Eugenia Rodarte Ledezma^{**}

Sumario:

I. Introducción

II. Derechos sociales

III. Los derechos sociales en el ordenamiento mexicano

IV. Conclusiones

V. Bibliografía

^{1*} Véase también “Efectividad de los derechos sociales en España”, publicado en la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*.

^{**} Investigadora A del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, maestra en Derecho Constitucional.

Q uórum 132 Legislativo

I. Introducción

En México, la efectividad de los derechos sociales depende de la adopción de medidas legislativas que tiendan a proteger dichos derechos, entre ellas, la de crear mecanismos procesales efectivos o la mejora de los ya existentes que permitan la exigibilidad ante tribunales y, por ende, la eficacia de los mismos.

En el presente trabajo se realiza un estudio de los derechos sociales en México, el cual posibilitará realizar un análisis sobre cuál es el grado de protección, los recursos existentes, las obligaciones generales del Estado y las estrategias de exigibilidad; dicho análisis permitirá comprender cuáles son algunas de las tareas pendientes del Poder Legislativo en materia de derechos sociales.

Es con la Constitución mexicana de 1917 que surge el denominado constitucionalismo social. En el primer apartado analizamos el término *Estado social*, destacando los elementos distintivos del mismo. Luego, se realiza un breve estudio referente a ¿qué se entiende por derechos sociales? con el cual se establecen algunos elementos presentes en la doctrina cuando se utiliza el término “derechos sociales”: a) los derechos sociales como derechos prestacionales, b) los derechos sociales como derechos de igualdad y c) los derechos sociales como derechos subjetivos. Además, se realiza una crítica a los principales presupuestos doctrinales que tienden a justificar la protección de estos derechos de manera excluyente y restringida, a saber: a) los derechos sociales como derechos positivos, b) los derechos sociales como derechos de segunda generación y c) los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados.

En el segundo apartado, se analizan los derechos sociales en el ordenamiento mexicano, en el que se estipulan las obligaciones de toda autoridad en materia de derechos humanos. Destaca el análisis que se realiza del principio de progresividad respecto a la posición que ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconociéndolos como *posiciones jurídicas definitivas*. Asimismo, se hace mención de diversos instrumentos internacionales a tener en cuenta en materia de derechos sociales. Además, se establecen las

obligaciones generales del Estado mexicano en materia de derechos sociales: a) la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, b) obligación de destinar el máximo de recursos disponibles y, c) obligación de crear recursos efectivos.

Finalmente, abordamos una serie de estrategias de exigibilidad indirecta utilizadas, en la mayoría de los casos, en el denominado litigio estratégico, entre otras, entre otras: a) la protección de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos, b) la protección de los derechos sociales a través de otros derechos sociales y, c) la protección de los derechos sociales a través del principio de igualdad y no discriminación.

II. Derechos sociales

1. Estado social

Con la Constitución mexicana de 1917 surge el denominado constitucionalismo social,¹ con el que se elevaron a rango constitucional los diversos postulados de transformación social: ideas que se continuaron tras la posguerra con la Constitución de Weimar de 1919. Con estos textos situamos el nacimiento del denominado Estado social, aunque el proceso de transformación definitivo se dio en el constitucionalismo democrático que surgió después de la Segunda Guerra Mundial con la reivindicación de los derechos, la democracia y la consolidación de la justicia constitucional, pues es con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que la fórmula “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.² Dicha expresión tiene su origen en Hermann

1 De manera particular debemos mencionar la legislación social de Salvador Alvarado y la de Venustiano Carranza. Este último comprendió que debía impulsar diversas reformas sociales, así en las adiciones realizadas al Plan de Guadalupe se incluyó como necesidad la de legislar a favor de los mineros, peones y obreros y de expedir leyes que favorecieran la pequeña propiedad, entre otros; expidiendo la Ley Agraria, la legislación en materia de trabajo, y la Ley del Divorcio, que en palabras de Hermila Galindo esta última fue “la más alta reforma social”. Véase SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986)*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987, t. II, pp. 125-418.

2 Véanse los artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949.

Heller, Lasalle y Stein,³ la cual surge con diferentes matices que intentan dar respuesta a la denominada cuestión social, en un primer sentido dotando al Estado de derecho de contenido social (se dota al Estado de derecho de contenido económico y social, con ello se evita toda clase de dictaduras o fascismos), en otro el Estado como instrumento de transformación social (como mecanismo de autodefensa) y el que plantea la reforma social (el problema social como fin del Estado).⁴

Ante los diversos contenidos que pueden asignarse al término Estado social resulta una tarea difícil establecer una definición, por lo que trataré de señalar algunos aspectos generales que le son aplicables. El Estado social es diferente al Estado de bienestar y al Estado asistencial⁵ pues estos son adoptados desde un enfoque político y en ocasiones socioeconómico. En cambio, el Estado social tiene naturaleza jurídica.

Además, la seguridad social es una de las claves y elemento distintivo del Estado social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o riesgo, o la cobertura de situaciones de necesidad.⁶ Tal como lo señala Benda, la “seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”⁷ e implica para el Estado una obligación de satisfacer algunas necesidades

3 Véase HELLER, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 275-301; LASALLE, Ferdinand, *El sistema de derechos adquiridos* (1861), en edición alemana *Das System der erworbenen Rechte*, un análisis lo encontramos en Cole, G.D.H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. Rubén Landa, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1964, t. I, pp. 9-18; STEIN, Lorenz von, *Movimientos sociales y monarquía*, trad. Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

4 Véase CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, p. 43 y ss.; FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984, pp. 337-340.

5 Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2003, año 23, núm. 69, pp. 139-146, el autor señala que la consecución de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de derecho. Ahora, las prestaciones otorgadas en el Estado social son principalmente para quienes las necesitan, no están supeditadas a que se otorguen sólo a los contribuyentes.

6 CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

7 BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en Maihofer, Werner *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. ed. Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

básicas de las personas y una creciente intervención en la redistribución de bienes y servicios que permitan alcanzar la denominada justicia social.⁸ Ahora, tanto la asistencia en caso de riesgo o siniestro como la cobertura de situaciones de necesidad son factores que exigen que el Estado asuma un nuevo papel. Esta es una de las transformaciones que en mayor medida afecta a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.⁹

Así, la legitimación de los poderes públicos no sólo dependerá de su *abstención* o *no intervención*, sino también de la promoción que de los derechos realicen, principalmente tratándose de los sociales. Como señala Luigi Ferrajoli, sobre el cambio de legitimación del Estado, “mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja”.¹⁰ De esta manera, el Estado social como Estado constitucional trata no solamente de que el primero se constituya en una manifestación de buenas intenciones, sino que se acompañe de preceptos constitucionales que permitan a los poderes públicos intervenir para lograr el efecto deseado.

⁸ Jorge Carpizo realiza una propuesta de clasificación de los derechos de la justicia social en la Constitución de Querétaro de 1917, en ella destaca los instrumentos del Estado mexicano para hacer efectivos dichos derechos: a) tradicionales y b) propios del Estado: rectoría del desarrollo nacional, labores de planeación y apoyos e impulsos a los actores económicos. CARPIZO, Jorge, “Una clasificación de los derechos de justicia social”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 297-299.

⁹ CARBONELI, Miguel, “Los derechos sociales: elementos para una lectura clave normativa”, en José Ma. Serina de la Garza (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 187. Del mismo autor (2011): *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Juan Carlos Bayón Mohino *et al.*, Madrid, Trotta, 1995, p. 862.

2. *Derechos sociales: noción*

Para comprender ¿qué se entiende por derechos sociales? se señalan algunos elementos que se encuentran presentes en la doctrina cuando se usa la expresión “derechos sociales”, y que, además, permitirán precisar y comprender el contenido de estos derechos. Sin lugar a duda la noción de derechos sociales no es homogénea entre los autores, por lo que resulta en muchos casos imprecisa y ambigua.

Los derechos sociales tienen que ser entendidos como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno.¹¹ Así, estos deben ser entendidos como normas jurídicas, aunque su efectividad dependa, en ocasiones, del desarrollo legislativo que de los mismos se realice o de la interpretación limitada por parte del juzgador al considerarlos sólo como meros principios rectores o como derechos axiológicamente subordinados –pues esto último es una idea ampliamente extendida pero no por ello una posición que deba perpetuarse–.

A. Los derechos sociales como derechos prestacionales

En relación con los derechos sociales como derechos prestacionales hay que atender al contenido de la obligación que radica en su carácter positivo. Aunque, hay derechos sociales que se apartan de dicha característica, como la libertad sindical o el derecho a huelga, y otros que requieren una intervención del Estado pero que tampoco pueden calificarse como tal y que pueden derivar, entre otros, del contrato laboral, como: la duración de la jornada máxima de trabajo (diurno o nocturno), el salario mínimo de que deberá disfrutar el trabajador, entre otros.

Lo anterior significa que no todos los derechos sociales son derechos prestacionales; pero, tampoco, no todos los derechos que implican una prestación pueden calificarse como sociales. Por ejemplo, el de la tutela judicial efectiva o la defensa o asistencia de un letrado difieren de esta

¹¹ CARBONELL, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 190.

característica, además de entender que los anteriores se aplican a todos los derechos cuando se pretende su protección ante tribunales.

Aunque los derechos prestacionales requieren una intervención del Estado, no todos los derechos deben calificarse como prestaciones, ya que estos comprenden una obligación de carácter positivo de dar o hacer pero, en principio, en el sentido en que se ha señalado con anterioridad, pues para clasificar un derecho como prestacional no se requiere que éste sea considerado propiamente como un derecho social, por lo que también hay que atender a los fines del Estado y esto obliga a que se incluyan tanto derechos sociales como civiles y políticos, sin distinción. Por ello, cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto, nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: subsidios de desempleo, salud, educación o vivienda.¹²

B. Los derechos sociales como derechos de igualdad

En principio, cuando se habla de derechos sociales como derechos de igualdad, se entiende que la *igualdad* se configura como el goce de un régimen jurídico diferenciado respecto de una cuestión de hecho que trata de ser limitada y, no como una realidad. Así, se configura primero como una *igualdad formal* y luego como *igualdad material*, entendiendo que hay una relación entre ambas, pues en la interpretación de la norma el juez tiende a eliminar aquellas formas de discriminación que son proclives a todo tipo de arbitrariedad ya sea por parte de los poderes públicos o de los particulares. Es decir, el principio de *igualdad formal* o *de trato* por si sólo presenta una imagen mitificada de la realidad pues queda subsumido al principio de

¹² Tras la crisis sanitaria la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR) señaló que en el 2020 el monto de retiros parciales representó un incremento del 66 por ciento respecto del año anterior, lo que afectará al sistema pensionario. Sobre esta problemática y la necesidad de una reforma integral véase el “Mensaje del presidente de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, Dr. Abraham Everardo Vela Bid, con motivo del ejercicio de parlamento abierto sobre el proyecto de decreto del Ejecutivo para fortalecer las pensiones del Sistema de Ahorro para el Retiro”, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/597571/mensaj_dr_avd_parlamen_abiertVF.pdf. Sobre el sentido estricto de los derechos prestacionales véase PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Añón Roig, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 21.

la legalidad y no permite transformarla, así la respuesta que aporta puede considerarse como deficitaria, por lo que al hacerla efectiva se trata de aplicarla también en su aspecto material.

Lo anterior, sin dejar de lado que el concepto de igualdad presenta diversas dificultades al ser vago, polisémico y de difícil delimitación y, además que atañe a distintas áreas de las ciencias sociales pues ha sido estudiado tanto por el derecho, la economía, la sociología, la política, entre otros. Así, sobre dicho concepto hay que tener en cuenta lo que afirmó Francisco Rubio Llorente:

La igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.¹³

Aunque es un tratamiento breve sobre el principio de igualdad, lo anterior permite señalar que la característica *relacional* le otorga una apertura desde un punto de vista histórico, pues establece distintos parámetros que sirven como elementos de comparación e interpretación de los derechos. De manera que, es el que juzga al que corresponderá construir dichos parámetros, aunque no de manera arbitraria pues éste debe fundamentar el porqué de su razonamiento, esto es, existe una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor realizados.

¹³ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

Q¹³²

Así, la igualdad formal se traduce en una exigencia, primero para el legislador y, posteriormente, para el juzgador, que actúa como legislador negativo declarando la nulidad, derogación, reforma o modificación en la interpretación de la norma.¹⁴

Contrario a lo anterior, tratándose de la igualdad material, entonces el juez sustituye al legislador, en virtud de que este deberá crear una norma que vincule un derecho con cierta posición de hecho. Reafirma esta idea Pietro Sanchís, cuando señala que lo anterior no impide que pretensiones de igualdad puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad. Lo anterior parece inviable por las facultades propias del Tribunal Constitucional (Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso mexicano), pero puede darse en tres supuestos: cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental; cuando concurre con otro derecho y cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada de una exigencia de igualdad formal.¹⁵

C. Los derechos sociales como derechos subjetivos

Autores como Prieto Sanchís han señalado que en el caso de los derechos sociales prevalece la *dimensión positiva* respecto de la subjetiva,¹⁶ esto por la idea de abstención o intervención del Estado tratándose de los derechos civiles y políticos respecto de los sociales. Sin embargo, esta es una concepción que hay que matizar pues no marca una separación tan clara entre los distintos derechos.

14 KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, estudio preliminar de Guillermo Gasió, Madrid, Tecnos, 1995, 82 pp.; CARPIZO, Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (coords.), *Reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 68, señala al Tribunal Constitucional como “el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la ley fundamental a través de las garantías constitucional-procesales”.

15 Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 40.

16 *Ibidem*, p. 25, aunque el autor lo establece como dimensión objetiva, hay que entenderla como aquella que prescribe una obligación.

Por otro lado, la *dimensión subjetiva* de los derechos habría que entenderla en términos en los que se atribuyen facultades a las personas para el ejercicio de una acción, y no propiamente como característica en particular de los denominados derechos fundamentales. Dicho lo anterior, hay que señalar que la dimensión subjetiva de los derechos no sólo opera frente al Estado sino también frente a los particulares. Por lo anterior, hay que enfatizar que dicha dimensión subjetiva no es una característica específica de los derechos civiles y políticos, sino que se atribuye a las personas como facultad para el ejercicio de una acción.

3. Principales presupuestos doctrinales de los derechos sociales

Existen presupuestos doctrinales que tienden a justificar la protección de los derechos sociales de manera excluyente y limitada, tanto del legislador como del juez; sin embargo, es posible realizar una reconstrucción del valor de los derechos sociales. Cuestiones las anteriores que se analizarán en este apartado.

A. Los derechos sociales como derechos positivos

Los derechos sociales como derechos positivos exigen una acción positiva de intervención por parte del Estado y no sólo una abstención, aunque los denominados derechos civiles y políticos también se encuentran en el primer supuesto, pues en el ejercicio o protección de los derechos siempre interviene el Estado, de ahí que se requiera contar con una estructura mínima estatal para la protección de los derechos civiles y políticos y, de los derechos sociales,¹⁷ tal como señala Miguel Carbonell “los derechos sociales, para ser realizados, requieren una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio”.¹⁸ Aunque, tratándose de los derechos sociales, la estructura estatal

¹⁷ Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. Stella Mastrangelo, México, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 55-69, en la que señala que es inadecuada la distinción entre derechos positivos y negativos, pues los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos.

¹⁸ CARBONELLI, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 192.

resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas sólo conocidas en el Estado contemporáneo.

Es decir, ni los derechos civiles y políticos pueden considerarse únicamente como derechos negativos que impliquen sólo la abstención por parte del Estado, ni los derechos sociales sólo como derechos positivos que comprendan una prestación por parte de este.

En definitiva, todos los derechos civiles y políticos, al igual que los sociales presuponen la asignación de recursos, por lo que la disyuntiva en este caso es cómo y con qué prioridad se asignan los recursos para garantizar unos u otros derechos.¹⁹

B. Los derechos sociales como derechos de segunda generación

La clasificación de los derechos sociales como derechos de segunda generación²⁰ excluye experiencias históricas en las que se aprecia el carácter complementario entre derechos civiles, políticos y sociales y tiende a reducir la compleja historia de lucha y reivindicación de los derechos sociales.²¹

Por otro lado, privilegia la dimensión normativa de los derechos utilizando como marco la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,²² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²³ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),²⁴

¹⁹ Véase HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *op. cit.*, p. 27 y 63-80; JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 28-30.

²⁰ VASAK, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, UNESCO, 1979, pp. 16-33, es Vasak quién propone la clasificación generacional de los derechos.

²¹ Véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 35-36.

²² Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

²³ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

²⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), Organización de las Naciones Unidas,

estos últimos de 1966. Es decir, las categorías se fijan atendiendo a un momento histórico determinado (fecha de adopción, firma, ratificación y adhesión del instrumento), cuestión que enfatiza la problemática, pues contraviene los principios que tienen en común todos los derechos humanos en el plano internacional de universalidad, progresividad, indivisibilidad e interdependencia.

Por lo que la idea de que los derechos sociales son simplemente derechos tardíos no debe servir de excusa a legisladores, jueces o cualquier otra autoridad para privilegiar los derechos civiles y políticos, ya que la permanencia de esta idea propicia una reflexión restrictiva y excluyente de la protección de los derechos sociales.

C. Los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados

La idea de los derechos sociales como derechos exclusivamente de igualdad ha predominado como una forma de justificar la protección excluyente y limitada de dichos derechos.²⁵ En realidad, los derechos sociales no sólo guardan una relación con el principio de igualdad, están relacionados con el de dignidad y el de libertad.

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.²⁶ Debe defenderse que la base de los

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

²⁵ PISARELLO, Gerardo, *op. cit.*, pp. 39-52.

²⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009, pp. 11-14. Véase PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Latino Universitaria, 1980, p. 49; BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los derechos humanos*, México, UNAM e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p.79; CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos Humanos, aborto y eutanasia*, 2a. ed., México, UNAM e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 141 y, CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

derechos humanos es la dignidad y debe compartirse la idea de Jorge Carpizo que señala que “la dignidad de la persona está por encima de consideraciones positivistas y, debido a ella, nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos”.²⁷ Se podría decir, además, que de esta emanan los principios de libertad e igualdad y, añadir que otro de los rasgos distintivos de los seres humanos es la capacidad de razonar, la cual deriva en la capacidad de decidir, cuestión que implica necesariamente un margen de libertad. Luego, esta capacidad de razonar implica que todos sean iguales y merezcan el mismo respeto y protección de los derechos.

Tanto el PIDCP como el PIDESC señalan en su preámbulo que el reconocimiento de los derechos se deriva o desprende de la dignidad inherente a la persona humana. La Constitución mexicana reconoce en su artículo primero la dignidad humana al prohibir toda discriminación determinada por diferencias históricamente arraigadas que han situado a sectores de la población en situaciones de desventaja como el origen étnico o nacional, la condición social, la religión, las preferencias sexuales, entre otras.

En otro sentido, parece que la prioridad axiológica de los derechos también viene otorgada por la denominación de estos, ya sea que se les considere como derechos fundamentales o derechos humanos, en tanto que los primeros se constituyen como aquellos reconocidos en el ordenamiento nacional. Sin embargo, habría que considerar como fundamentales los derechos humanos que se encuentran en tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado mexicano²⁸ y no sólo por la ratificación sino por encontrar que la dignidad humana es la base de uno y otro ordenamiento jurídico, sin olvidar el *ius cogens* constituye normas reconocidas internacionalmente que obligan a los Estados.

27 *Idem*.

28 El artículo primero constitucional señala de manera expresa que “...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”.

Así, al constituirse la dignidad de la persona en la base de los derechos, entonces tenemos que las características de indivisibilidad, interdependencia, universalidad y progresividad se aplican a todos los derechos, tanto civiles, políticos y sociales, los cuales forman una unidad. Desde luego, nada impide que los derechos civiles y políticos se constituyan como instrumentos que aseguran la protección de los derechos sociales y viceversa.

III. Los derechos sociales en el ordenamiento mexicano

En el artículo primero constitucional encontramos el derecho de todas las personas de gozar de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, es decir, tanto civiles, políticos y sociales, teniendo como base la dignidad humana. En el mismo sentido se establece el principio de interpretación conforme. Además, se señala la obligación de toda autoridad de *promover, respetar, proteger y garantizar* dichos derechos de conformidad con los principios de indivisibilidad, progresividad, interdependencia y universalidad. Es decir, desde la dogmática constitucional observamos que, en México la protección de los derechos sociales no es excluyente ni limitada.

Sin embargo, aunque constitucionalmente no se establece una diferencia axiológica de subordinación, en la práctica estos había quedado supeditados a los derechos civiles y políticos. Actualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido la progresividad de estos derechos como *posiciones jurídicas definitivas* las cuales conllevan una prohibición de regresividad y la obligación del Estado mexicano de adoptar medidas legislativas que tiendan a proteger dichos derechos.²⁹ Es decir, esta posición cobra especial

²⁹ Tesis aislada: I.9o.P.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, noviembre de 2020. En la misma se observa que se incluye la interpretación realizada en el ámbito regional en materia de derechos humanos, señalando los casos *Furlán y Familiares vs. Argentina* y *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* respecto a la necesidad de promover prácticas de inclusión social y de adopción de medidas legislativas para remover las barreras en materia de discriminación por discapacidad. Es necesario advertir que la interpretación progresiva de dichos

relevancia al plantear una cuestión de irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales que, aunque el legislador goza de un margen de discrecionalidad antes de hacer una restricción deberá realizar una valorización ya que los derechos sociales no deben entenderse como una mera declaración constitucional vacía de contenido.

En otro orden de ideas, debemos reafirmar la obligación de garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales suscritos por México. En ese sentido, debemos tomar en cuenta el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),³⁰ ya que el Pacto de San José³¹ contiene como única disposición en materia de derechos sociales, la señalada en el artículo 26 que refiere la obligación del desarrollo progresivo por vía legislativa u otros medios apropiados.

Sin embargo, el Protocolo de San Salvador tiene como limitante que los derechos que pueden exigirse de manera directa son los contenidos en el párrafo a) del artículo 8 (derechos sindicales) y en el 13 (derecho a la educación) lo que conllevaría a señalar que el resto de los derechos reconocidos en el Protocolo podrían entenderse como meros derechos programáticos o como principios rectores de la política social y económica. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha puesto de relieve la discusión sobre la justiciabilidad directa de dichos derechos;³² sin embargo, es en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* en el que por vez primera la Corte IDH declaró la violación directa del derecho al trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana.³³

derechos se da de una manera más activa en el caso de los tribunales colegiados de circuito.

30 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

31 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

32 Entre otros, véase el voto razonado del juez Eduardo Ferrer en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

33 Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

Así, observamos una tendencia de consolidación de una cultura jurídica en derechos sociales desde el sistema interamericano. Sin embargo, advertimos que en México existen derechos sociales cuyo desarrollo podría encontrarse supeditado a un ejercicio legislativo, como: el derecho a la vivienda, el derecho a la salud o el derecho a un medio ambiente sano; aunque, como observaremos con posterioridad, esta no debe constituirse en una excusa para su protección, pues su entendimiento no debe reducirse a que son meramente programáticos, ya que su desarrollo se limitaría a la posibilidad de existencia de recursos. Es decir, ante una posible omisión del legislador, el contenido constitucional de dichos derechos no impide que en el curso de un proceso el juez los proteja.

Los derechos sociales en sí no sólo son resultado de la reivindicación de las demandas sociales de un periodo en concreto, sino que permiten, por un lado, mejorar las condiciones de vida de las personas y, por otro, superar la protección limitada y excluyente realizada por legisladores, jueces o cualquier otra autoridad en el ámbito de sus competencias. En consecuencia, habría que tomar a los derechos sociales en serio (R. Dworking) dejando de atribuirles un mero significado simbólico, teniendo en cuenta, además, la inexorable internacionalización de los valores superiores que acompañan a la fórmula contenida en el artículo primero constitucional. Lo cual es a su vez una consecuencia lógica del creciente movimiento de constitucionalización del derecho internacional y, de manera correlativa, de la internacionalización del derecho constitucional;³⁴ sin embargo, hay que hablar de *pluralismo jurídico*, ya que es una idea que promueve la interacción entre los distintos ordenamientos.³⁵

En otro orden de ideas, es necesario señalar la existencia de ordenamientos en los que los derechos sociales están expresamente reconocidos en la

34 JIMENA QUESADA, Luis, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

35 BOGDANDY, Armin von, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, pp. 563-565.

Constitución pero que no han sido desarrollados en legislación secundaria, lo que podría conllevar a una protección limitada y excluyente por parte del juez. Sin embargo, existen diversas vías de protección directa e indirecta de protección de los derechos sociales en México, las cuales analizaremos a continuación.

1. Obligaciones generales del Estado mexicano en materia de derechos sociales

Los derechos sociales al ser entendidos como derechos plenamente exigibles requieren la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o la mejora de los existentes.

El Estado mexicano en materia de derechos sociales tiene como obligaciones, de conformidad con el artículo primero constitucional, la de *respetar*, *proteger*, *promover* y *garantizar*³⁶ los mismos. La obligación de *respetar*³⁷ significa *abstener* de interferir en el disfrute del derecho. Lo que incluye a todos los poderes públicos del Estado, independientemente de la forma de organización que en cada uno de ellos se adopte. Además, incorpora el respeto a los recursos disponibles existentes, esto es, la obligación a una buena administración de los recursos de que dispone el Estado. Lo anterior, teniendo en cuenta que dichos derechos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.³⁸ La obligación de *proteger* significa *impedir* que tanto los agentes del Estado

³⁶ Cfr. EIDE, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategias de nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, 1989, 43, p. 48. El autor distingue como obligaciones del Estado en materia de derechos sociales: respetar, proteger y cumplir o realizar; sin embargo, en la Constitución mexicana se establece como obligación de todas las autoridades la de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

³⁷ Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal mexicano”, *Estudios Constitucionales*, 2012, año 10, núm. 2, pp. 151-153.

³⁸ GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65. El autor define *respeto* como “la obligación del Estado y todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones y omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.

como los particulares interfieran en el ejercicio y disfrute del derecho. Ahora, la obligación de *garantizar* significa *adoptar* medidas tendentes a lograr la efectividad de dichos derechos. Dicha obligación requiere el despliegue de cierta organización estatal³⁹ a través de la cual se asegure la eficacia y el pleno ejercicio de los derechos sociales. Al respecto, Héctor Gros Espiell señala que dicha obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.⁴⁰ Así, a través de la obligación de *garantizar* el Estado se compele no sólo a abstenerse, pues está obligado a adoptar medidas que permitan a las personas bajo su jurisdicción asegurar el pleno goce y ejercicio de sus derechos.⁴¹

Ahora, es en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se estipulan distintas obligaciones hacia los Estados Parte: a) “lograr progresivamente”;⁴² b) “hasta el máximo de los recursos de que disponga” y, c) “la adopción de medidas legislativas”, todas ellas tendentes a lograr la plena efectividad de los derechos.

A. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de progresividad implica la obligación del Estado mexicano de adoptar medidas destinando el máximo de recursos efectivos con miras a lograr la plena efectividad de los derechos; dicha obligación conlleva a determinar que los derechos sociales no pueden realizarse en un periodo breve de tiempo.⁴³

³⁹ CARBONELL, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 192.

⁴⁰ GROSS ESPIELL, *op cit.*, pp. 65-66.

⁴¹ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *op cit.*, pp. 154-155.

⁴² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *op cit.*, p. 93. Los autores señalan que la noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*; por el otro, el de *progreso*, consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos.

⁴³ A manera de ejemplo podemos mencionar la reciente reforma (mayo del 2020) al artículo 4o. constitucional que establece un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública. Es decir, el establecimiento de este sistema de becas no es una cuestión realizable en un breve periodo de

En necesario reiterar que, la Constitución mexicana reconoce el principio de progresividad en el artículo primero constitucional, el cual plantea una prohibición de regresividad de los derechos. No obstante, es necesario advertir que el legislador cuenta con un margen de discrecionalidad que le permite plantear situaciones en las que es necesario establecer un cierto grado de restricción a los derechos a través de ciertas medidas legislativas adoptadas; sin embargo, dichas medidas deberán justificarse con mayor complejidad el porqué de su pretensión ya que estas podrían plantear, además de una restricción, la regresividad de los derechos sociales.

En principio, dicha obligación significa que los esfuerzos que permitan la eficacia de los derechos sociales deben darse de manera continuada, de tal forma que las personas logren una mejora continua en sus condiciones de vida. Luego, la obligación de progresividad conlleva una prohibición de no regresividad, es decir, no dar marcha atrás a los niveles de satisfacción alcanzados, a reserva de lo ya planteado con anterioridad.

Es decir, la restricción del derecho deberá estar plenamente justificada, siendo más exigente en casos de disminución o restricción de los derechos sociales con un desarrollo previo concreto.⁴⁴ También, sobre la prohibición de no regresividad hay que observar que la medida tomada sea proporcional y justifique la restricción de un derecho determinado. Así, el Estado mexicano deberá demostrar: *a)* la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; *b)* el carácter imperioso de la medida y, *c)* la inexistencia de recursos alternativos menos restrictivos para el derecho afectado.⁴⁵

tiempo ya que implica un análisis pormenorizado de los recursos disponibles (económicos, humanos, institucionales, entre otros).

⁴⁴ Al respecto, el artículo 4o. del PIDESC señala que los derechos se podrán someter a limitaciones únicamente determinadas por ley “sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

⁴⁵ CARBONELL, Miguel, *Los derechos sociales: elementos...*, cit., p. 205; CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciaabilidad directa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Flores, 2014, pp. 47-48.

B. Obligación de destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación de los Estados de destinar el máximo de recursos disponibles para lograr la efectividad de los derechos sociales, significa que, aún siendo insuficientes dichos recursos destinados para la satisfacción de los derechos sociales, deben ser empleados para dar cumplimiento a dicha obligación. En concreto, tienen la obligación de brindar tanto recursos legislativos y judiciales como otros recursos efectivos.⁴⁶

Es decir, la obligación de destinar el máximo de recursos disponibles deberá atender a las necesidades concretas de la población y el lugar, la cual comprende tanto recursos económicos, judiciales, legislativos, institucionales, tecnológicos y humanos.⁴⁷

En tanto, hay que enfatizar que dicha obligación conlleva a que en tiempo de crisis se acentúan las obligaciones del Estado para satisfacer los derechos, máxime que los derechos siempre están vigentes.⁴⁸ Además, de que es en tiempo de crisis, de recesión económica u por otros factores que con mayor fuerza deben protegerse los derechos de los más vulnerables.⁴⁹ Así, el Estado está obligado a satisfacer un nivel mínimo de protección de los derechos.

C. Obligación de crear recursos efectivos

Respecto a la obligación de los Estados para crear recursos efectivos, me referiré principalmente a la actividad del legislador, en este caso, la de crear recursos judiciales, ya que a través de estos se posibilita la exigibilidad de los derechos sociales ante los tribunales y, con ello, la eficacia de los mismos. Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que “los Estados deben

⁴⁶ Véase Observación General No. 3, punto 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴⁷ VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p.175.

⁴⁸ Cfr: CARBONELL, Miguel, *Los derechos sociales: elementos...*, cit., p. 206.

⁴⁹ Véase Observación General No. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos”,⁵⁰ es decir, que no basta que el Estado utilice los recursos previos para reparar las violaciones a los derechos sociales, máxime cuando las características de los mismos impidan plantear de manera adecuada el caso.

Asimismo, los recursos judiciales deben de ser idóneos, es decir, que el objeto de su origen sea la protección de los derechos sociales, en virtud de que el Estado no puede considerar que cumple con dicha obligación aduciendo la existencia de las vías tradicionales en el caso de violación de derechos, máxime si dichos recursos fueron diseñados para proteger los derechos civiles y políticos.⁵¹

Por otro lado, para cumplir dicha obligación, los Estados también deben ampliar las causas por las que puede promoverse una acción ante los tribunales. En su caso, dotando de sustantividad procesal a los denominados *intereses colectivos* o *derechos difusos*,⁵² de manera que al ampliar el acceso a la justicia de estos se posibilita su defensa.⁵³

a. Obligación de legislar en materia de derechos sociales

La obligación del Estado de legislar en materia de derechos sociales, significa que, es a través del poder legislativo, como órgano del Estado, que se crearán mecanismos procesales que permitan la exigibilidad de los derechos sociales ante tribunales o, en su caso, mejorar los ya existentes, como el recurso de amparo.

⁵⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *op cit.*, p. 87.

⁵¹ Véase CARBONELL, Miguel, *Los derechos sociales: elementos... cit.*, p. 203.

⁵² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “El papel del juez en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos sociales y difusos”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPF en la Comisión de Venecia*, México, TEPJF, 2015, t. I, pp. 383-384;

⁵³ Véase MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México”, en Morales Antoniazzi, Mariela *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 395.

En este sentido, hay que reiterar que la obligación de *garantizar* conlleva que el Estado adopte medidas que aseguren el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Por lo que, el legislador deberá crear los instrumentos procesales⁵⁴ para mejorar la protección de estos derechos; es así que la voluntad política debe coincidir con la protección de los derechos humanos, en este caso, de los sociales, y en especial de los más vulnerables.

Al respecto, Jorge Carpizo señala que “hay que tener en cuenta que el hecho de que un derecho no se encuentre protegido por una ‘garantía’ no altera su naturaleza, sino muestra la urgencia de que aquella sea creada normativamente”.⁵⁵ Por ello, ante una omisión legislativa, ante la carencia de recursos judiciales en la legislación o, que éstos sean inadecuados, el legislador deberá atender a su obligación de *garantizar* los derechos sociales implementando garantías idóneas que permitan asegurar el máximo grado de efectividad de dichos derechos. Esto es, la democracia actual es de carácter social o no es democracia.⁵⁶

2. Estrategias de exigibilidad indirecta de los derechos sociales en México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ubicarse entre aquellos tribunales que cuentan con mecanismos de garantía de los derechos sociales, entre otros, el recurso de amparo. Sin embargo, a continuación enunciaremos algunas estrategias de exigibilidad indirecta de los derechos sociales, entre otras: *a)* la protección de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos, *b)* la protección de los derechos sociales a través de otros derechos sociales y, *c)* la protección de los derechos sociales a través del principio de igualdad y no discriminación.

⁵⁴ Al respecto, Jorge Carpizo señala que la creación de recursos legales deberá ser tanto de carácter judicial como administrativo y, en este último caso, deberán ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. CARPIZO, Jorge, “Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1094-1095.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1080.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 1082.

Q₁₃₂

a. Protección de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos

La protección indirecta de los derechos sociales ante tribunales constitucionales se puede lograr a través de su vinculación con algún derecho civil o político. De manera que, el tribunal al realizar el ejercicio de interpretación, se tendría que la vulneración al derecho social se convertiría en la violación de un derecho civil o político.

b. Protección de derechos sociales a través de otros derechos sociales

Otra vía de protección indirecta de los derechos sociales ante tribunales es la que se realiza a través de otros derechos sociales susceptibles de ser amparados, por ejemplo: en el caso español, a través del derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho a huelga, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53.2 de la Constitución española.

c. Protección de los derechos sociales a través del principio de igualdad y no discriminación

El derecho a no ser discriminado guarda una intrínseca relación con el principio de igualdad, tanto en su ámbito formal como material. En particular, el primero establece el derecho a no ser tratado de forma diferente por razones de origen étnico o nacional, género, condición social, creencias religiosas, preferencias sexuales, opiniones, entre otras. Por otra parte, la discriminación dificulta el ejercicio de los derechos sociales, por ende, la no discriminación y el principio de igualdad resultan ser fundamentales en el goce y ejercicio de dichos derechos.⁵⁷

Es en el artículo primero constitucional en el que se consagra el principio de igualdad y no discriminación. Es así que a través del ejercicio del derecho a la no discriminación se puede plantear la vulneración de algún derecho

⁵⁷ Cfr. GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011, p. 53.

social por considerar la existencia de una práctica discriminatoria y, por ende, contraria al texto constitucional o, en su caso, internacional.⁵⁸ Ahora, otra forma de protección indirecta de los derechos sociales es a través del derecho a la información ya que la *dimensión social* de este derecho posibilita a las personas el ejercicio de los derechos sociales de que son titulares.

IV. Conclusiones

El análisis realizado confirmó la idea de que en México la protección de los derechos sociales se realiza de manera progresiva, y que su efectividad depende tanto del desarrollo legislativo como de la interpretación que el juzgador realiza o de cualquier otra autoridad en el ámbito de su competencia.

En ese sentido, la adopción de medidas legislativas que tiendan a proteger dichos derechos cobra especial relevancia al plantear una cuestión de irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales. Así, aunque el legislador goza de un margen de discrecionalidad antes de hacer una restricción deberá realizar una valoración, ya que los derechos sociales no deben entenderse como una mera declaración constitucional vacía de contenido.

La obligación del legislador comprende, entre otras, la de crear mecanismos procesales efectivos, ya que a través de estos se posibilita la exigibilidad de los derechos sociales ante los tribunales y, con ello, la eficacia de los mismos. Dichos recursos deberán ser idóneos, es decir, que su objeto sea la protección de los derechos sociales. Lo anterior significa la creación de mecanismos procesales o la mejora de los ya existentes, como el recurso de amparo; es así que la voluntad política debe coincidir con la protección de los derechos humanos, en este caso, de los sociales. Consolidando, en su caso, un nuevo derecho procesal de carácter social.

⁵⁸ Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirmaron el principio de igualdad y no discriminación.

Q₁₃₂

Aunado a lo anterior, la obligación del Estado de crear recursos efectivos no sólo comprende los judiciales, también aquellos recursos administrativos que conlleven a la eficacia de los derechos sociales.

Por lo que dichas reformas podrían estar orientadas a:

- a) *La consolidación de una igualdad real.*
- b) *La armonización de las normas conforme a los estándares internacionales.*
- c) *La protección de las personas más vulnerables, atendiendo a una interpretación progresiva de los derechos sociales.*

En ese sentido, el Poder Legislativo aborda temas referentes a la eliminación del outsourcing, el establecimiento de una pensión universal, acceso y gratuidad a los servicios de salud, establecimiento de un sistema de becas para las y los estudiantes en todos los niveles escolares, entre otros.

Aunado a lo anterior, podemos incluir como tarea pendiente en materia de derechos sociales la de promulgar una *Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios*, ley que tiene una condicionante necesaria, la de consultar a los pueblos indígenas u originarios previo a su promulgación.

Otra tarea pendiente en materia de derechos sociales es la de legislar en relación a la licencia por maternidad y las consecuencias que la misma tiene en materia de pensiones; en este caso, resulta necesario se legisle con perspectiva de género, estableciendo elementos que conlleven a una igualdad material.

Para ello, el legislador deberá tomar en consideración que los derechos sociales, son derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado y, por ende, derechos subjetivos. En definitiva, todos los derechos civiles y políticos, al igual que los sociales presuponen la asignación de

recursos, por lo que la disyuntiva en este caso es cómo y con qué prioridad se asignan los recursos para garantizar unos u otros derechos.

V. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.

BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en Maihofer, Werner *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos, “Derechos fundamentales”, en Fabra Zamora, Jorge Luis *et al.* (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los derechos humanos*, México, UNAM e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

BOGDANDY, Armin von, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II.

BREWER-CARIÁS, Allan R., “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.

CARBONELL, Miguel, “Los derechos sociales: elementos para una lectura clave normativa”, en José Ma. Serna de la Garza (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.

_____, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH.

CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Flores, 2014.

CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.

CARPIZO, Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.

_____, “Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012.

_____, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, 2011, núm. 25, julio-diciembre.

_____, “Una clasificación de los derechos de justicia social”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos Humanos, aborto y eutanasia*, 2a. ed., México, UNAM e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

COLE, G.D.H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. Rubén Landa, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1964, t. I.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

EIDE, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategias de nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, 1989, 43.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2003, año 23, núm. 69.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Juan Carlos Bayón Mohino *et al.*, Madrid, Trotta, 1995.

_____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal mexicano”, *Estudios Constitucionales*, 2012, año 10, núm. 2.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, ONU, SCJN, et al., 2013.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II.

GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam JORGE CARPIZO, generador incansable de diálogos...*, México, Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y CorteIDH, 2013.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “El papel del juez en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos sociales y difusos”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPF en la Comisión de Venecia*, México, TEPJF, 2015, t. I.

GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011.

HELLER, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. Stella Mastrangelo, México, Siglo XXI Editores, 2012.

JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasió, Madrid, Tecnos, 1995.

LASALLE, Ferdinand, *El sistema de derechos adquiridos* (1861), en edición alemana *Das System der erworbenen Rechte*, un análisis lo encontramos en Cole, G.D.H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. Rubén Landa, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1964, t. I.

MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México”, en Morales Antoniazzi, Mariela *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

MASALA, Pietro, “La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul ‘nuovo diritto del lavoro’: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle misure ‘flessibilizzatrici’ in Europa”, en *DPCE online*, 2017, núm. 3, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/424>.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Latino Universitaria, 1980.

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Añón Roig, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “Los derechos fundamentales”, *Claves de razón práctica*, 1997, núm. 75.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

RODARTE LEDEZMA, Laura Eugenia, “Efectividad de los derechos sociales en España”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 31, julio-diciembre de 2020.

SANTORO, Emilio, *Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia*, México, SCJN, 2010.

SAYEGHELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986)*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987, t. II.

STEIN, Lorenz von, *Movimientos sociales y monarquía*, trad. Enrique Tierno Galvan, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

VASAK, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, UNESCO, 1979.

VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de*

regresión y máximo uso de recursos disponibles, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

VEGA, Pedro de, “El problema de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Anuario jurídico de La Rioja*, 1997, núm. 3.

VERGOTTINI, Giuseppe de, “El diálogo entre tribunales” en Ferrer MacGregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam JORGE CARPIZO, generador incansable de diálogos...*, México, Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y CorteIDH, 2013.

Legislación y jurisprudencia

Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (voto razonado del juez Eduardo Ferrer), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Observación General No. 3, punto 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Q¹³²

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

Tesis aislada: I.9o.P.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, noviembre de 2020.

LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN MÉXICO. PROPUESTAS DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS DURANTE LA LXIV LEGISLATURA

Juan Manuel Escudra Díaz¹

Sumario:

I. Introducción

II. Generalidades de los tipos de contratación laboral en México

III. Análisis de la subcontratación laboral

IV. Propuestas de los grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados de la LXIV Legislatura, en torno a la subcontratación laboral

V. Conclusiones

VI. Bibliografía

¹ Investigador A del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, maestro en Derecho.

Q uórum 132 Legislativo

I. Introducción

Uno de los aspectos más controvertidos de la Reforma Laboral llevada a cabo en el año 2012 fue y continúa siendo la regulación del denominado régimen de subcontratación laboral, que tiene como finalidad evitar que los empleadores simulen actos jurídicos para evadir responsabilidades laborales, particularmente cuando se trata de empresas, que buscan disminuir sus costos de producción, sus cargas fiscales y sobre todo, sus responsabilidades laborales, para ser competitivos en el mundo globalizado en que se encuentran, y conseguir mano de obra especializada y altamente calificada.

Frente a esta visión, la clase trabajadora ha considerado que se trata de un mecanismo para precarizar sus derechos laborales, pues además de que atenta contra su estabilidad y permanencia en el empleo, es una vía para evadir conquistas como la libre sindicación y el derecho a la seguridad social.

El régimen laboral y las instituciones laborales que prevalecieron en buena parte del siglo XX en nuestro país, estuvieron basadas en las ideas de permanencia, continuidad y desarrollo del trabajador en el empleo, así como principios inalterables como la subordinación, y el carácter económico que debía imperar, lo cual explica por qué, al hablar de nuevas modalidades de contratación, a partir de criterios distintos a los empleados originalmente, surjan posiciones críticas, en especial si se utilizan expresiones como subcontratación, externalización o tercerización que se identifican con flexibilidad laboral, que constituye una nueva forma de caracterizar las relaciones laborales.

La subcontratación, entendida como aquella figura mediante la cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, quien fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas, ha adquirido mayor vigencia día a día. Sin embargo, se trata de una figura que altera los esquemas de contratación tipo, por lo cual

Q¹³²

su estudio resulta relevante, desde la óptica de los creadores de las leyes en nuestro país.

Por ello el presente análisis se desarrolla a partir de fijar una plataforma conceptual que defina lo que ha de entenderse por contrato y relación de trabajo; así como precisar los tipos de contratación que nuestra legislación prevé y las características que la doctrina les atribuye, para enseguida referir la forma en que se ha conceptualizado la subcontratación y algunas figuras que eventualmente se identifican como sinónimos, aunque en la realidad presenten leves diferencias, como son los casos de la externalización, tercerización, intermediación, entre otras.

Establecido lo anterior, se lleva a cabo el análisis de las agendas legislativas, impulsadas por los distintos grupos parlamentarios que integran la Cámara de Diputados, durante la LXIV Legislatura, así como las iniciativas presentadas, a efecto de identificar el sentido de las propuestas que cada fuerza política representada, ha planteado en torno al tema de la subcontratación laboral

Desde luego, es de reconocer que este ejercicio, busca reunir la información disponible en la Cámara de Diputados que permita a los interesados en el tema y sobre todo a los legisladores, conocer las diferentes propuestas que hasta el momento se encuentran pendientes de dictaminación.

II. Generalidades de los tipos de contratación laboral en México

En términos de lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo (artículo 20), el contrato de trabajo, es el acuerdo por el cual una persona se compromete y obliga a prestar de manera personal un trabajo en beneficio de otra persona (física o moral), a cambio de un pago conocido como salario, y en el que existe subordinación del primero respecto del segundo; mientras que la relación de trabajo, alude a la prestación de un trabajo personal subordinado entre dos partes, a cambio del pago de un salario, como consecuencia de

un acuerdo de voluntades específico, es decir, un contrato de trabajo, para generar dicha relación.¹

Algunos teóricos estiman que un contrato de trabajo implica la existencia de un vínculo laboral, derivado del acuerdo de voluntades, por el cual, el trabajador se obliga a prestar sus servicios siguiendo las órdenes e instrucciones del empleador, a cambio de una remuneración, llamada salario.²

Benito Pérez, opina que el contrato de trabajo constituye la institución fundamental del derecho laboral, en virtud del cual, se aplican todas las normas de contrato, como la convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra persona, a fin de trabajar bajo la dirección de ésta y en su provecho, a cambio de una remuneración llamada salario, precisando que aquello que determina la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, es la relación de subordinación de quien presta los servicios, caracterizando a la subordinación, el deber de obediencia (por parte del trabajador) y el poder de mando (por parte del empleador).³

Si bien existe una estrecha relación entre el contrato y la relación de trabajo, el primero se actualiza o perfecciona, con el acuerdo de voluntades; mientras que la relación de trabajo se formaliza y por tanto inicia hasta el momento en que se lleva a cabo la prestación de los servicios convenidos, por lo que, como señala Baltasar Cavazos Flores,⁴ puede haber contratos de trabajo sin relación laboral (cuando se contrata a una persona para que trabaje en fecha posterior), pero no puede existir una relación de trabajo sin previamente existir un acuerdo de voluntades, ya que dicha relación siempre implica la

1 Artículo 20.- *Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.*

El contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel en virtud del cual, una persona se obliga a prestar a otra, un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

2 JARAMILLO JASSIR Iván Daniel, *Del Derecho laboral al Derecho del trabajo*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, p. 16.

3 Véase PÉREZ Benito, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1983, pp. 95 – 96.

4 CAVAZOS FLORES Baltasar, *Las 500 preguntas sobre temas laborales. Orientaciones teórico - prácticas*, 3ª. Edición, México, Trillas, 2011, p. 59.

existencia de un contrato, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, que establece que se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Así pues, para entender de mejor manera las referencias que se formulan en torno a contrato de trabajo, es necesario también aludir a lo que se entiende por relación de trabajo, por lo cual, diversos tratadistas la han conceptualizado para distinguirla del contrato, considerando a la relación como el efecto de un acuerdo entre quien solicita un trabajo y quien presta sus servicios en el ámbito laboral y por los cuales recibe un salario, reservándose exclusivamente al acuerdo la denominación de contrato de trabajo.

Mario de la Cueva describe la relación de trabajo, como:

*... situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la Ley del Trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias.*⁵

Cabe señalar que algunos tratadistas estiman que en el derecho laboral existe una teoría que aborda el tema de la relación de trabajo frente al contrato de trabajo, señalando entre otros aspectos que:

La idea de la relación de trabajo ha propiciado la elaboración de toda una teoría a su alrededor que doctrinalmente se conoce, precisamente, como la teoría de la relación de trabajo, la cual originalmente se presentó como una explicación teórica alterna a la idea del contrato de trabajo para explicar la naturaleza del vínculo que se establece entre el patrón y el trabajador. Sin embargo, posteriormente la propia

5 CUEVA Mario de la, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, México, Porrúa, 1972, p. 187.

doctrina laboral precisó y aclaró la posibilidad de deslindar los conceptos de contrato y relación, hacerlos compatibles e incluso coexistentes.⁶

En abundamiento al tema Santiago Barajas Montes de Oca, refiere que:

El concepto “relación de trabajo” surge del hecho de que no siempre la estipulación de un contrato de trabajo coincide con el servicio que se presta, pues ocurre con frecuencia que las estipulaciones previstas tienen determinado sentido de dependencia que no coinciden en nada con el desarrollo propio del trabajo, que se desempeña. Como dejara dicho el doctor De la Cueva, el contrato de trabajo es el primer momento de la vida obrera, abre paso a todo cuanto con ello se relaciona, pero no es sino hasta el momento en que el trabajo empieza a prestarse cuando estamos frente a su existencia real como figura jurídica, ya que podrá existir acuerdo de voluntades, coincidencia total en los términos en los que la actividad vaya a realizarse, aceptación de las condiciones impuestas, por parte del trabajador, pero no darse la relación de trabajo, a ser ésta el efecto del contrato o sea su ejecución...⁷

Las instancias jurisdiccionales del país han emitido criterios específicos, que nos pueden esclarecer aún más, las características que pueden identificarse al hablar de un contrato laboral, así como de una relación de trabajo como se desprende de las tesis siguientes:

6 MARQUET GUERRERO Porfirio, *El contrato y la relación de trabajo*, en: KURCZYN VILLALOBOS Patricia y PUIG HERNÁNDEZ Carlos Alberto (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 519.

7 BARAJAS MONTES DE OCA SANTIAGO, *Derecho del Trabajo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 8.

RELACIÓN LABORAL, EXISTENCIA DE LA.⁸

De conformidad con el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, la relación de trabajo es la prestación de un servicio personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. De esta definición se advierte que el elemento esencial de la relación de trabajo, que permite distinguirla de otras relaciones jurídicas, es el de la subordinación en la prestación del servicio, la cual se traduce en la facultad del patrón de disponer de la fuerza de trabajo del obrero de acuerdo con la ley o el contrato.

RELACIÓN LABORAL. LA SUBORDINACIÓN ES EL ELEMENTO DISTINTIVO DE LA.⁹

El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, establece que por relación de trabajo debe entenderse la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario. Así pues, la relación laboral tiene como elemento distintivo la subordinación jurídica entre patrón y trabajador, en virtud de la cual el primero se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo del segundo, quien a su vez tiene la obligación correlativa de acatar al patrón.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera que existe una relación de trabajo cuando una persona trabaja para otra, en una situación de subordinación y de dependencia, bajo condiciones ciertas y a cambio de una remuneración.¹⁰ La Conferencia Internacional del

⁸ *RELACION LABORAL, EXISTENCIA DE LA*, [Tesis Aislada], Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito (Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Marzo de 1996, Tesis: VI.2º.27 L, p. 1008.

⁹ *RELACIÓN LABORAL. LA SUBORDINACIÓN ES EL ELEMENTO DISTINTIVO DE LA*, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito (Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, Mayo de 1995, Tesis: IV.2o. J/1, p. 289.

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª. Reunión, Ginebra, 2013, p- 24.

Trabajo, en sentido similar describe a la relación de trabajo como una noción jurídica de uso universal, mediante la cual, se hace referencia al vínculo existente entre una persona denominada empleado o asalariado; y otra persona llamada empleador, quien es el beneficiario del trabajo que le presta el trabajador, bajo condiciones ciertas y a cambio de una remuneración.¹¹

El máximo tribunal del país ha sostenido que la regla general en materia de contratos de trabajo es que sean por tiempo indeterminado y de manera excepcional, por tiempo determinado, según se desprende de la tesis de jurisprudencia 2ª./J.164/2016(10ª.), identificada bajo el rubro: *CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO. PROCEDE ANALIZAR SU VALIDEZ CUANDO EL PATRÓN OPONE COMO EXCEPCIÓN LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO, AUN CUANDO EL TRABAJADOR NO HAYA DEMANDADO SU PRÓRROGA O NULIDAD.*¹²

Así, conforme a las visiones ya expuestas, si bien es clara la diferencia que existe entre un contrato y una relación de trabajo, es común que se utilice a la segunda expresión como sinónimo de la primera, especialmente cuando se hace alusión a la vigencia y naturaleza del acuerdo laboral, que conforme a la ley puede ser por tiempo indefinido; por tiempo fijo o por obra determinada; a prueba o para capacitación.

Conforme al artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, las relaciones de trabajo pueden ser por obra o tiempo determinado; por temporada o

¹¹ BARRADO SORIA Beatriz I., *La relación de trabajo y la protección de los trabajadores. Una revisión de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo desde la perspectiva de género*, Revista de Derecho UNED, núm. 19, 2016, p. 543, disponible en: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/18478/15517

¹² *CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO. PROCEDE ANALIZAR SU VALIDEZ CUANDO EL PATRÓN OPONE COMO EXCEPCIÓN LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO, AUN CUANDO EL TRABAJADOR NO HAYA DEMANDADO SU PRÓRROGA O NULIDAD*, [Jurisprudencia], Décima Época. Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 37, Tomo 1, Diciembre de 2016, Tesis: 2ª./J.164/2016, (10ª.), (Contradicción de tesis 170/2016, entre las sustentadas por el Pleno en Materia de Trabajo del Tercer Circuito y el Tercer tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, cinco de octubre de 2016, cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Héctor Orduña Sosa.

por tiempo indeterminado; y en su caso pueden estar sujetos a prueba o capacitación inicial. Sin embargo, Néstor de Buen Lozano, estima que además de la clasificación que distingue por su duración a los contratos: por tiempo determinado, indeterminado y por obra, pueden mencionarse otras modalidades, como son los casos del contrato para la inversión de un capital determinado para trabajos de explotación de minas que carezcan de minerales costeables o para la restauración de minas abandonadas o paralizadas, o *bien*, los contratos ocasionales, accidentales o transitorios que son utilizados en países como Colombia, Panamá y Ecuador, pero que en estricto sentido resultan ser modalidades del contrato a tiempo fijo.¹³

En relación con los contratos por tiempo determinado, puede apuntarse que son aquellos en los que se establece en forma precisa el plazo de su vigencia, entendiéndose que tiene fecha de inicio y de término, y conforme a lo señalado en el artículo 37 del ordenamiento federal laboral, solo proceden cuando lo exige la naturaleza del trabajo que se va a prestar (trabajos promocionales o temporales); cuando tiene por objeto substituir temporalmente a otro trabajador (por vacaciones, incapacidades o licencias); y cuando así se encuentra previsto en la Ley Federal del Trabajo. Para este tipo de contratos el artículo 39 de la citada ley laboral prevé que si vencido el término que se hubiese fijado para el contrato, subsiste la materia del trabajo, se prorrogará por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia.

Los contratos por temporada, son aquellos que se convienen para llevar a cabo trabajos durante cierta temporada, como es el caso, común de la contratación que realizan las tiendas departamentales o los centros turísticos, para hacer frente a la demanda que sus clientes hacen de sus productos o servicios en temporadas específicas del año.

El contrato por obra, es aquel que solo puede celebrarse cuando el trabajo a realizar así lo justifique y, generalmente se utiliza en temas relacionados con

13 BUEN LOZANO Néstor de, Clases de Contratos de Trabajo en: BUEN LOZANO Néstor de y MORGADO VALENZUELA Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas/Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 188, 1997.

la construcción (de inmuebles, caminos, etc.), y su duración o vigencia queda sujeta precisamente al tiempo que requiera la realización y conclusión de las obras requeridas.

Si bien en este tipo de contrato (por obra) pudieran ubicarse los celebrados para efectuar tareas promocionales, en la especie se les atribuye una denominación distinta como contratos temporales o promocionales, pues las actividades responden más a la realización de una promoción o comercial, que a la construcción de un edificio o camino, y su duración está determinada por la concreción del objetivo fijado.

Por lo que corresponde a los contratos a prueba y para capacitación, dada la duración que pueden tener, en términos de los artículos 39-A y 39-B de la Ley Federal del Trabajo, quedan comprendidos entre los contratos por tiempo determinado, pues la regla general es que no pueden tener una duración mayor de treinta días (contratos a prueba) y noventa días (contratos para capacitación inicial), y eventualmente, cuando el puesto a ocupar fuere para un cargo de dirección, gerencial, de administración o labores técnicas o profesionales especializadas, la duración de dichos contratos podría ser hasta por seis meses, es decir, ciento ochenta días, en cada caso.

En ambos tipos de contrato, la ley dispone que si se emplea al trabajador por mayor periodo de tiempo al previsto, el contrato respectivo se tendría prorrogado por tiempo indefinido. Solo resultan procedentes cuando el tipo de contratación final sea por tiempo indeterminado o bien, por más de ciento ochenta días si el contrato es por tiempo determinado y no pueden aplicarse al mismo trabajador en forma simultánea o sucesiva periodos de prueba o de capacitación inicial.

El contrato por tiempo indefinido, como ya se apuntó, es el que tendría mayor prevalencia, según el propio artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, y es el tipo de contratación que da origen a relaciones de trabajo en las que se tiene una fecha cierta de inicio del vínculo entre las partes, pero no una fecha de terminación; lo que implica que el contrato sería de larga duración, aunque en ningún caso, los trabajadores estarían obligados a prestar sus servicios por

más de un año (artículo 40). En este tipo de contratos es en el cual se utilizan las expresiones planta o base, para identificar la condición de estabilidad laboral que tendría el trabajador.

Así pues, los tipos de contratación laboral referidos, responden a un criterio de duración, sin embargo, existen otros criterios para su clasificación, como refiere Mario Pasco Cosmópolis, partiendo de que el objeto del derecho laboral es el trabajo personal, subordinado y remunerado, el contrato de trabajo existe donde se dan, de manera copulativa, los señalados elementos esenciales (trabajo personal, remuneración y subordinación), pero teniendo en consideración que en las relaciones de trabajo se presentan múltiples circunstancias y particularidades, lo que explica la existencia de diversas modalidades contractuales, que sin desprenderse del estereotipo, se adaptan a las necesidades propias de cada situación, como es el caso de los trabajos especiales.¹⁴

En esa tesitura, existirían contratos de trabajo tipo, en los cuales quedan precisados los elementos que se consideran fundamentales para que exista una relación de trabajo, en cuanto a la prestación de un servicio personal, subordinado, continuo, en un centro de trabajo determinado y a cambio de una remuneración. Contratos atípicos, en los que no se satisface alguno de los elementos citados, ya sea por ser temporal, por posibilitarse la realización del trabajo en lugar distinto al centro de trabajo, por no exigirse una jornada de trabajo determinada, o por no existir plena subordinación del trabajador para con el empleador, entre otros aspectos. Y contratos especiales, que son aquellos que se celebran para realizar trabajos que por sus características o particularidades requieren de una regulación especial y que la ley laboral, así los cataloga, como son los casos, a guisa de ejemplo, del trabajo realizado por artista y deportistas, ferrocarrileros, trabajo a domicilio, etcétera.

¹⁴ Véase: PASCO COSMÓPOLIS Mario, *Relaciones de trabajo especiales: El caso de las modalidades formativas*, en: KURCZYN VILLALOBOS Patricia (coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas/, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 296, 1997, p. 453.

En relación con una categorización como la señalada, Pasco Cosmópolis plantea que en materia laboral, los contratos pueden ser considerados como típicos, atípicos y especiales:

Contrato de trabajo típico, ... el que corresponde a una prestación de servicios continua, a tiempo completo y dentro del centro de trabajo de un único empleador. Atípico, dentro de esa misma categorización, es el que carece de alguna de esas notas, bien porque no es permanente, sino temporal o eventual, bien porque se desarrolla en una jornada distinta a la común u ordinaria, o se ejecuta fuera del taller u oficina, como en el caso del trabajo a domicilio, o en el que interviene más de un empleador, en lo que se suele denominar relación triangular o en condiciones de intermediación. Contrato de trabajo especial es, en cambio, aquel que –sea típico o atípico– presenta características o peculiaridades cuya singularidad es tan manifiesta que deben estar necesariamente regulados por ordenamientos específicos.

En el contrato atípico falta alguna de las notas características que generalmente suelen acompañar a la relación laboral, pero dicho contrato puede darse tanto dentro del campo común del ordenamiento como dentro de un campo especial. Así por ejemplo, el contrato a tiempo parcial (part-time), que es atípico por no corresponder al cumplimiento de la jornada normal de trabajo, puede darse lo mismo en una fábrica u oficina, como dentro de un estatuto específico...

El contrato especial, en cambio, puede no ser atípico, porque reúne todos los atributos del contrato típico: ser una prestación continua, rendida para un solo empleador, a jornada completa y dentro del centro de trabajo; y, sin embargo, corresponder a una actividad específica distinta de la común, como sucede en algunos países con el personal de alta dirección...¹⁵

¹⁵*Ibidem*, pp. 455-456.

Como apunta Graciela Bensusán, puede establecerse que las formas atípicas de contratación, son llamadas así en contraste con el trabajo típico o subordinado, a cambio de un salario y para un solo empleador, en el local del empleador, bajo jornada completa y por lo general por tiempo indefinido, de manera que la ausencia de alguna de tales características, da lugar a la atipicidad, misma que es clasificada en tres modalidades: trabajo por cuenta propia; contrataciones atípicas (bajo relaciones de intermediación o triangulares; a domicilio y a distancia, en jornada parcial y tiempo de trabajo flexible o trabajo de duración por tiempo u obra determinada, entre las más importantes) y trabajo clandestino (no declarado, familiar o en micro-empresas evasoras).

Por tanto, tales formas atípicas de contratación incluyen la intermediación, por la cual la contratista proporciona personal temporal o definitivo a las empresas que se asumen directamente como empleadoras, hasta relaciones triangulares de subcontratación entre empresas por las cuales la empresa beneficiaria o usuaria externaliza parte del proceso de trabajo o el manejo de las relaciones laborales, desligándose de cualquier vínculo formal con los trabajadores, reduciendo además, sus costos de operación considerablemente.¹⁶

Sin embargo, el tema de la subcontratación laboral, va más allá de la existencia de una relación laboral triangular, que para algunas corrientes de opinión, esa forma atípica de contratación, conduce invariablemente a relaciones laborales precarias, donde el trabajador queda en desventaja respecto de los trabajadores contratados en una modalidad de trabajo típica; aunque para otras visiones, dicha modalidad de contratación, tiene por objeto dinamizar el mercado laboral en un mundo globalizado, permitiendo a la empresa contratante, optimizar sus procesos de producción, para alcanzar altos

¹⁶ BENSUSÁN Graciela, *La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?*, en BOUZAS ORTIZ, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, Cámara de Diputados (GPPRD) LX Legislatura/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 132-133.

estándares de calidad y reducir los costos de producción, para hacerla más competitiva.

III. Análisis de la subcontratación laboral

Como ha quedado apuntado, existen diversos términos asociados a la subcontratación que le son más o menos cercanos: tercerización, subcontratación, externalización, reubicación (e incluso *outsourcing*, por su denominación en inglés) entre otros, los cuales en ocasiones coinciden con el tema central en estudio. Por ejemplo, al hablar de tercerización se quiere poner de manifiesto la participación de un “tercero”, (empresa que ofrece servicios por lo general especializados), en una relación que tradicionalmente era bilateral, sin embargo, el término presenta limitaciones cuando se habla de casos en donde la participación no es homogénea, ni única, mientras que en la referencia a subcontratación, se alude por una parte, a la posibilidad de que algunas actividades de una empresa queden delegadas o encargadas a otra empresa, como un acto de naturaleza civil, la cual lleva a cabo las tareas encomendadas con su propio personal y sin que en forma alguna, la contratante tenga derecho o poder de mando o dirección sobre los trabajadores; mientras que otra perspectiva de la subcontratación, resulta ser aquella en la que la empresa contratante utiliza a una empresa contratista, para tratar de evitar una relación de trabajo, con personal que sí se encuentra sujeto a dirección y mando de la beneficiaria de los servicios, pero que para efectos legales, no es su empleado (apareciendo la contratista como patrón o empleador), lo que frecuentemente disminuye e incluso elimina, prestaciones laborales que de otra forma, correspondería asumir a la empresa contratante.

La externalización, hace referencia a que la encomienda o delegación de actividades dentro de un proceso productivo recae en una empresa (por lo general especialista en las tareas o procesos encomendados), facultándose a la empresa contratista para realizar los trabajos fuera de las instalaciones de la solicitante, es decir, en forma externa, de ahí la denominación.¹⁷

¹⁷ Véase: SÁNCHEZ-CASTAÑEDA Alfredo, REYNOSO CASTILLO Carlos y PALLI Bárbara, *La subcontrata-*

Otras corrientes de opinión, hacen alusión a una descentralización productiva, a la cual definen como forma de organizar los procesos de elaboración de bienes y de prestación de servicios, mediante el recurso de la contratación de ciertos proveedores para ello, o sea a través de la exteriorización de una o varias partes del ciclo productivo, que implica la fragmentación o segmentación de los procesos, para encomendárselo a una o varias empresas especializadas, lo cual ha generado, como ya se apuntó, posiciones encontradas entre la parte trabajadora y la empresarial, pues los primeros consideran que es una estrategia que atenta directamente contra los derechos laborales, afectando la estabilidad en el empleo, la seguridad social y la posibilidad de una adecuada representación para los trabajadores, mientras que para los segundos, tal esquema permite aprovechar las capacidades y, especialización que pueden tener empresas dedicadas a actividades específicas, además de permitir a la contratante generar ahorros operacionales, sin menoscabo de los estándares de calidad requeridos.

Tratadistas como Alfredo Sánchez-Castañeda, Carlos Reynoso Castillo y Bárbara Palli, apuntan que se han señalado como bondades de la externalización, la posibilidad de reducir los costos y controlar los gastos de operación, contar con servicios de información rápida, además de poder disponer de personal altamente calificado y especializado, y así contar con capacidades específicas, lo cual adicionalmente propicia mayor funcionalidad y adaptabilidad de la empresa a los cambios del mercado, lo que se traduce en mayor flexibilidad empresarial.¹⁸

Siguiendo a Patricia Kurczyn Villalobos, con respecto a las nuevas formas de contratación en materia laboral, puede señalarse que existe una preocupación cada vez mayor en relación con la estabilidad en el empleo, así como también en cuanto a la protección y defensa de los derechos de los trabajadores. en su condición individual e incluso colectiva, ya que ante la evolución que han tenido los mercados laborales, y la denominada globalización, los

ción: Un fenómeno global. Estudio de legislación comparada. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, núm. 185, 2016, p. 126.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 123-124.

empleadores han buscado y puesto en práctica, nuevas formas y esquemas de trabajo y con ello nuevas formas de contratación, en la que se incluye la subcontratación, a la que si bien, se le atribuye un carácter precarizador de los derechos laborales, puede ser considerada también como una alternativa para permitir tanto a los trabajadores mejor calificados, como a los empleadores, diversificar sus actividades, alcances y resultados.¹⁹

Albor Ángel Cantard, estima que como consecuencia del cambio de modelo de producción derivado de la globalización (donde quedan comprendidas la tercerización y la subcontratación), se ha generado inevitablemente la necesidad de adecuar los mecanismos que rigen las relaciones de trabajo y con ello el derecho del trabajo, identificando a partir de que:

1) El empresario o empresa dominante ha producido una atomización del ciclo productivo, descentralizando sus actividades; introduciendo el principio de división del trabajo para los empleadores. Las empresas empiezan a externalizar aquellas actividades que no forman parte del núcleo de su negocio.

2) Ya no hay relaciones de igualdad en las relaciones inter-empresas; empiezan a surgir relaciones de subordinación, de jerarquía, y también surgen relaciones de coordinación para buscar el mejor rendimiento, de acuerdo con un principio de especialidad. Así surgen en Italia los llamados “distritos industriales”, que son empresas complementarias entre sí.

*3) El prototipo social de trabajador ya no es el que era, ya no hay trabajador tipo, ni trabajo tipo. Hay una enorme variedad de formas de trabajo que se diferencian en función de la duración del contrato y del tipo de jornada.*²⁰

¹⁹ Véase: KURCZYN VILLALOBOS Patricia, *Nuevas formas de contratación*, en KURCZYN VILLALOBOS Patricia /coord.), *Relaciones Laborales en el siglo XXI*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social- Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, 30– 56.

²⁰ Véase: CANTARD Albor Ángel, *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros*, en: KURCZYN

VI. Propuestas de los grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados de la LXIV Legislatura, en torno a la subcontratación laboral

Si bien, como se ha señalado, la subcontratación laboral se encuentra prevista en los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D, de la Ley Federal del Trabajo, como todas las normas jurídicas no pueden considerarse absolutas ni definitivas y dado el carácter dinámico que caracteriza al derecho laboral, algunos grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados durante la LXIV Legislatura han mostrado interés en que las disposiciones existentes en la materia sean modificadas para garantizar la protección de derechos laborales de los trabajadores sujetos a subcontratación y evitar la evasión de responsabilidades patronales (sin pasar por alto que existen propuestas para eliminar y prohibir tal esquema laboral), por lo cual, es conveniente efectuar una revisión de los planteamientos esgrimidos en las agendas legislativas, así como en las iniciativas que diversos diputados han presentado durante los dos primeros años de ejercicio de la Legislatura en curso, para estar en posibilidades de establecer el sentido de las propuestas al respecto..

Por lo que alude a las agendas legislativas, es de mencionar que de los ocho grupos parlamentarios que integran la LXIV Legislatura en la Cámara de Diputados, cuatro fuerzas políticas (Morena, PRI, Partido del Trabajo y PRD), han incluido en sus agendas el tema que nos ocupa, con planteamientos diversos, como en lo subsecuente se describe, precisando que las fuerzas políticas de Morena y el Partido del Trabajo, han incluido referencia en las cinco agendas presentadas hasta el momento, en tanto que el PRD lo ha considerado en cuatro, y el PRI, solo en tres periodos ordinarios.

VILLALOBOS Patricia (coord.), *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 251.

El Grupo Parlamentario del Movimiento de Regeneración Nacional (Morena) en su Primer Agenda Legislativa, planteó interés por derogar las reformas llevadas a cabo en la Ley Federal del Trabajo por las cuales, a su juicio, se flexibilizaron los regímenes laborales que implican la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores, al facilitar la simulación mediante contrataciones eventuales, por honorarios, o sujetas a la arbitrariedad de los patrones.²¹

En la segunda Agenda Legislativa del citado grupo parlamentario (correspondiente al primer año de ejercicio), se matizó el planteamiento inicial, al señalar que se impulsaría la revisión de la legislación laboral y fiscal con la finalidad de que la subcontratación de personal, dejara de ser un mecanismo de evasión de las responsabilidades patronales y de elisión de contribuciones. A diferencia de la Agenda del Primer Periodo Ordinario de Sesiones, el nuevo planteamiento ya no aludió de manera expresa a la derogación de contrarreformas a la Ley Federal del Trabajo, ni a la restitución de derechos originalmente consagrados en el artículo 123, constitucional, como se citaba en el documento antes citado.²²

La tercera agenda suscrita por los diputados integrantes de la primera fuerza política en la Cámara de Diputados durante la LXIV Legislatura, se alejó un poco más de la postura inicialmente adoptada, con la que se buscaba derogar las prescripciones existentes en materia de subcontratación laboral, para señalar que se buscaría sujetar a una regulación más adecuada la práctica de la intermediación laboral, y con ello garantizar los derechos laborales y el cumplimiento cabal de las obligaciones patronales.²³

²¹ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXI, número 5107, de fecha 5 de septiembre de 2018, Anexo A, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario de Morena para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, inciso E (Democracia, Seguridad, Bienestar y Desarrollo Social), apartado: Recuperación del bienestar, numeral 3.

²² Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5214, de fecha 8 de febrero de 2019, Anexo A, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario de Morena para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, inciso D (Democracia y Nueva Institucionalidad Gubernamental), apartado: En materia salarial y laboral:, numeral 7.

²³ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5360, de fecha 6 de septiembre de 2019, Anexo A, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario de Morena para el Primer Periodo Ordinario de*

Para la cuarta agenda legislativa planteada por el Grupo Parlamentario de Morena, (correspondiente al segundo periodo ordinario de sesiones del segundo año), los diputados que la suscribieron, refirieron interés en reformar tanto la legislación laboral como la de seguridad social, para dotar de mayor eficacia la regulación existente en materia de subcontratación, con la finalidad de evitar la simulación patronal, la evasión tributaria y la violación de derechos laborales, planteando que para el efecto, se formularían propuestas específicas para modificar los artículos 12, 13 y 14 de la Ley Federal del Trabajo.²⁴

En lo que corresponde a la Agenda Legislativa planteada por Morena para el primer periodo ordinario de sesiones del tercer año legislativo, presenta gran similitud con la agenda que le antecedió al señalar que se buscaría reformar la legislación laboral y de seguridad social para dotar de mayor eficacia a la regulación del régimen de subcontratación y evitar la simulación patronal, la evasión tributaria y la violación de derechos laborales.²⁵

El Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI), ha expresado interés por legislar en materia de *outsourcing* o subcontratación laboral, como se desprende de las agendas legislativas correspondientes a tres periodos ordinarios de sesiones (segundo del primer año, así como primero y segundo del segundo año de ejercicio), bajo la perspectiva de garantizar plenamente los derechos de los trabajadores sujetos a dicha modalidad contractual.

Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, inciso A (Agenda Estratégica), numeral 17 -Fortalecer la regulación del Outsourcing-.

²⁴ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5463, de fecha 21 de febrero de 2020, Anexo A, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario de Morena para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, (Agenda Estratégica)*, Tema: 12; apartado Derechos sociales, bienestar y pueblos indígenas, numeral 12.

²⁵ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5607, de fecha 11 de septiembre de 2020, Anexo A, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario de Morena para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, (Agenda Estratégica)*, apartado II Temas de Legislación Secundaria, numeral 25.

En esa tesitura, según se desprende de la agenda impulsada por el PRI para el segundo periodo ordinario de sesiones, los diputados planteaban impulsar reformas para garantizar de mejor forma los derechos de los trabajadores sujetos a *outsourcing*,²⁶ en tanto que en la agenda respectiva al primer periodo ordinario del segundo año, se señaló la intención de promover reformas para contar con un modelo de *outsourcing* sin abusos, para garantizar prestaciones sociales, evitar despidos, permitir horarios escalonados y generar antigüedad para los trabajadores objeto de subcontratación.²⁷

Cabe apuntar que si bien el citado Grupo Parlamentario del PRI en la Cámara de Diputados incorporó como tema de interés regular la denominada subcontratación laboral en la correspondiente Agenda Legislativa durante el segundo periodo ordinario de sesiones del segundo año de ejercicio, se incluyó una referencia genérica, sin que de la misma se pueda desprender el sentido que habría pretendido dársele, al señalar como uno de los temas a impulsar, el de *regular la subcontratación laboral*.²⁸

El tercer Grupo Parlamentario que ha incorporado en sus agendas legislativas el tema de la subcontratación laboral, ha sido el Partido del Trabajo (PT), el cual, a diferencia de las otras tres fuerzas políticas que se han pronunciado en relación con el tema materia de análisis, ha considerado que las reformas llevadas a cabo a la Ley Federal del Trabajo representan un claro retroceso a las conquistas laborales de los trabajadores, especialmente en lo referente a lo que denomina flexibilización en las relaciones laborales, donde incluye el *outsourcing*, por lo cual, en sus dos primeras agendas legislativas (primero y

²⁶ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5214, de fecha 8 de febrero de 2019, Anexo C, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRI para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, inciso C, (Finanzas Públicas y Desarrollo Económico), numeral 16.

²⁷ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5360, de fecha 6 de septiembre de 2019, Anexo C, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRI para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, tema: Trabajo Digno, numeral 31.

²⁸ Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5463, de fecha 21 de febrero de 2020, Anexo C, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRI para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, tema: Crecimiento y Desarrollo Económico para el siglo XXI, numeral 68.

segundo periodos ordinarios de sesiones del primer año legislativo), aludió a que buscaría matizar los efectos de dichas reformas,²⁹ mientras que en las tres agendas legislativas siguientes, el planteamiento esgrimido se refirió a eliminar de la legislación laboral, la figura de la subcontratación laboral, siendo el único grupo parlamentario que de manera expresa se ha pronunciado por derogar las disposiciones existentes al respecto.³⁰

Finalmente, el cuarto grupo parlamentario que se ha pronunciado por regular durante la LXIV Legislatura el tema de la subcontratación laboral ha sido el del Partido de la Revolución Democrática (PRD), el cual, de manera puntual en sus respectivas agendas legislativas correspondientes a los cuatro más recientes periodos ordinarios de sesiones ha incluido referencias para dotar de una mayor certeza jurídica a los trabajadores sujetos a subcontratación, con objeto de que dicha forma de contratación deje de ser un mecanismo doloso que implique la pérdida de derechos y prestaciones de los trabajadores y la simulación por parte de los empleadores.³¹

29 Véanse: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXI, número 5107, de fecha 5 de septiembre de 2018, Anexo E, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PT, para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*; apartado: Ejes y Propuestas Legislativas Específicas, rubro Derechos laborales y trabajadores, párrafo quinto; y Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5214, de fecha 8 de febrero de 2019, Anexo E, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PT para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, apartado: Ejes y Propuestas Legislativas Específicas, rubro: Derechos laborales y trabajadores, párrafo quinto.

30 Véanse Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5360, de fecha 6 de septiembre de 2019, Anexo D, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PT, para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*; apartado Décimo sexto: En materia Laboral; Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5463, de fecha 21 de febrero de 2020, Anexo D, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PT para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, apartado Segundo: Materia Laboral, párrafo primero; y Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5607, de fecha 11 de septiembre de 2020, Anexo A, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PT para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, Eje temático tercero. Materia Laboral, apartado: Eliminar la figura de la subcontratación (outsourcing).

31 Véanse: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5214, de fecha 8 de febrero de 2019, Anexo G, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRD para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, apartado 4. Plan Democrático de Desarrollo Nacional y Regional Integral, rubro: 4.7 Ampliación de los derechos sociales; Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5360, de fecha 6 de septiembre de 2019, Anexo H, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRD, para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*; apartado: Propuestas Legislativas, rubro: Ampliación de los Derechos Sociales, numeral 7. Gaceta

Por lo que alude a los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional (PAN), Partido Verde Ecologista de México (PVEM), Partido Movimiento Ciudadano (MC) y Partido de Encuentro Social (ES), no han incorporado en sus respectivas agendas legislativas, referencias en relación al tema del *outsourcing* o la subcontratación laboral, aunque cabe apuntar que en el caso de diputados del PAN y del Movimiento Ciudadano, han presentado algunas iniciativas para regular e incluso eliminar dicha figura, como más adelante se precisa.

Así pues, es conveniente hacer alusión a las iniciativas que han sido presentadas durante la legislatura en curso, y mencionar en primera instancia los datos que permitan su identificación (en orden cronológico), describir de manera general los argumentos esgrimidos en sus respectivos apartados expositivos y finalmente, precisar los textos normativos propuestos y el estatus que cada iniciativa guarda, dentro del proceso legislativo.

La primera iniciativa que en la presente legislatura se presentó para regular la figura que nos ocupa, fue signada por el diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal, integrante del Grupo Parlamentario del PAN, a través de la cual se propuso reformar el artículo 15-C de la Ley Federal del Trabajo, con el propósito de eliminar las prácticas que afectan los derechos de los trabajadores a través de los esquemas de *outsourcing* o subcontratación.³²

En la parte expositiva de la iniciativa el legislador proponente, realiza un análisis del concepto de trabajo decente, refiriendo que el mismo debe considerarse referente para cualquier discusión que tenga que ver con el

Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5463, de fecha 21 de febrero de 2020, Anexo H, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRD para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, apartado: Propuestas Legislativas, rubro: VI. Ampliación de los Derechos Sociales, numeral 8; y Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5607, de fecha 11 de septiembre de 2020, Anexo H, *Agenda Legislativa del Grupo Parlamentario del PRD para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, apartado: Principales pendientes para el próximo período (párrafo décimo séptimo; rubro: VI. Ampliación de los Derechos Sociales, numeral 7

³² Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-C de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal, del Grupo Parlamentario del PAN, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 5131 – II, de fecha 9 de octubre de 2018.

diseño de instrumentos normativos o políticas públicas que impacten en el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores. Asimismo, señala que los conceptos de trabajo decente y de globalización justa han sido llevados a todos los principales foros internacionales, contando con el respaldo de organismos como la Asamblea General de las Naciones Unidas y la OIT, entre otros.

El autor de la iniciativa sostiene que el trabajo con condiciones laborales precarias se aleja de los objetivos del trabajo decente y genera mayor desigualdad, inseguridad e inestabilidad económicas para las y los trabajadores, sus familias y las sociedades, por lo cual, estima que la contratación temporal sin causa, la intermediación laboral, la subcontratación de obras y servicios a otras empresas, la contratación de falsos trabajadores por cuenta propia, los períodos de prueba excesivos, el trabajo a tiempo parcial, trabajo a domicilio, han favorecido la erosión de los derechos y la desprotección de los trabajadores en muchos países, ya que representan fórmulas de trabajo precario que se han extendido a todos los sectores de actividad a través de determinadas prácticas que dificultan el desarrollo de un trabajo digno.

Afirma que la subcontratación (*outsourcing*), es una figura legalmente aceptada en la Ley Federal del Trabajo, derivado de la reforma llevada a cabo en el año 2012, aunque los datos disponibles indican que la subcontratación en México ha sido utilizada por múltiples empresas para simular operaciones y precarizar los derechos de los trabajadores mexicanos, lo cual hace necesario encontrar una fórmula legal equilibrada que garantice la vigencia de los derechos laborales de los trabajadores sujetos a dicho régimen de contratación, otorgando a la vez flexibilidad a los empleadores para contratar servicios no esenciales, sin dejar de regular y fiscalizar a las compañías dedicadas al *outsourcing*, para asegurar que no incurran en abusos ni en regímenes de sobrexplotación de la fuerza laboral.

En razón de los argumentos esgrimidos en la iniciativa, la propuesta legislativa en comento, plantea reformar el artículo 15 C de la Ley Federal del Trabajo para conferir a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), la atribución de dictar las normas que sean necesarias a efecto de

que las empresas de *outsourcing* en México, acrediten de manera pública y fehaciente que cumplen las condiciones y obligaciones previstas en los artículos 15 A, 15 B y 15 D de la Ley Federal del Trabajo.³³

La segunda propuesta legislativa que se presentó en la Cámara de Diputados en la que se hizo alusión a la figura de la subcontratación laboral, corrió a cargo de la diputada Ana Priscila González García, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Ciudadano, quien sugirió que los propietarios de explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales, acuícolas, o mixtas, que contrataran a los trabajadores del campo a través de intermediarios o bajo el régimen de subcontratación, fueran responsables solidarios para el cumplimiento de las obligaciones concertadas y para lo cual planteaba reformar el artículo 283 de la Ley Federal del Trabajo.³⁴

La autora de la iniciativa describía en la parte expositiva del documento la problemática que viven los trabajadores del campo por las políticas públicas que se han implementado para impulsar la agricultura industrial y globalizada, la apertura unilateral de las importaciones, la producción de hortalizas y frutales para la exportación, sin considerar que los trabajadores agrícolas sujetos a dicho esquema de contratación, deben enfrentar condiciones laborales desventajosas frente a los productores y sin contar con las medidas de protección mínimas, dado que frecuentemente, la contratación se lleva a cabo a través de “enganchadores” para evadir responsabilidades patronales, incluidas las referentes a la seguridad social.

En razón de ello, la propuesta legislativa para reformar el artículo 283, fracción XI (adicionando un párrafo segundo), de la Ley Federal de Trabajo, planteaba establecer la responsabilidad solidaria de los propietarios de las explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales, acuícolas, o mixtas que contraten a los trabajadores del campo a través de intermediarios o bajo

³³ La propuesta legislativa en cuestión, no ha sido objeto de dictamen, no obstante que ha vencido el plazo de prórroga (30 de abril de 2019), conferido en términos del artículo 185 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

³⁴ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 283 de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de la diputada Ana Priscila González García, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 5141-II, del martes 23 de octubre de 2018.

el régimen de subcontratación, en lo referente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación laboral.

Es de mencionar, que si bien, la iniciativa en cuestión fue turnada a la Comisión de Trabajo y Previsión Social, no llegó a ser dictaminada en razón de haber sido retirada del trámite legislativo el 24 de septiembre de 2019, con base en el artículo 77, numeral 2, del Reglamento de la Cámara de Diputados.

La tercera iniciativa que en orden cronológico fue presentada en la Legislatura LXIV para regular la subcontratación laboral corresponde a la Iniciativa con Proyecto de Decreto que deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, para eliminar la subcontratación del régimen laboral, presentada por el diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Ciudadano.³⁵

Para sustentar la propuesta legislativa en cuestión, el legislador autor de la iniciativa, argumenta que la reforma llevada a cabo en el año 2012, vulneró los principios I consagrados con rango constitucional previstos en los artículos 27 y 123 de la Norma Suprema, ya que al aprobarse las nuevas formas de contratación (por temporada; para capacitación inicial; a prueba; el pago por hora; o subcontratación), se dejó en estado de indefensión a los trabajadores para recibir salarios dignos, las prestaciones de ley o la seguridad social a que debieran tener derecho y sobre todo para tener una estabilidad laboral, lo que se contraponen de manera absoluta con lo dispuesto en el artículo 2º de la propia Ley Federal del Trabajo, particularmente porque no se logra el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, a que alude dicho precepto, .

En razón de lo cual, la propuesta legislativa planteaba derogar los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D, en los cuales se encuentra regulada la subcontratación laboral, toda vez que a juicio de legislador violentan derechos humanos.

³⁵ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5184-IV, del martes 23 de octubre de 2018.

La iniciativa en cuestión, fue retirada del trámite legislativo con fecha 7 de febrero de 2019, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 77, numeral 2, del Reglamento de la Cámara de Diputados, razón por la cual, no se llegó a contar con dictamen.

Cabe señalar que el propio diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, presentó una diversa iniciativa para reformar los artículos 15-A, 15-B, y 15-E, de la Ley Federal del Trabajo,³⁶ apoyándose en la tesis aislada emitida por el Alto Tribunal del país, a través de la cual, la instancia jurisdiccional consideró que los artículos antes referidos, no violan el principio de seguridad jurídica, pues tal regulación persigue un fin constitucionalmente legítimo, relacionado con la protección del derecho al trabajo de los empleados, que se materializa con el pago oportuno de sus salarios y demás prestaciones de seguridad social a las que tienen derecho, protegiéndolo ante el eventual incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la contratista.

Sin embargo, a juicio del autor de la iniciativa, frecuentemente las empresas contratantes (bajo el régimen de subcontratación) buscan evadir las responsabilidades que les corresponden frente a los trabajadores, sin importarles los derechos que asisten a quienes prestan un servicio personal-subordinado, además de que no se les otorga una seguridad de permanencia en el empleo, no obstante que tanto a la empresa contratante como a la contratista, la ley les atribuye igualdad de responsabilidades.

Por lo cual, el proponente, sugiere reformar los artículos que regulan la subcontratación, para precisar, por una parte, los elementos que deberá contener el contrato a celebrar (entre contratante y contratista), en que se pacte la prestación de servicios materia de la subcontratación; y por otra, la determinación del tipo de sanciones que podrían imponerse ante el incumplimiento de alguna de las disposiciones que regulan la subcontratación,

³⁶ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5218 – V, de 14 de febrero de 2019.

en los aspectos de carácter laboral, fiscal o de seguridad social prevista en los artículos 15 A, 15 B, 15 C, 15 D y 15 E.

Con fecha 17 de julio de 2019, se publicó en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, la Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 15-A, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, en materia de regulación de la subcontratación (*outsourcing*), presentada por los diputados Raymundo García Gutiérrez, Verónica Beatriz Juárez Piña y Claudia Reyes Montiel, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática.³⁷

En el planteamiento del problema de la iniciativa, en lo sustancial se argumentó, que derivado del mundo globalizado en que vivimos, la apertura de las economías y el cambio tecnológico, entre otros factores, se ha propiciado que los empleos estables, (con salarios crecientes y con pleno ejercicio de los derechos colectivos), sean cada vez más escasos, frente al denominado trabajo informal, el trabajo por cuenta propia, el *outsourcing* o subcontratación y el empleo eventual.

Asimismo, sostienen que la subcontratación se ha convertido en una estrategia empresarial privilegiada para la reducción de costos (incluidos los laborales), mediante la celebración de contratos que tienen como finalidad, derivar actividades a terceros ajenos a la empresa manteniendo la verticalidad y el control del proceso en su conjunto.

De igual forma los autores de la iniciativa sostienen que si bien, a la subcontratación laboral se le considera una estrategia para aumentar la competitividad, promover la especialización flexible, construir cadenas de valor o de suministro, desde la perspectiva de los trabajadores, se trata de un mecanismo por medio del cual, las empresas otorgan condiciones de trabajo diferenciadas, mano de obra dócil sin presencia sindical, así como condiciones

³⁷ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 15-A, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de los diputados Raymundo García Gutiérrez, Verónica Beatriz Juárez Piña y Claudia Reyes Montiel, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática., publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, 5321-I, correspondiente al miércoles 17 de julio de 2019.

laborales en el límite de los mínimos legales, lo que representa contrataciones dolosas que convierten al trabajo en mercancía, contraviniendo disposiciones de orden público y del derecho internacional (que expresamente lo prohíben), pues con dicho mecanismo, se busca abaratar la fuerza de trabajo, o simular relaciones mercantiles donde prevalece una materia de trabajo, en perjuicio de los trabajadores subcontratados.

En razón de tal problemática, con la iniciativa en comento, los legisladores buscan mejorar la situación jurídica del trabajador, en lo referente a que las responsabilidades patronales correspondan a quienes realmente reciben los servicios del trabajador, independientemente de quienes, de manera formal, aparezcan como patrones o receptores de esos servicios, pero sin eximir a éstos de una responsabilidad solidaria o compartida.

Para el efecto, las propuestas de reforma sugeridas plantean reformar el artículo 15-A, inciso b, para señalar que el trabajo objeto de subcontratación (además de justificarse por su carácter especializado), deberá corresponder a actividades distintas al objeto social de la empresa y su ejecución es de carácter ocasional.

Igualmente se plantea adicionar un párrafo tercero al artículo 15-C, para reafirmar la corresponsabilidad de las empresas beneficiarias de los servicios tercerizados, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones patronales para con los trabajadores de la empresa contratista; y finalmente, se planteaba adecuar la redacción del artículo 15-D a efecto de que quede prohibido el régimen de subcontratación de trabajadores de la empresa contratante cuando su transferencia a la subcontratista implique disminución o afectación de sus derechos laborales.

La iniciativa en comento, si bien fue turnada a la Comisión de Trabajo y Previsión Social, no fue dictaminada dentro de plazo a que alude el artículo 182 del Reglamento de la Cámara de Diputados, ni dentro del plazo de prórroga autorizado, habiendo sido retirada por los proponentes el 31 de enero de 2020.

Una diversa Iniciativa con objeto de derogar los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D, de la Ley Federal del Trabajo (para eliminar la subcontratación o *outsourcing*), fue presentada por diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo (PT), en fecha 10 de septiembre de 2019,³⁸ bajo el argumento de que la reforma laboral llevada a cabo en el año 2012, ha generado la precarización de la fuerza de trabajo derivado de contrataciones a través de terceros en condiciones inferiores a las que tienen los trabajadores de la empresa destinataria de los servicios. .

Ante tal problemática los autores de la iniciativa (como integrantes del Grupo Parlamentario del PT), manifiestan su desacuerdo con que en nuestro país se encuentre permitida la subcontratación laboral y por ello, plantean la derogación de los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D, de la Ley Federal del Trabajo, pues a su juicio, dicha modalidad de contratación ha derivado en que los trabajadores mexicanos no cuenten con una seguridad social como tal, ni mucho menos prestaciones laborales, como vacaciones, aguinaldo, pago de utilidades, ni el derecho a sindicación.

Es de mencionar, que a la fecha no se ha dictaminado la iniciativa de cuenta, habiendo transcurrido tanto el plazo ordinario como la prórroga a que aluden los artículos 182 y 183, del Reglamento de la Cámara de Diputados.

Otra propuesta legislativa que ha sido presentada, se refiere a la Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, en materia de subcontratación laboral, signada por el diputado Ulises Murguía Soto, integrante del Grupo Parlamentario de Morena.³⁹

³⁸ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de diputados del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5363-II, martes 10 de septiembre de 2019.

³⁹ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Ulises Murguía Soto, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5402-V, martes 5 de noviembre de 2019.

Para sustentar las propuestas de reforma y adición referidas en la iniciativa en cuestión, el diputado proponente, señala entre otros aspectos que la inclusión de la subcontratación laboral en la Ley Federal del Trabajo, representó en su momento un avance significativo en la materia, pero con el paso de los años, se han podido apreciar ausencias y deficiencias regulatorias, particularmente en los preceptos en que se norma la subcontratación, es decir, en los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D, lo que ha propiciado confusiones conceptuales de los términos tercerización, externalización y deslocalización de la producción; así como subcontratación laboral, suministro de mano de obra e intermediación.

Adicionalmente el autor de la iniciativa estima que existe falta de claridad en el tipo de responsabilidad de las empresas que participan en la subcontratación de trabajadores e insuficiente especificidad en la referencia a las prestaciones a las que tiene derecho el trabajador subcontratado, y frente a ello, lo que denominan como subcontratación dolosa e incluso simulación laboral

El diputado signante reconoce que la subcontratación se presenta tanto en el sector privado como en el sector público, donde los empleados resultan afectados, por lo que con la iniciativa busca la reivindicación de los derechos laborales de los trabajadores para brindarles certeza y seguridad laboral.

Conforme a la iniciativa, la propuesta específica alude a reformar los artículos 15-A, 15-B, 15-C, 15-D y 1004-C, y adicionar los artículos 15-E, 15-F, 15-G, 15-H y 15-I, de la Ley Federal del Trabajo.

En cuanto a la reforma del artículo 15-A de la Ley Federal del Trabajo, se plantea delimitar con claridad el alcance de la noción de subcontratación. En el artículo 15-B, se busca establecer el alcance de las obligaciones laborales y en materia de seguridad social a cargo del contratista.

En el artículo 15-C se plantea establecer que el contratante tendrá la calidad de patrón en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, mientras que en el artículo 15-D, se retomarían las obligaciones actualmente previstas en el artículo 15-B (referente a la obligación del contratista de celebrar el contrato por escrito y de presentar el mismo ante la autoridad

Q₁₃₂

competente); además, se reitera para el contratante el carácter de patrón, en caso de incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del contratista, en relación con los trabajadores con quienes mantenga una relación de trabajo. Igualmente se incluiría señalamiento en el sentido de que los trabajadores sujetos a una subcontratación, deberán tener las mismas de condiciones de trabajo de los trabajadores que realicen trabajos similares en la empresa beneficiaria.

Por lo que corresponde a los artículos que serían objeto de adición, en el artículo 15-E se haría referencia a la subcontratación dolosa. Además de retomar requisitos señalados en el artículo 15-A, se plantea prever la existencia de un salario mínimo profesional (sin perjuicio de la fijación de salarios superiores) para el trabajo en régimen de subcontratación; así como el señalamiento de que el trabajo subcontratado no podría ser prestado por personas físicas o morales no inscritas en el Registro Nacional de Empresas de Subcontratación, a que se hace referencia en el artículo 15-G.

En el artículo 15-F, se buscaría incorporar señalamiento que aluda a las garantías que corresponderían a los trabajadores sujetos a subcontratación, entre las cuales se destacan las relativas a la vigencia y pleno ejercicio de sus derechos humanos laborales (reconocidos en el orden constitucional, convencional y legal), así como a ser informados por escrito de sus condiciones de trabajo, salario y la persona física o empresa para la cual prestará sus servicios, así como al reconocimiento a la antigüedad en su trabajo, independientemente del cambio de contratante.

En el artículo 15-G se propone fijar como obligación de la STPS en conjunto con la Secretaría de Economía el establecimiento de un sistema de gestión de calidad, abocado a planificar, implementar y controlar los procesos de calidad que garanticen el cumplimiento de requisitos para la prestación de servicios sujetos a subcontratación por parte de los contratistas; así como la creación de un Registro Nacional de Empresas de Subcontratación y el fijamiento de requisitos para su ingreso y permanencia. La obligación del contratista de inscribirse en el Registro Nacional de Empresas de Subcontratación cuyos

requisitos de ingreso y permanencia deberá establecer la STPS en un plazo de seis meses, para que el registro quede integrado a más tardar en un año.

En el mismo precepto, se plantea como atribución de la STPS, llevar a cabo inspecciones preventivas, ordinarias y extraordinarias, para verificar que las empresas contratistas cumplan con sus obligaciones laborales y de seguridad social.

La propuesta de adición de un artículo 15-H, estaría encaminada a precisar los documentos que los contratistas materia de subcontratación, estarían obligados a entregar a sus contratantes, para acreditar su viabilidad jurídica en la materia, entre las cuales se alude a la constancia vigente de inscripción en el Registro Nacional de Empresas de Subcontratación; la documentación que acredite que ha cumplido con las disposiciones aplicables en materia de seguridad social, condiciones de trabajo; y contar con opinión favorable en materia fiscal por parte del Sistema de Administración Tributaria (SAT).

Finalmente, en el artículo 15-I se relacionan los supuestos bajo los cuales no serían válidos los contratos de subcontratación.

La octava propuesta legislativa presentada durante la LXIV Legislatura en la Cámara de Diputados corresponde a la Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-A de la Ley Federal del Trabajo, en materia de subcontratación, presentada por el Diputado Manuel Gómez Ventura, integrante del Grupo Parlamentario de Morena,⁴⁰ quien estima que si bien en el año 2012, se logró incorporar en la Ley Federal del Trabajo el tema de la subcontratación (artículos 15-A a 15-D), las disposiciones contenidas en dichos preceptos, resultan idealistas, ambiguas y sujetas a interpretación, particularmente en lo referente a los supuestos que se deben cumplir por parte de las empresas contratantes, que resultan ser las beneficiarias de los servicios solicitados.

⁴⁰ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-A de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Manuel Gómez Ventura, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5415-III, de fecha 3 de diciembre de 2019.

En razón de ello, la propuesta legislativa busca replantear la redacción normativa en el artículo 15-A, para darle absoluta claridad y precisión y con ello evitar lagunas jurídicas, o interpretaciones a modo, que profundicen la precariedad laboral de la población.

Con fecha 3 de diciembre de 2019, la diputada Anita Sánchez Castro, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, presentó Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 12 a 14 de la Ley Federal del Trabajo, en materia de subcontratación.⁴¹

La autora de la iniciativa argumenta en su exposición de motivos que el fenómeno de la subcontratación en México engloba múltiples aristas que no permiten un análisis de corte lineal del problema, puesto que puede visualizarse tanto como una técnica que pretende mejorar la competitividad de las empresas; y también, como un problema jurídico que implica una intermediación que debiera traducirse en una responsabilidad solidaria (entre contratantes y contratistas).

Reconoce que si bien la legislación vigente regula la intermediación laboral, considera que no debe existir en materia laboral, especialmente si el intermediario no asume ningún tipo de responsabilidad con los trabajadores por él contratados, por lo cual, propone reformar el artículo 12 de la ley Federal del Trabajo, a efecto de negar la intermediación laboral, bajo el criterio de que el trabajo no es un producto de comercio y por ende, los contratos de trabajo no pueden ser materia de intermediación.

Igualmente, propone reformas a los artículos 13 y 14 de la propia Ley Federal del Trabajo para eliminar las respectivas referencias que contienen en relación con los intermediarios, de donde derivaría que todo aquel que interviniera en la contratación de un trabajador, tendría el carácter de patrón, aun y cuando el trabajador laborara para un tercero.

⁴¹ Véase: Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 12 a 14 de la Ley Federal del Trabajo, presentada por la diputada Anita Sánchez Castro, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5415 – IV, del 3 de diciembre de 2019.

Es de mencionar, que a la fecha no se ha dictaminado la iniciativa de cuenta, habiendo transcurrido tanto el plazo ordinario como la prórroga a que aluden los artículos 182 y 183, del Reglamento de la Cámara de Diputados.

La décima iniciativa presentada durante la Legislatura en curso, fue signada por el diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal, integrante del Grupo Parlamentario del PAN, y a través de la cual propone reformar el artículo 15-C, de la Ley Federal del Trabajo, con el propósito de eliminar las prácticas que afectan los derechos de los trabajadores a través de los esquemas de subcontratación u *outsourcing*.⁴²

En la parte expositiva de la iniciativa, se hace alusión a lo que se define por trabajo decente, precisando que no lo es, aquel que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, así como aquel que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, o el que se lleva a cabo sin protección social.

En abundamiento señala que el concepto de trabajo decente, fue elaborado en el seno de organismos internacionales como la Asamblea General de las Naciones Unidas y la OIT, por lo cual, debe considerarse como referente para cualquier discusión que tenga que ver con el diseño de instrumentos normativos o políticas públicas, que impacten en el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

No omite precisar que el trabajo con condiciones laborales precarias se aleja de los objetivos del trabajo decente y genera mayor desigualdad, inseguridad e inestabilidad económicas para las y los trabajadores, sus familias y las sociedades, por lo cual, estima que la contratación temporal sin causa, la intermediación laboral, la subcontratación de obras y servicios a otras empresas, la contratación de falsos trabajadores por cuenta propia,

⁴² Véase: Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-C, de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5415 – II, del 3 de diciembre de 2019.

los períodos de prueba excesivos, el trabajo a tiempo parcial, trabajo a domicilio, han favorecido la erosión de los derechos y la desprotección de los trabajadores en muchos países, ya que representan fórmulas de trabajo precario que se han extendido a todos los sectores de actividad a través de determinadas prácticas que dificultan el desarrollo de un trabajo digno.

El legislador proponente apunta que si bien, la subcontratación (*outsourcing*), es una figura legalmente aceptada en la Ley Federal del Trabajo, resulta necesario encontrar una fórmula legal equilibrada, que garantice la vigencia de los derechos laborales de los trabajadores sujetos a dicho régimen de contratación, y a la vez se otorgue flexibilidad a los empleadores para contratar servicios no esenciales, sin dejar de regular y fiscalizar a las compañías dedicadas al *outsourcing*, para asegurar que no incurran en abusos ni en regímenes de sobreexplotación de la fuerza laboral.

En razón de los argumentos esgrimidos en la iniciativa, la propuesta legislativa plantea reformar el artículo 15 C de la Ley Federal del Trabajo para conferir a la STPS, la atribución de dictar las normas que sean necesarias a efecto de garantizar que los empleadores a que alude el artículo 15-A, cumplan las obligaciones de la subcontratación previstas en el segundo párrafo de dicho artículo, así como las obligaciones de la subcontratación establecidas en los artículos 15-B y 15 D, a efecto de que las empresas de *outsourcing* en México acrediten de manera pública y fehaciente que cumplen las condiciones y obligaciones previstas en los artículos 15 A, 15 B y 15 D de la Ley Federal del Trabajo.

Cabe mencionar finalmente, que la iniciativa objeto de análisis, guarda notoria coincidencia con la diversa iniciativa presentada por el propio diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal (que aparece en el presente análisis marcada con el número 1), la cual, no se dictaminó, pues fue retirada por decisión del legislador signante.

En fecha 11 de febrero de 2020, el diputado Raymundo García Gutiérrez, integrante del Grupo Parlamentario del PRD, presentó a nombre propio y de diversos diputados de la misma bancada política, la Iniciativa con Proyecto

de Decreto, para reformar los artículos 15-A, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, en materia de regulación de la subcontratación.⁴³

En el apartado de exposición de motivos de la iniciativa, se refiere que la subcontratación es una estrategia empresarial para aumentar la competitividad, promover la especialización flexible, construir cadenas de valor o de suministro (incluso globales) y para transformar relaciones laborales en civiles o comerciales, por lo que desde la perspectiva de los trabajadores, se trata de un mecanismo por medio del cual las empresas otorgan condiciones de trabajo diferenciadas, mano de obra dócil sin presencia sindical, así como condiciones laborales en el límite de los mínimos legales.

Los diputados proponentes de la iniciativa estiman que con el esquema de la subcontratación u *outsourcing*, algunos empleadores buscan evadir las responsabilidades laborales que les corresponden, buscando que el tercero o contratista, las afronte con menores costos y seguridad para los trabajadores, a lo cual se ha dado en llamarle *outsourcing* malo.

Se apunta que con el manejo de subcontrataciones dolosas, se ha convertido al trabajo en una mercancía (contraviniendo disposiciones de orden público y del derecho internacional), que expresamente lo prohíben, pues con dicho mecanismo, se busca abaratar la fuerza de trabajo, o simular relaciones mercantiles donde prevalece una materia de trabajo, en perjuicio de los trabajadores subcontratados.

En razón de tal problemática, con la iniciativa en comento, los legisladores proponentes buscan mejorar la situación jurídica del trabajador, en lo referente a que las responsabilidades patronales correspondan a quienes realmente reciban en forma permanente los servicios del trabajador, independientemente de quienes, de manera formal, aparezcan como patrones o receptores de esos servicios, sin eximir a éstos de su responsabilidad solidaria o compartida.

⁴³ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto, para reformar los artículos 15-A, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Raymundo García Gutiérrez, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5455 – II, de fecha 11 de febrero de 2020.

Q¹³²

Para el efecto, proponen reformar el artículo 15-A, inciso d, para señalar que el trabajo materia de subcontratación, deberá justificarse por su carácter especializado para la ejecución ocasional de trabajos que ordinariamente no correspondan al objeto u objetos sociales de la empresa.

Igualmente se plantea adicionar un párrafo tercero al artículo 15-C, para reafirmar la corresponsabilidad que tendrían las empresas beneficiarias de los servicios tercerizados, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones patronales para con los trabajadores de la empresa contratista.

Finalmente, se planteaba adecuar la redacción del artículo 15-D para eliminar la referencia a un proceder deliberado por parte de la contratante para transferir trabajadores propios a la contratista con el fin de disminuir derechos laborales.

La iniciativa que en este numeral se comenta, corresponde integralmente a la diversa iniciativa presentada por el diputado Raymundo García Gutiérrez y otros integrantes del Grupo Parlamentario del PRD, misma que fue retirada de manera previa a su dictaminación.

La duodécima iniciativa presentada ante el Pleno de la Cámara de Diputados en el transcurso de la LXIV Legislatura, plantea adicionar un artículo 15-E en la Ley Federal del Trabajo, conforme a la propuesta del diputado Edelmiro Santiago Santos Díaz, integrante del Grupo Parlamentario de Morena,⁴⁴ a efecto de establecer que corresponderá al Estado (por conducto de la STPS, así como de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo) garantizar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la subcontratación laboral.

Para sustentar dicha propuesta, el diputado proponente destaca que la figura jurídica de la subcontratación laboral comenzó a desarrollarse desde hace algunas décadas a nivel mundial, pero fue en los últimos lustros cuando en

⁴⁴ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto, que adiciona el artículo 15-E de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Edelmiro Santiago Santos Díaz, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5477-V, de fecha 12 de marzo de 2020.

México cobró su mayor impulso, lo que provocó importantes consecuencias en el derecho del trabajo, ya que fue utilizada para desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores y dificultar su acción colectiva, o para evadir o eludir el cumplimiento del pago de las cuotas obrero-patronales.

Asimismo, señala que la subcontratación laboral, ha sido tema de interés en el orden internacional, como es el caso de la OIT, que ha fijado postura en el sentido de que quienes son contratados bajo este régimen, no deben ser privados de ciertos derechos como, por ejemplo, el de la libertad sindical, negociación colectiva, salarios mínimos, tiempo de trabajo y demás condiciones laborales, prestaciones de seguridad social obligatorias, acceso a la información, seguridad y salud en el trabajo, indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, enfermedad en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales, protección y prestaciones de maternidad y prestaciones parentales.

Así y no obstante, las prescripciones existentes, apunta el legislador, no se ha logrado disminuir la presencia de compañías informales, lo cual ha provocado evasión de impuestos, competencia desleal entre negocios informales, y sobre todo, afectación a las personas trabajadoras respecto al incumplimiento de las obligaciones del patrón en materia laboral y de seguridad social.

Por ello, la propuesta normativa que se incluye en la iniciativa, plantea que sea el Estado mexicano, quien garantice el cumplimiento de las disposiciones relativas al régimen de subcontratación, mediante la implementación de mecanismos de vigilancia, auditoría y verificación a las empresas que se dediquen a esta rama de la industria, para lo cual, proponen adicionar el artículo 15-E, en el que se disponga que el Estado (por conducto de la STPS y la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, garantizará el cumplimiento de las disposiciones que regulan la subcontratación, implementando y haciendo uso de mecanismos de vigilancia, auditoría, inspección y verificación.

Cabe señalar que en la misma fecha de presentación de la iniciativa antes referida, el propio diputado Edelmiro Santiago Santos Díaz, suscribió una

diversa Iniciativa con Proyecto de Decreto para reformar el artículo 357 y adiciona el artículo 1004-D, ambos de la Ley Federal del Trabajo, en materia de subcontratación,⁴⁵ con la finalidad de dotar de certeza y seguridad jurídica a los trabajadores y sus familias, respecto a sus derechos laborales y de seguridad social desde la figura jurídica de la subcontratación laboral, para que entre otros derechos, puedan afiliarse a un sindicato o formar uno, en los términos que permite el marco legal actual en nuestro país, así como sancionar a quien intente mermar esa libertad.

Para justificar la pertinencia de su propuesta, el legislador que la suscribe presenta un amplio análisis de la situación que enfrentan los trabajadores contratados bajo la modalidad de *outsourcing* o subcontratación y describe, particularmente lo relativo a falta de claridad en aspectos diversos que los ubica en desventaja respecto de otros tipos de contratación, lo cual pone en evidencia las prácticas elusivas que muchos empleadores tienen como hábito, como es el caso de la prohibición a los trabajadores subcontratados de formar sindicatos, o afiliarse libremente a alguno.

La décima cuarta iniciativa presentada con objeto de regular la subcontratación laboral, corrió a cargo de la diputada Martha Angélica Zamudio Macías, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Ciudadano,⁴⁶ con la finalidad de reformar los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D, y adicionar los artículos 15-E, 15-F, 15-G y 15-H, todos de la Ley Federal del Trabajo.

La autora de la iniciativa efectúa un amplio y detallado análisis de la problemática que enfrentan los trabajadores sujetos al régimen de subcontratación laboral en nuestro país, que ha derivado en inestabilidad laboral y precarización salarial, pues si bien, las disposiciones existentes

⁴⁵ Véase Iniciativa con Proyecto de Decreto, que reforma el artículo 357 y adiciona el 1004-D, de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Edelmiro Santiago Santos Díaz, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria, número 5477-V, de fecha 12 de marzo de 2020.

⁴⁶ Véase: Iniciativa con Proyecto de Decreto, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, presentada por la diputada Martha Angélica Zamudio Macías, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5482-II, del jueves 19 de marzo de 2020.

para regularla responde a los ideales proteccionistas que caracterizan nuestro derecho laboral, tales ideales, sin embargo, son frecuentemente quebrantados en la práctica cotidiana, en donde cientos de empresas aplican esquemas violatorios de los derechos laborales de las y los trabajadores, que generan que cientos de miles experimenten abusos sistemáticos en su espacio de empleo.

A partir de tal diagnóstico, la proponente reconoce que aun cuando en nuestro país, la subcontratación es una realidad en el ámbito laboral, existen múltiples empresas que utilizan esquemas tendenciosos para evadir sus responsabilidades patronales, simulando actos en perjuicio de los trabajadores, a través de la contratación por honorarios; la evasión del pago de cuotas obreiro-patronales en una tercera parte del año; así como el registro del personal subcontratado ante el IMSS, con salario inferior al realmente pactado, entre otros, causan graves afectaciones personales contra las y los trabajadores y con ello, contra el Estado mexicano, por lo cual, a su juicio resulta necesario mejorar la redacción de los artículos que regulan la subcontratación laboral; eliminar las lagunas legales que hoy en día permiten la evasión y el abuso; crear un Registro Nacional de Empresas de Subcontratación que permita a la STPS mejorar sus capacidades de regulación en la industria; y crear un Consejo de Coordinación que funcione como un espacio institucional para que las diversas dependencias involucradas en el combate a las prácticas ilícitas en materia de subcontratación puedan concertar sus esfuerzos tendientes a dicho fin.

Con base en ello, la propuesta legislativa contenida en la iniciativa, plantea reformar los artículos 15- A, 15-B, 15-C, y 15-D, y adicionar los artículos 15- E, 15-F, 15-G, y 15-H, de la Ley Federal del Trabajo.

Finalmente, la Iniciativa con Proyecto de Decreto que adiciona el artículo 15-C de la Ley Federal del Trabajo, en materia de regulación de la subcontratación (*outsourcing*), presentada por el diputado Benjamín Saúl Huerta Corona, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, en la Cámara de Diputados,

representa la propuesta más reciente que ha sido planteada ante la denominada Cámara Baja, la cual continúa pendiente de dictaminación.⁴⁷

El autor de la iniciativa refiere en el apartado de exposición de motivos, las consideraciones que en su concepto, dan sustento a la reforma normativa que plantea para disuadir a las empresas que recurren a la subcontratación como mecanismo para limitar, e incluso, evadir el cumplimiento de obligaciones laborales para con sus trabajadores. Asimismo, reconoce que inicialmente la subcontratación tuvo como objetivo primordial, aligerar la carga de las empresas, ayudarlas para su mejor desempeño y desarrollo, aunque con el paso de los años, se ha distorsionando su uso como medio para evitar el cumplimiento de cargas fiscales y laborales, porque así lo permite la Ley, dejando de lado el objetivo de la figura, en el sentido de utilizarla para la administración de la empresa.

Con la iniciativa en comento, el autor de la iniciativa plantea modificar el artículo 15– C de la Ley Federal de Trabajo, cuya regulación considera, omisa para prever sanciones ante el empleo indebido de la subcontratación, en perjuicio no solo de los trabajadores, sino también del Estado, derivado de la evasión o elusión fiscal que pudiera generarse.

Por ello, el legislador proponente estima que lo pertinente sería establecer como obligación de las empresas interesadas en la subcontratación, el corroborar (cerciorarse), que la empresa contratista que le ofrece servicios, cumple cabalmente con las disposiciones correspondientes en materia de seguridad social, salud y medio ambiente en el trabajo, que la ley impone y ante la inobservancia de tal obligación, exista una sanción, que en el texto vigente no se contiene.

Por lo cual, la propuesta específica alude a adicionar un tercer párrafo al artículo 15-C de la Ley Federal del Trabajo, a efecto de precisar que se atribuirá el carácter de patrón a la empresa contratante que omite cerciorarse

⁴⁷ Véase la Gaceta Parlamentaria número 5507-I-1, de la Cámara de Diputados, del martes 28 de abril de 2020.

de que la contratista cumple con las disposiciones referidas en los artículos 15-B y 15-C.

Una vez revisadas las agendas legislativas planteadas por los grupos parlamentarios, así como las iniciativas presentadas en relación con la subcontratación laboral, resulta dable señalar que se trata de un tema que ha generado interés en diversas fuerzas políticas representadas en la Cámara de Diputados, sin que a la fecha, dicha instancia legislativa haya fijado postura al respecto.

Del análisis a las iniciativas presentadas hasta el momento, puede establecerse que diputados de cinco fuerzas políticas, han mostrado interés por legislar en materia de subcontratación (Morena, PAN, Movimiento Ciudadano, Partido del Trabajo y PRD).

En tratándose del Grupo Parlamentario del PRI, no obstante haber referido el tema de la subcontratación laboral en al menos tres de sus agendas legislativas, hasta el momento no ha formulado propuesta alguna para regular o derogar las disposiciones existentes en materia de subcontratación laboral.

Los grupos parlamentarios del PAN y Movimiento Ciudadano, han planteado sendas iniciativas en materia de subcontratación, aun y cuando no fue considerado dicho tema en sus respectivas agendas legislativas.

Las propuestas del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo, así como eventualmente algunas de Movimiento Ciudadano, se han encaminado a derogar la regulación existente en materia de subcontratación laboral, al considerar que atenta contra los derechos humanos y laborales de los trabajadores sujetos a dicho esquema contractual.

V. Conclusiones

Primera. Contrato de trabajo es aquél por el que se da origen a una relación de trabajo que tiene por objeto, la prestación continuada de servicios por

Q¹³²

parte del trabajador, subordinado a la dirección y dependencia del empleador, en el centro de trabajo y con el horario que éste determina, a cambio de una contraprestación denominada salario.

Segunda- La subcontratación laboral se considera una forma atípica de crear un vínculo laboral, pues genera una relación triangular, donde la contratante encomienda o delega, a otra persona o empresa denominada contratista, la realización de determinadas actividades de un proceso productivo, para que las lleve a cabo utilizando su personal propio, en el lugar que determine la contratante y sin que entre ésta y el trabajador se genere un vínculo laboral.

Tercera. La subcontratación laboral se encuentra prevista en los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D, de la Ley Federal del Trabajo, sin embargo, diversas corrientes de opinión argumentan la necesidad de formular una regulación más amplia y precisa, para evitar la simulación de actos jurídicos y la elusión de responsabilidades por parte de los contratantes y contratistas

Cuarta. En el tiempo transcurrido de la LXIV Legislatura en la Cámara de Diputados, únicamente cuatro grupos parlamentarios, han incluido en sus agendas legislativas, el tema de la subcontratación laboral - Morena (5), PRI (3), Partido del Trabajo (5) y PRD (4) -.

Quinta. Durante la LXIV Legislatura de la Cámara de Diputados, se han presentado a trámite 15 iniciativas para regular la subcontratación laboral, de las cuales tres fueron retiradas y 12 aparecen en proceso de dictaminación.

Sexta. El mayor número de iniciativas presentadas para regular la subcontratación laboral, corresponde a diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena con seis casos; correspondiendo cuatro a Movimiento Ciudadano; dos al PAN; dos al PRD y una al Partido del Trabajo.

Séptima. De la totalidad de iniciativas presentadas para regular la subcontratación laboral, solo en dos casos, las propuestas se referían a derogar las disposiciones existentes en la Ley Federal del Trabajo, correspondiendo

dichas iniciativas a diputados integrantes de los grupos parlamentarios del Partido del Trabajo y Movimiento Ciudadano.

Octava. El mayor número de iniciativas presentadas para regular la subcontratación laboral, corresponde a diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena con seis casos; correspondiendo cuatro a Movimiento Ciudadano; dos al PAN; dos al PRD y una al Partido del Trabajo.

Novena. Entre las propuestas planteadas en las iniciativas presentadas, se pretende facultar a la STPS, para dictar las normas que sean necesarias a efecto de que las empresas de *outsourcing* en México, acrediten de manera pública y fehaciente que cumplen las condiciones y obligaciones previstas en la ley en materia de subcontratación.

Décima. Se han presentado iniciativas proponiendo derogar las disposiciones existentes en la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación, bajo la consideración de que vulneran los derechos humanos de los trabajadores sujetos a dicho régimen contractual, consagrados tanto en el orden constitucional y convencional como a nivel legal.

Décima Primera. Entre las propuesta presentadas para regular la subcontratación laboral, se encuentra la referente a establecer la responsabilidad patronal solidaria entre la empresa contratante y la contratista, como medida para evitar la elusión de responsabilidades por parte de la beneficiaria de los servicios prestados por los trabajadores sujetos a ese régimen contractual y para garantizar la protección de derechos de los trabajadores.

VI. Bibliografía

Fuentes documentales

BARAJAS MONTES DE OCA SANTIAGO, *Derecho del Trabajo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

BARRADO SORIA Beatriz I., *La relación de trabajo y la protección de los trabajadores. Una revisión de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo desde la perspectiva de género*, Revista de Derecho UNED, núm. 19, 2016, disponible en: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/18478/15517

BENSUSÁN Graciela, *La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?*, en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, Cámara de Diputados (GPPRD) LX Legislatura/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

BUEN LOZANO Néstor de, *Clases de Contratos de Trabajo* en: Buen Lozano Nestor de y Morgado Valenzuela Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 188, 1997.

CANTARD ALBOR Ángel, *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/ trabajador dependiente. Escenarios futuros*, en: Kurczyn Villalobos Patricia (coord.), *Derecho social Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CAVAZOS FLORES Baltasar, *Las 500 preguntas sobre temas laborales. Orientaciones teórico - prácticas*, 3ª. edición, México, Trillas, 1989, 2011.

CUEVA Mario de la, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, Tomo I, México, Porrúa, 1972.

JARAMILLO JASSIR Iván Daniel, *Del Derecho laboral al Derecho del trabajo*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

KURCZYN VILLALOBOS Patricia, *Nuevas formas de contratación*, en Kurczyn Villalobos Patricia (coord.), *Relaciones laborales en el siglo XXI*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social/ Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

MARQUET GUERRERO Porfirio, *El contrato y la relación de trabajo*, en: Kurczyn Villalobos Patricia y Puig Hernández Carlos Alberto (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a. Reunión, Ginebra, 2013.

PASCO COSMÓPOLIS Mario, *Relaciones de Trabajo especiales: El caso de las modalidades formativas*, en: Kurczyn Villalobos Patricia (coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 296, 1997.

PÉREZ Benito, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1983.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA Alfredo, REYNOSO Castillo Carlos y PALLI Bárbara, *La subcontratación: Un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*. México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, núm. 185, 2016.

Fuentes jurisprudenciales.

CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO. PROCEDE ANALIZAR SU VALIDEZ CUANDO EL PATRÓN OPONE COMO EXCEPCIÓN LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO, AUN CUANDO EL TRABAJADOR

Q¹³²

NO HAYA DEMANDADO SU PRÓRROGA O NULIDAD, [Jurisprudencia], Décima Época. Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 37, Tomo 1, Diciembre de 2016, Tesis: 2ª./J.164/2016 (10ª.), (Contradicción de tesis 170/2016, entre las sustentadas por el Pleno en Materia de Trabajo del Tercer Circuito y el Tercer tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, cinco de octubre de 2016, cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Héctor Orduña Sosa.

RELACIÓN LABORAL, EXISTENCIA DE LA, [Tesis Aislada], Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito (Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Marzo de 1996, Tesis: VI.2º.27 L, p. 1008.

RELACIÓN LABORAL. LA SUBORDINACIÓN ES EL ELEMENTO DISTINTIVO DE LA, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito (Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, Mayo de 1995, Tesis: IV.2o. J/1, p. 289.

Otras fuentes

Agendas Legislativas para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXI, número 5107, de fecha 5 de septiembre de 2018.

Agendas Legislativas para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXII, número 5214, de fecha 8 de febrero de 2019.

Agendas Legislativas para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, Gaceta Parlamentaria de

la Cámara de Diputados, año XXII, número 5360, de fecha 6 de septiembre de 2019.

Agendas Legislativas para el Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5463, de fecha 21 de febrero de 2020.

Agendas Legislativas para el Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura, Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, año XXIII, número 5607, de fecha 11 de septiembre de 2020.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-C de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal, del Grupo Parlamentario del PAN, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 5131-II, de fecha 9 de octubre de 2018.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 283 de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de la diputada Ana Priscila González García, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 5141-II, de fecha 23 de octubre de 2018.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5184-IV, del martes 23 de octubre de 2018.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5218-V, de 14 de febrero de 2019.

Q₁₃₂

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 15-A, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de los diputados Raymundo García Gutiérrez, Verónica Beatriz Juárez Piña y Claudia Reyes Montiel, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, 5321-I, correspondiente al miércoles 17 de julio de 2019.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de diputados del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5363-II, martes 10 de septiembre de 2019.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Ulises Murguía Soto, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5402-V, martes 5 de noviembre de 2019.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-A de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Manuel Gómez Ventura, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5415-III, de fecha 3 de diciembre de 2019.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 12 a 14 de la Ley Federal del Trabajo, presentada por la diputada Anita Sánchez Castro, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5415-IV, del 3 de diciembre de 2019.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 15-C, de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Ernesto Alfonso Robledo Leal, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5415-II, del 3 de diciembre de 2019.

Iniciativa con Proyecto de Decreto, para reformar los artículos 15-A, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Raymundo García Gutiérrez, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5455-II, de fecha 11 de febrero de 2020.

Iniciativa con Proyecto de Decreto, que adiciona el artículo 15-E de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Edelmiro Santiago Santos Díaz, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5477-V, de fecha 12 de marzo de 2020.

Iniciativa con Proyecto de Decreto, que reforma el artículo 357 y adiciona el 1004-D, de la Ley Federal del Trabajo, presentada por el diputado Edelmiro Santiago Santos Díaz, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria, número 5477-V, de fecha 12 de marzo de 2020.

Iniciativa con Proyecto de Decreto, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, presentada por la diputada Martha Angélica Zamudio Macías, integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 5482-II, del 19 de marzo de 2020.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que adiciona el artículo 15-C de la Ley Federal del Trabajo, en materia de regulación de la subcontratación (*outsourcing*), presentada por el diputado Benjamín Saúl Huerta Corona, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 5507-I-1 del 28 de abril de 2020.

Q uórum 132 Legislativo

Q uórum 132 Legislativo

I. Introducción

El objeto de esta investigación es interpretar los artículos constitucionales relativos al Presupuesto de Egresos de la Federación esencialmente en relación con la aprobación de dicho documento, o mejor dicho con la determinación de los gastos a erogarse en un ejercicio fiscal, esto es, no se incluye en su objeto las otras fases del ciclo presupuestario, como la programación, la ejecución, el control y la evaluación del gasto público, ya que delimitar así la materia de estudio nos permitirá depurar con mayor precisión y profundizar en el análisis del tema que constituye la esencia del presupuesto y de su contenido, además pronunciarnos en relación a la materia que más conflictos ha causado en todos los sistemas políticos democráticos. Asimismo, la separación se realiza en atención al elemento más significativo y útil para abonar a la construcción de una teoría general del presupuesto, tan necesaria para el fortalecimiento del derecho presupuestario y el de su sostén: el presupuesto, sobre el que descansa la ordenación jurídico financiera del gasto público. Por lo que resulta en extremo importante establecer con la mayor precisión posible el contenido, los linderos del presupuesto y particularmente delimitar las competencias entre los Poderes Ejecutivo y el Legislativo y más concretamente la Cámara de Diputados.

Se plantea también, en el numeral dos, bajo el título de *Aspectos preliminares. Realidad del Sistema*, los retos adicionales a enfrentar en la tarea interpretativa, por haber alcanzado el derecho presupuestario su autonomía recientemente y estar en fase de construcción y de elaboración de sus principios y de dotarlos de contenido y fundamento. Igualmente en este numeral se advierte, para evidenciar la realidad a la que se enfrenta el intérprete en este sector del derecho, del reto que implica que el presupuesto sea un acto político por excelencia y su necesaria consideración para establecer la ratio del presupuesto así como la de todas las disposiciones que se pretendan interpretar. En general entonces, se hace alusión en esta parte de la investigación, a diversas dificultades de este sector por estar en fase de construcción de un sistema propio.

En el numeral 3 realizo una interpretación exhaustiva de las disposiciones constitucionales presupuestarias relativas a la determinación de gastos públicos, esto es, de los artículos 74, fracción IV, 126 y 75, como preceptos que regulan directamente la materia presupuestaria, ya que el artículo 127, aunque se refiere al presupuesto, su vinculación es con las remuneraciones de los trabajadores cuyo empleo esté determinado por ley, es decir, complementa directamente al artículo 75. Planteo esencialmente en este punto lo trascendente del artículo 74, fracción IV y realizo una interpretación integral del mismo, destacando principalmente la naturaleza y el alcance obligacional del Decreto Presupuestal e insisto en su calidad de reserva de fuente, como elemento esencial de mi postura. También planteo y trato de establecer el alcance de la potestad que la Constitución establece a favor de la Cámara y de los límites y restricciones que dicha facultad exclusiva pueda tener, de acuerdo a otras disposiciones constitucionales o bien en relación a leyes ordinarias, particularmente de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que en diversos artículos limita las facultades de la Cámara para determinar libremente los gastos que se vayan a realizar en el ejercicio. Realizo también un análisis exhaustivo del mecanismo establecido en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, a la luz del alcance de la potestad presupuestaria regulada en la Constitución a favor de la Cámara de Diputados.

En el numeral 3, identifiqué y atribuí contenido a algunos principios en esta materia que se encuentran establecidos, esencialmente en el artículo 74, fracción IV de la Constitución. El primer principio planteado fue el de legalidad o competencia partir de los elementos contenidos en dicho precepto, como ejercicio de una facultad exclusiva determinada constitucionalmente y de las posibilidades y mecanismos de realizar gastos que no estén contenidos directamente en el presupuesto, bien por aplicación de los artículos 19, 19 bis, 20, 21 y 21 bis, que tiene por método, sin la intervención de la Cámara de Diputados que es la autoridad a la que la Constitución le atribuye directamente la potestad para que año con año determine cuáles van a ser erogaciones, en que materias y porque montos, destinar por ley, de manera permanente y sin la directa intervención de la Cámara, los recursos excedentes

a los presupuestados o la distribución de las reducciones de gastos cuando disminuyen los ingresos sin la intervención de esta, o bien por adecuaciones presupuestarias, aspectos que cuestiono desde la perspectiva de la facultad exclusiva de la Cámara. Igualmente trato de dotar de contenido y atribuir efectos a otros principios como el de unidad, y al de anualidad, todos ellos del contenido de las disposiciones constitucionales. Principios que son muy útiles no solo para interpretar y dar un contenido más exacto a las normas constitucionales presupuestarias, sino también para ordenar la materia en función de sus principios, y de su interacción

Finalmente, en este numeral intento fundar porque, como una proyección de la potestad de la cámara de establecer o determinar los gastos a realizarse en un ejercicio, la Cámara tiene la potestad constitucional de modificar el Presupuesto en la fase de ejecución, si bien a propuesta del Ejecutivo, reproduciendo la función encomendada por la Constitución a ambos, con datos más reales, que no se tuvieron ni al elaborar o proyectar el Proyecto de Presupuesto, ni al aprobarlo, o bien, porque las condiciones y especialmente los ingresos fueron distintos a los previstos; en consecuencia, si una finalidad esencial del Presupuesto es estructurar y dar orden y sentido al gasto público para que se realicen erogaciones en los objetos, por los montos, y para el logro de objetivos y metas en ellos considerados, no es justificable que cuando sea parcialmente inaplicable lo determinado en el Presupuesto, particularmente se excluya a la Cámara de Diputados en su ajuste o en la modificación de los gastos públicos previamente determinados, en casos que verdaderamente se justifiquen no se recurra al mismo procedimiento establecido para la su emisión en casos que verdaderamente se justifiquen y se establezcan el Presupuesto.

II. Aspectos preliminares. Realidad del sistema

Antes de pretender atribuir un sentido concreto a las disposiciones constitucionales presupuestarias,¹ es fundamental destacar algunas circunstancias, que no deben pasar inadvertidas, por incidir, o por constituir la base necesaria del sistema del que forma parte el o los preceptos a interpretarse y que necesariamente influyen en el contenido y alcance atribuible a tales artículos; me estoy refiriendo a los principios y al conjunto de normas que conforman el sector del derecho en el que se insertan dichas disposiciones, es decir, al derecho presupuestario, del que a su vez, las normas constitucionales relativas a los gastos públicos, y que son precisamente las que vamos a tratar, son el pilar que sostiene dicha rama jurídica, especialmente el artículo 74, fracción IV de la Constitución.

El derecho presupuestario tiene por objeto los gastos públicos, su ordenación jurídica en sus aspectos financieros (aprobación de los gastos a erogarse, ejecución, control y evaluación) y se construyen alrededor del presupuesto, que es la columna vertebral del derecho de las erogaciones públicas.

Es un sector jurídico en formación² y como señala Eusebio González García este es el proceso epistemológico normal de todas sectores del derecho, esta ha sido hasta hace poco tiempo, una de las dos ramas más importantes del

1 Cada vez que se aluda a las disposiciones constitucionales presupuestarias no estamos refiriendo tan solo a las relativas a la determinación de gastos públicos, bien sea en la aprobación del presupuesto, o en leyes posteriores, no se incluyen por tanto, los preceptos relativos, a las otras fases del ciclo presupuestario, esto es, a la ejecución, control, evaluación, ni tampoco a la realizada por el Ejecutivo o cualquiera de los otros entes que preparan, o programan su propio gasto.

2 Señala que es una interacción entre el método y su contenido, en el que recíprocamente se van perfeccionando hasta que se logra un sistema, es decir en conjunto de normas o relaciones sociales organizadas bajo un sistema común y construyendo los principios generales de los que las partes son una regla, o en su caso una excepción PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I, EDESA, 1986, Madrid, pp, 17, 18 y 19.

Derecho Financiero;³ que tradicionalmente ha tenido por materia tanto a los gastos, como a los ingresos públicos; la parte de los ingresos públicos tiene casi un siglo de existencia propia, es el objeto del derecho tributario. El área de los gastos públicos se ha aceptado convencionalmente que ha logrado desprenderse y consolidarse como una rama autónoma y tiene su objeto propio, solamente lo integran los gastos públicos, claro está, sin perder de vista la dependencia o vinculación sustantiva entre gastos e ingresos, y las dificultades que esto implica en la delimitación de su campo de estudio, en tal virtud, se está en la fase de delimitación plena de su campo y sobre todo, en la de conformación de los principios que la rigen, razón por la cual el intérprete ha de tener especial cuidado en su construcción y aplicación, sin dejar de considerar las peculiaridades del Presupuesto de Egresos según este regulado en nuestro derecho, desde luego, en esta tarea se puede echar mano del derecho comparado, pero siempre adaptándolo tanto como el derecho positivo mexicano lo exija.

En la identificación y construcción de los principios del derecho presupuestario varios elementos juegan un papel importante; primero, la normatividad, que nunca debe pasarse por alto y, desde luego, interpretarla con el alcance que le corresponde en función de sus elementos, vinculándola con los principios que les sean aplicables, con las normas de las que forme parte y con el sistema normativo en su conjunto; segundo, los criterios provenientes de los Tribunales Nacionales, particularmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su mayor estabilidad y obligatoriedad, de manera especial, en instituciones jurídicas en relación a las que, su contenido y efectos aun sean determinables, caso típico del Presupuesto de Egresos en el que la incertidumbre está presente como en el reconocimiento de su naturaleza jurídica, el tipo de norma a través de la que se emite, la integración y alcance del artículo 126 en la conformación del sistema, su consideración

3 CALVO ORTEGA, Rafael, "Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero", *Hacienda Pública Española*, No 1. 1970, pp, 124 y 125. En este artículo el autor plantea los elementos a considerar y a partir de los cuales defiende al derecho financiero como científica autónoma, los razonamientos son aplicables a cualquier otro sector del derecho. Un estudio clásico muy exhaustivo sobre el tema SÁENZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, volumen II, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1985.

Q₁₃₂

como fuente especial y su relación con las normas con rango de ley, por citar algunos; tercero, la doctrina, extranjera y nacional, reparando mucho en la última porque sus estudios deben desarrollarse en atención a la normatividad nacional y a los problemas aún pendientes de solución que son abundantes y dinámicos; y; cuarto, a que el Presupuesto, al margen de su forma jurídica, es un ordenamiento eminentemente político, y tal factor por sí, tiene especial relevancia en la delimitación de competencias entre los poderes con potestades en torno al Presupuesto.

Los artículos constitucionales presupuestarios relativos a la determinación de gastos, además de reflejar la complejidad de la materia, el sistema conformado tiene algunas singularidades no suficientemente precisadas aun, que complican la interpretación y evidencian la imperiosa necesidad de ser aclaradas, por señalar algunas; la importancia del presupuesto dentro de nuestro sistema constitucional democrático y su proyección de frente a otras instituciones no presupuestarias; la determinación de la clase de fuente que es el presupuesto, su fundamental relación con las leyes reglamentarias y su armonización con las facultades exclusivas creadas en la Constitución a favor de la Cámara de Diputados, la identificación y conformación de los principios aplicables en la materia en relación a las características derivadas directamente de su contenido y regulación, de frente a instituciones imprecisas recientemente incorporadas en esos términos en la Constitución, o a principios de otras áreas del derecho muy consolidados, con los que se está en estrecho contacto, como por ejemplo, el de legalidad tributaria, que contrasta con la falta de contenido propio del principio de legalidad presupuestaria, sin duda, aplicable al Presupuesto, sin embargo, no se tiene la certeza suficiente en esta rama cuál es su contenido preciso, pues es obvio, que a pesar de las dificultades de aplicación de la legalidad en el derecho tributario, o en el administrativo sancionador en particular, o en el derecho público en general, en el presupuestario es indispensable determinar su alcance, límites y linderos en el que las modificaciones o adecuaciones al Presupuesto en su ejecución deben tomarse mucho en cuenta en su elaboración, y sobre todo vincularlo al decreto presupuestario, que tiene eficacia plena de ley por la reserva de fuente directamente establecida en la Constitución en el artículo 74, fracción IV, que representa la disposición nuclear en la materia presupuestaria. Como

se advierte, son muchos y muy trascendentes los aspectos a determinar y consolidar en la Constitución respecto al derecho presupuestario mexicano, sobre temas estructurales que enteramente inciden en la labor interpretativa.

Por cuanto hace a las aportaciones a la definición del sistema normativo en relación al ámbito presupuestario de los criterios jurisdiccionales, su importancia se acrecienta, más todavía en la fase de elaboración en la que nos encontramos en la actualidad, especialmente en relación a temas muy difusos que generan más dudas que certezas y que son abundantes aun en el sector presupuestario, estancado mientras sigan pendientes y no reciban los pronunciamientos obligatorios, integrativos y aclaratorios de nuestros tribunales. Desafortunadamente, los criterios emitidos hasta ahora son muy escasos, especialmente los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que son los de mayor relevancia por su alcance obligacional y permanencia, sin embargo, el único aspecto que ha quedado definido con su aportación es la vía de impugnación de estos conflictos: la controversia constitucional, que si bien crea certeza de la acción procedente, ha sido objeto de múltiples críticas desde su emisión, al dictarse con la oposición y el voto particular de un sector del pleno, cuya postura ha sido la aceptada, e incluso adoptada en términos generales, por la mayor parte de la doctrina nacional,⁴ sirvan de ejemplo Genaro Góngora Pimentel; primero, ministro opositor, después, doctrinario impulsor de la corriente contraria al sentido de la sentencia emitida; Miguel Alvarado Esquivel; Freddy Priego Álvarez; Oscar Nava Escudero, María de la Luz Mijangos Borja, Juan Manuel Ortega Maldonado y Jorge Ortega González.

De los dos escasos pronunciamientos dictados por la Suprema Corte, en los juicios más conocidos⁵ en los que se echan en falta elementos suficientemen-

⁴ GÓNGORA PIMENTEL, David Genaro, *El veto al Presupuesto de Egresos de la Federación*, Editorial Porrúa, México, 2005.

⁵ Son la controversia constitucional 4/2008 promovida por un grupo de parlamentarios de la entonces Asamblea de Representantes del Distrito Federal con motivo de la aprobación por ese órgano del Presupuesto de Egresos del Distrito Federal del ejercicio de 1998, sin que se hubiera pronunciado de fondo el pleno de la Corte sobreseyeron el juicio porque se promovió una acción de inconstitucionalidad, pero como se consideró que el presupuesto era un acto administrativo de aplicación de leyes previas sin los argumentos suficientes para justificar esa postura y la acción de inconstitucionalidad es para impugnar disposiciones generales al no considerar dentro de este género al

te argumentados, se aprecia que si bien dejan entrever algunos aspectos más generales, solo que se refieren a aspectos, importantes pero muy puntuales de la enorme problemática que envuelve al presupuesto y al derecho presupuestario aún pendiente de resolver, el ya señalado de la acción procedente para su impugnación, y la sujeción al veto u observaciones del titular del Ejecutivo al Presupuesto de Egresos, que al margen de las fundadas críticas recibidas por su incorrección técnica,⁶ no es precedente obligatorio al no alcanzar el mínimo de votos necesario (8) para que tenga ese carácter, además la composición actual de la Corte ahora es otra y no se sabe cuál sería la posición que adoptara, consecuentemente, tampoco en este punto hay alguna postura definida en torno al Presupuesto.

La doctrina en México en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, en que autores muy connotados omitían pronunciarse sobre temas del presupuesto o lo degradaban a la calidad de acto administrativo, o le negaban el carácter de ley material exigida por la corriente dominante en su época, testigos de los múltiples problemas jurídicos que genera hoy el Presupuesto de Egresos en la realidad, adoptan una postura de mayor apertura, acorde con los planteamientos dominantes hoy en día, intentan justificar la fuerza de ley y obligatoriedad del presupuesto, fortaleciéndolo, sin embargo, por otro lado, se echa en falta la existencia de más trabajos de investigación en temas generales que abonen de manera sistemática a la formación del derecho presupuestario y del presupuesto y ayuden a esclarecer muchas de las dudas

Presupuesto es que se resolvió en ese sentido; se estableció jurisprudencia bajo el rubro: “Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente para reclamar el Decreto de Presupuesto de Egresos del Distrito Federal para el ejercicio fiscal de 1998. Por no tener el carácter de norma general” P./J.24/99. En el otro juicio, el 109/2004, mediante una controversia constitucional el Ejecutivo se inconformó contra la aprobación del Presupuesto de Egresos realizada por la Cámara de Diputados para el ejercicio fiscal de 2005, en este juicio se declaró que el Ejecutivo tenía facultades emitir observación o inconformarse mediante “veto” en contra del Presupuesto de Egresos aprobado por la Cámara de Diputados. Se opusieron al sentido de la sentencia los Ministros Góngora Pimentel, Aguinaco Alemán y Aguirre Anguiano.

⁶ Trata de justificar su postura en relación a la técnica de contrario sensu, es decir, si un supuesto está incluido en el precepto, la no exclusión en la lista expresa implica que siga siendo parte del presupuesto, en consecuencia como el inciso i del artículo 72 no excluye expresamente al Presupuesto de Egresos, entonces es objeto de observaciones, como si todas las facultades exclusivas de las cámaras fueran vetables por no encontrarse en esos supuestos de exclusión. Tal mecanismo es inaplicable al caso, por una elemental razón lógica, porque no se acredita que el Presupuesto de Egresos no excluido, primero hubiera estado incluido.

en esta materia, con lo que a su vez, propiciarían una mayor participación de los tribunales en la consolidación de un sistema tan necesario en este sector del derecho, asimismo para lograr una depuración y perfeccionamiento de la legislación vigente, para incluso, en su caso, se realicen las reformas legales y constitucionales convenientes. Esta fuerza del impulso de la doctrina en los sistemas jurídicos nunca sobra y en los sectores jurídicos en formación es imprescindible en el caso, como se ha insistido, en la construcción de una teoría general del presupuesto de acuerdo y en base al derecho positivo mexicano.

La situación en nuestro derecho evidencia, por un lado, que existen muchas áreas de oportunidad en la construcción del instituto presupuestario y de sus características legales, en principio en relación a las disposiciones constitucionales, pues, como se ha planteado está por conformarse, entre otros temas, la detección y reconocimiento de la fuerza equiparable a la ley del Decreto de Presupuesto; su ubicación en la teoría de las fuentes del derecho en esta rama jurídica, destacando las potestades de la Cámara de Diputados a la emisión y a las limitaciones establecidas en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria; las relaciones y engranaje del Presupuesto con otras instituciones constitucionales o simplemente legales que no son presupuestarias, como el Plan Nacional de Desarrollo; o la obligación de transparencia de los actos del Estado, en nuestro régimen democrático, más aún porque se refieren al establecimiento o disposición de recursos públicos; a una delimitación precisa, en la medida de lo posible en el establecimiento de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo, especialmente con la Cámara de Diputados; una materia estructuralmente importante, cuyo análisis y valoración casi se ha omitido por completo es la relativa a las facultades dispositivas o modificatorias de la Cámara de Diputados del contenido del Presupuesto de Egresos durante su ejecución, en torno a la que, seguramente por razones políticas, se ha adoptado carta de definitividad, a mi parecer, sin la debida justificación de la Constitución.

Por otro lado, todas estas materias pendientes de definición complican la interpretación de los preceptos constitucionales presupuestarios, lo que obliga a ser más acertados, cuidadosos y críticos en esta tarea, en razón de

que una afirmación poco fundada pueda crear más confusión, concretamente en uno de los temas trascendentes en esta materia y más recurrentes, esto es, la fijación clara de la competencia entre los Poderes de la Unión, que no se le limita a la aprobación y ejecución, sino al control o a la valoración.

Finalmente, otro aspecto que también debe subrayarse y tiene gran influencia en la función interpretativa, incrementando su complejidad es, reitero, la naturaleza política del presupuesto y todas las razones de la misma entidad que sobre él inciden, de gran influencia en la delimitación de facultades entre los poderes, y que se desenvuelven en dos planos; uno, en la identificación y su valoración de la ratio o razón de la norma y del sistema, y su influencia o manifestación concreta en el contenido del precepto interpretado y; el otro, en la calificación y armonización con otras figuras legales más generales, con tintes más políticos que jurídicos, como la forma de gobierno, la justificación de magnitud o intensidad de poderes del Ejecutivo en nuestro régimen presidencialista. Aspectos estos, que son necesarios para interpretar correctamente las disposiciones constitucionales presupuestarias.

Por último, no quiero dejar de enunciar que si bien hasta ahora los conflictos de delimitación de competencias respecto del presupuesto, han sido entre el Ejecutivo y la Cámara de Diputados, es toda una realidad, que este tipo de conflictos, se empezaran a generar también con el Poder Judicial Federal,⁷ motivo por el cual, se requiere un trabajo muy sistemático y de análisis que se extienda a toda la normatividad en la materia, y proyectar tanto en la leyes reglamentarias, como, en particular, en el Presupuesto, los principios constitucionales, pero sobre todo, tener un especial cuidado en la determinación del contenido del presupuesto sino se quiere correr el riesgo que las potestades de la Cámara se vean afectadas, ahora frente al Poder Judicial, o este sea el que finalmente decida el destino de algún recurso, lo que en principio y a reserva de un análisis detallado, no parece admisible ni justificado, porque la Constitución atribuye dicha facultad a la Cámara, la

7 El problema se refiere a la concesión de la suspensión definitiva otorgada en un juicio de amparo promovido por un particular para el efecto que no se redujera el importe del pago en el programa de estancias infantiles y se siguiera entregando, como los establecía el Presupuesto de Egresos anterior, a las propias estancias

que establece a su favor como exclusiva, y obvio es, porque por exclusión dicha atribución no le corresponde al Poder Judicial.

III. Identificación e interpretación de las disposiciones constitucionales presupuestarias de determinación de gastos públicos. Contenido y alcance. Identificación y aplicación de principios constitucionales presupuestarios

Al señalar a las disposiciones constitucionales presupuestarias de determinación de gasto, se incluyen solamente las relativas a la aprobación de los gastos públicos (art. 74, IV), o bien a las de su fijación mediante ley posterior (art. 126), se excluyen, por tanto, las otras fases del ciclo presupuestario⁸ que no corresponden a la aprobación, esto es, la programación, la ejecución, el control y la evaluación. La programación o la elaboración del Presupuesto que, por regla, corre a cargo de sus propios ejecutores, es una fase no tan problemática ya que se desarrolla en el seno de un mismo poder u organismo con autonomía constitucional. Se excluyen también la parte de la ejecución en sí de los gastos, el control y la evaluación,⁹ que si bien, son fases necesarias del ciclo presupuestario, que completan una razón fundamental del Presupuesto, que es el control de las erogaciones autorizadas, tienen también aspectos muy conflictivos, pero preferimos separarlos porque el tipo de problemas que se generan en ellas son diferentes, por eso aislamos el tema a tratarse, no solo porque constituye un motivo de tradicional conflicto, y a

⁸ A través del mecanismo del ciclo presupuestario la doctrina intenta de una manera muy simple y clara, explicar el *iter* necesario y por el que se desenvuelve el Presupuesto, en el entendido que con él se refleja de una manera evolutiva su trayecto, primero preparación, después aprobación, le sigue la ejecución o realización del gasto que implica la erogación en los términos ordenados, después de la ejecución, sigue la revisión de esta, que es propiamente el control, fase en la que también se evalúa, esto es se califica si se lograron las metas y objetivos que se proponían obtener con la realización de ese gasto.

⁹ Se excluyen los artículos 74, fracción VI, 78, 79 y 134 que se vinculan más directamente con las fases del ciclo presupuestario distintas a la aprobación.

Q₁₃₂

veces de fuerte enfrentamiento, entre el Ejecutivo y el Poder Legislativo o parlamento, entre nosotros la Cámara de Diputados y que la historia evidencia hasta cierta normalidad en estas luchas de poder, sino también porque es el acto (la aprobación) que establece finalmente el contenido del Presupuesto y el que define los gastos públicos a erogarse en un período, normalmente anual y, claro está, porque es el acto más polémico y controvertido que aglutina los más complejos problemas del Presupuesto, también desde la perspectiva jurídica, además porque en el derecho mexicano, existe una singularidad en esta fase que lo hace atípico respecto de la generalidad de los países, y desde luego, porque esta circunstancia, exige argumentaciones propias de nuestro sistema, que nosotros debemos construir, ya que no son pocas las dudas aun existentes y el recurso al derecho comparado es inaplicable. En fin, razones sobran para justificar el tratamiento separado de este tema, e iniciar con él, incluso, desde una correcta perspectiva metodológica no hay mejor punto de partida que éste, de frente a una teoría general del presupuesto.

La aprobación del Presupuesto, es obvio, que es la parte central del ciclo presupuestario y las otras son dependientes de él, ya que; la preparación, como su nombre lo indica es previa a otra, a la que espera y le sigue; la aprobación es la culminante y condiciona tanto a la anterior, como a las subsiguientes, en ella se decide cuánto, quien y para qué se gasta, de allí su importancia, las restantes son consecutivas y dependientes por entero de la aprobación; en la ejecución se cumple con lo ordenado, aunque no se descarta cierta discrecionalidad pero limitada y subordinada, está a cargo de los órganos que se encargaron de su respectiva preparación; el control le sigue a las anteriores y tiene por contenido y fin verificar que se dio cumplimiento y se ajustó a lo autorizado, se lleva a cabo sobre la denominada cuenta pública, y es realizada por quien aprobó el proyecto, a través de un órgano eminentemente técnico (Auditoría Superior de la Federación), quien a su vez evalúa, es decir califica sustantivamente los resultados del logro de metas y objetivos, al margen de estar sujeta también a la aprobación política directa de la Cámara de Diputados.

Los artículos a analizarse son: el 74, fracción IV, el 126, el 75 y adicionalmente, como complementario del anterior el 127. Los tres primeros conforman

integralmente la Constitución en esta materia, hay otros que por su relación con ellos, tratamos manera indirecta y únicamente por esa circunstancia, son los artículos: 74, fracción VII en relación con el segundo párrafo del 25; el 73, fracción XXIX W; el primer párrafo e inciso H del artículo 72, y el primer párrafo del artículo 70. Los interpretamos y analizamos a partir de su contenido y empezando por su texto, a través del método gramatical, histórico, sistemático y teleológico y así arribar a una conclusión razonable, la que relacionamos, de acuerdo a su concreto objeto, tanto con los principios constitucionales que les son aplicables a cada precepto, en razón de la materia regulada, como con las otras disposiciones constitucionales presupuestarias que correspondan, para obtener también su significado de manera conjunta y sistemática para extraer todo el contenido y los efectos que son susceptibles de producir cada precepto en lo individual, pero también de manera integral, para que haya coherencia entre el sentido, la finalidad y la función de cada precepto de frente al sistema en su conjunto, atribuyéndole a cada disposición un sentido congruente y razonable con su alcance y función en el sistema del que forma parte.

Los preceptos 74, fracción IV, 126 y 75 son esencialmente las disposiciones constitucionales que establecen, y regulan a los gastos públicos contenidos y determinados en el Presupuesto de Egresos de la Federación (74 IV), o en una ley posterior (126); el 75 se refiere, en términos generales, a las remuneraciones de los trabajadores del Estado que no deben omitirse en el Presupuesto y en su caso, supletoriamente, la forma de colmar ese vacío.

La función e importancia de dichos preceptos es muy distinta, el artículo 74, fracción IV, es casi omnicompreensivo, de la regulación constitucional del Presupuesto, así, su importancia para los gastos públicos y por ende para el Presupuesto, respecto de los otros dos artículos es esencial; el 126, se refiere a los gastos públicos no incluidos en el Presupuesto, pero mediante ley posterior, su función entonces es complementaria a los gastos públicos no incluidos en el Presupuesto, consideramos que esta disposición tiene un contenido muy amplio, y los más de sus efectos no han sido ignorados por nuestros tribunales y poco analizados por la doctrina; aspectos que de tenerse en cuenta, serían muy útiles para resolver muchos temas en relación

al Presupuesto, como: la equiparación del Presupuesto a una ley para efectos de su naturaleza jurídica, la relatividad de la facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, al menos bajo una perspectiva temporal, que debe advertirse no contiene elementos para excluir, en su caso, la modificación del Presupuesto en ejecución; el fortalecimiento del principio de unidad en el gasto público, aspecto en extremo importante para la fiscalización del Presupuesto y muchos otros, pero por ahora me interesa advertir únicamente que, por mandato expreso de la Constitución, la facultad de aprobación, y con mayor precisión de determinación de las erogaciones a realizarse en un ejercicio no se circunscribe sólo al artículo 74, fracción IV, sino que incluye el 126, así, si el objeto de estudio considerado es el Presupuesto, la potestad de aprobarlo es constitucionalmente atribuida a la Cámara, si se atiende a una erogación concreta, para la legalidad de su determinación habrá que atender si es aprobada en el Presupuesto, si se determinó en ley posterior, o si el destino de dicho recurso, por alguna variante durante su ejecución, deriva no de lo ordenado directamente por la Constitución, sino por una ley ordinaria, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria en sus artículos 19, 19 bis, 20, 21 y 21 bis, o en su defecto, si dicho gasto es producto de una adecuación presupuestaria del ejecutor del gasto y si esta tiene sustento en dicha ley, o en el propio Presupuesto.

La valoración de ese específico gasto, permite considerar, desde otra perspectiva, la diversidad de las fuentes a las que debe recurrirse para dotar de contenido al principio de legalidad o competencia presupuestaria, a partir del concepto de función pública o de interés público a que se cumpla con las reglas de determinación y su consecutivas ejecución y así poder calificar de legítimo el gasto y de cumplida la normatividad, razón por la cual es indispensable construir esta teoría del presupuesto o más bien del gasto público a través del concepto de función o interés público y no de relación intersubjetiva, como ocurre en el derecho privado o en el tributario.

Por cuanto hace al artículo 75 constitucional, este constituye una obligación y un límite dispuesto en la ley suprema, para que las autoridades que elaboran y aprueban el Presupuesto necesariamente deben establecer expresamente en dicho instrumento los gastos por salario de los trabajadores del Estado

cuando hayan sido determinados por ley y, claro está, que el monto de dichos gastos no se omita en el total establecido en el Presupuesto considerado.

Antes de identificar y analizar el contenido concreto atribuible al artículo 74, fracción IV de la Constitución, que es trascendental e imprescindible en el ámbito presupuestario, y sus efectos al interior de este sector, es necesario vincularlo con la función que desempeña en el sistema constitucional social y democrático del que forma parte. En primer lugar, debe advertirse que en el derecho mexicano, el acto político, de contenido económico, de determinación de los gastos públicos a efectuarse para que el Estado cumpla con la función que tiene encomendada se consignan fundamentalmente en el Presupuesto de Egresos de la Federación, que es el instrumento jurídico creado directamente por la Constitución, en relación al que, además de ordenar cuál debe ser su contenido (gasto público), también dispone las autoridades obligadas a establecerlo, el procedimiento y la periodicidad de su emisión, el periodo de su validez, infiriéndose de todo esto, la importante función que representa en la separación de poderes y en la distribución de competencias entre los que intervienen en su concreción; en tal virtud, de su ratio o finalidad, de su contenido, de su expresa regulación y de su función-relación con el sistema constitucional se puede señalar que este precepto constituye una reserva de fuente, con las siguientes características expresamente establecidas en la constitución: a) El instrumento jurídico en el que deben constar y su contenido; b) Que el instrumento en el que constan es el Presupuesto de Egresos de la Federación; c) Que los poderes a los que se les dota de potestades y su contenido son: Al Ejecutivo, la elaboración y presentación del Proyecto de Presupuesto y de la Ley de Ingresos; a la Cámara de Diputados la recepción de dichos instrumentos jurídicos y la aprobación del Proyecto de Presupuesto y, conjuntamente con el Senado, la Iniciativa de Ley de Ingresos; d) Generalidades del Procedimiento Incluyendo sus partes y plazos; e) El tiempo de inicio y fin de su validez, y; f) De todos conjuntamente su finalidad, el cumplimiento de las disposiciones, de los procedimientos, de los plazos establecidos y en general de la legalidad, incluso y particularmente del adecuado ejercicio de las potestades a cargo de sus titulares.

En segundo, que la Constitución o ley fundamental de nuestro sistema jurídico en los términos señalados, reserva a la norma presupuestaria su regulación en vez de utilizar a la ley para tal efecto, mandato que podrá cuestionarse por algunas distorsiones que ocasiona, pero en relación al que no podrá negarse su carácter de norma suprema equiparable a la ley, tanto para sustituirla por el Presupuesto de Egresos, al que atribuye la función que normalmente le corresponde a aquella, como para que la norma presupuestaria produzca los efectos propios de la ley. Ambas consideraciones son producto del contenido propio y expreso de nuestra Constitución así determinado por el constituyente, características todas estas, que como están reguladas no parecen discutibles. El reconocimiento de la reserva de fuente, singularidad del sistema mexicano justifica y nos permite explicar el mecanismo que en otros derechos han utilizado para explicar la naturaleza formal y material de ley vinculada a la norma emitida en un proceso de creación de ley y por la autoridad competente para emitir leyes, que como se sabe, tal criterio no es útil para negar la calidad requerida, el efecto y validez necesaria y suficiente para que al Presupuesto, como lo ordena la Constitución, se le asigne, en lugar de la ley bicameral, la misma fuerza y efecto vinculante que ella; postura contraria a la doctrina dominante en México sobre el particular.

Por último, reiterando sobre la injustificada utilidad de la extensión dogmática e imperativa de una clasificación doctrinal para la caracterización de la ley (ley formal y material) en cualquier caso, es más fundada la crítica tratándose del derecho presupuestario que no se rige por una relación intersubjetiva, como están caracterizadas las relaciones privadas y tributarias, con un grado de evolución no comparable al sector presupuestario, en el que su contenido y razón de ser no pueden construirse en un esquema de relación intersubjetiva que tenga por contenido un derecho subjetivo de los gobernados a la realización de un gasto a su favor y garantizado por el ejercicio de una acción para reclamarlo, sino el interés público del debido cumplimiento de la función pública de gasto a través de su determinación por las autoridades competentes, respetando la legalidad igualmente en el procedimiento de ejecución, cumplimiento de normas, procedimientos y plazos que tendrán por efecto la legitimidad del gasto, no la creación de un derecho subjetivo

garantizado por un derecho de acción, que también es defendida por algunos autores.¹⁰

El contenido del artículo 74, fracción IV de la Constitución vigente (1917) en la actualidad integrado por cinco párrafos,¹¹ en lo relativo a la competencia de la Cámara de Diputados para aprobarlo proviene de una reforma constitucional de 1874,¹² que modificó el entonces artículo 69 de la Constitución de 1857, en la que, prácticamente con el mismo contenido asignaba dicha potestad no al Congreso sino únicamente a la Cámara, inexplicablemente la Constitución de 1917, a pesar de establecer una república federal como la de 1857, reservó solo a la Cámara de Diputados la aprobación del Presupuesto, regulándola en el artículo 74 de las “facultades exclusivas”. También cambió los plazos del procedimiento de aprobación de la Constitución de 1857, que eran más

¹⁰ Hay otras teorías que si consideran al gasto público como contenido de una relación intersubjetiva. *Ingrosso*, citado por RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *Introducción al Estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, pp. 320 y sigs. Ver también CORTI, Horacio, “El Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Tomo I, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

¹¹ “Artículo 74. Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:...

IV. Aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Asimismo, podrá autorizar en dicho Presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subsecuentes Presupuestos de Egresos.

El Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de noviembre. Federación a más tardar el día 8 del mes de septiembre, debiendo comparecer el secretario de despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos. La Cámara de Diputados deberá aprobar el Presupuesto.

Cuando inicie su encargo en la fecha prevista por el artículo 83, el Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la iniciativa de Ley de Ingresos y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de noviembre.

No podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que se consideren necesarias, con ese carácter, en el mismo presupuesto; las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del Presidente de la República.

Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación de la iniciativa de Ley de Ingresos y del Proyecto de Presupuesto de Egresos, cuando medie solicitud del Ejecutivo suficientemente justificada a juicio de la Cámara o de la Comisión Permanente, debiendo comparecer en todo caso el Secretario del Despacho correspondiente a informar de las razones que lo motiven;”.

¹²“Art. 69. El día penúltimo del primer periodo de sesiones presentará el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el proyecto de presupuesto del año próximo siguiente y las cuentas del anterior. Estas y aquél pasarán a una comisión de cinco representantes, nombrada en el mismo día, la cual tendrá obligación de examinar dichos documentos y presentar dictamen sobre ellos en la segunda sesión del segundo periodo.”

amplios incluso que los vigentes el día de hoy. La conformación actual de este precepto se debe a la reforma de 2004, modificado dos veces más; una, en 2008 incorporando los gastos plurianuales; y la última, en el 2014, ampliando el plazo de la Cámara para aprobar el presupuesto en el año de elecciones del Ejecutivo (modificando la fecha de recepción del 15 de diciembre al 15 de noviembre, contando entonces con un mes más). En dicha reforma (2004) derivada de una nueva realidad política en la conformación plural de la Cámara y en la finalización de un partido mayoritario (desde del inicio de la legislatura LVII) y desde luego, que tuvo por efecto una nueva relación con el titular del Ejecutivo, hizo realidad una potestad de la Cámara que en los términos establecidos antes del 2004, era imposible de ejercer, me refiero a la complicada potestad de aprobar el Presupuesto en el breve tiempo establecido, ya que la obligación de su entrega, junto con la Iniciativa de Ley de Ingresos, a cargo del Ejecutivo, antes de la reforma, era el 15 de noviembre, y cada seis años el 15 de diciembre, mientras que a partir de 2004, corre desde el 8 de septiembre hasta el 15 de noviembre; la otra modificación establecida en tal reforma, solo hizo expresa la potestad implícita en la aprobación, de "...y, en su caso, modificar" el Proyecto de Presupuesto que le presente el Ejecutivo, modificación que desde luego incluye a la Iniciativa de Ley de Ingresos (a la que, del texto, no se refieren directamente a las acciones de "... previo examen, discusión y, en su caso, modificación..."), pues parece indiscutible, que aún sin dicho cambio pueda suponerse que la potestad de aprobación antes de la reforma fuera solo un acto de trámite formal de autorización, incluso considerando la modificación de 1993, que agregó las acciones de "examinar y discutir" de manera previa a la aprobación.

En consecuencia, esta reforma representó una tendencia de fortalecimiento del Poder Legislativo y concretamente de la Cámara de Diputados para la aprobación del Presupuesto que durante casi 90 años políticamente no hizo falta, acto de reconocimiento político, en un sistema presidencialista con un poder real que rebasa al formalmente establecido, modificaciones que significaron mayor equilibrio formal y material entre el Presidente de la República titular del Poder Ejecutivo y el Legislativo, dicha tendencia, por una fuerza real de poder del Ejecutivo ha tratado de revertirse con otras progresivas reformas a la Constitución en torno a distintas instituciones jurídicas, algunas

no estrictamente presupuestarias, como la relativa a la singular e innecesaria aprobación, incluso por positiva ficta, del Plan Nacional de Desarrollo, establecida como facultad “exclusiva de la Cámara” en la fracción VII del artículo 74 (adicionada el 10-02-2014),¹³ o la fracción XXIX, inciso W,¹⁴ del artículo 73, en que se establece la facultad del Congreso para legislar en materia de “...responsabilidad hacendaria que tengan por objeto el manejo sostenible en las finanzas públicas... con base en el principio establecido en el párrafo segundo del artículo 25 constitucional¹⁵ (26-05-2015).

Es importante señalar que al tiempo de las reformas constitucionales de 2004, la única ley ordinaria que reglamentaba al artículo 74, fracción IV, era la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público, que todavía estuvo vigente hasta 2006, no contenía prácticamente ninguna disposición que normara la aprobación del Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y estableciera regla alguna que limitara o restringiera el ejercicio de la “facultad exclusiva” de aprobación por parte de la Cámara de Diputados, situación congruente con el contenido y alcance de su potestad constitucional exclusiva de aprobación que se ejercía libremente sin restricción de ley que la limitara o estableciera restricciones a su cargo, ni sustantiva en torno al destino imperativo de algún gasto, ni procedimental, como si ocurre con la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que la abrogó y sustituyó. Tal circunstancia evidencia que en ese tiempo no había leyes preexistentes a la aprobación anual en relación a las que pudiera referirse la argumentación de que el acto anual de aprobación del presupuesto era un

13 Art. 74. Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados: ...

VII. Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo en el plazo que disponga la ley. En caso de que la Cámara de Diputados no se pronuncie en dicho plazo, el Plan se entenderá aprobado; Fracción adicionada DOF 20-08-1928. Derogada DOF 28-12-1982. Adicionada DOF 10-02-2014.

14 Art 73. Son facultades del Congreso de la Unión ...

XXIX-W. Para expedir leyes en materia de responsabilidad hacendaria que tengan por objeto el manejo sostenible de las finanzas públicas en la Federación, los Estados, Municipios y el Distrito Federal, con base en el principio establecido en el párrafo segundo del artículo 25;

15 “Artículo 25...

El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. El Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio.”

simple acto administrativo de aplicación de leyes previas;¹⁶ ni tampoco que en aquel tiempo pudiera plantearse la interrogante de si el establecimiento de leyes en materia de aprobación del Presupuesto implicaba limitaciones a la facultad exclusiva, incluso con la posibilidad del razonamiento extremo de que las leyes incidan en una reserva constitucional de fuente en materias que no deben ser reguladas por ese tipo de normas y consecuentemente la posible incompetencia del Congreso de la Unión para regular la aprobación.

El punto de partida en relación a la atribución del contenido de la fracción IV del artículo 74 de la Constitución es, como tanto se ha insistido, que se trata de una reserva de fuente cuyo sentido lógico de la disposición en su conjunto es el establecimiento de una potestad constitucional atribuida a las autoridades señaladas con la competencia que se les asigna (Ejecutivo, presentar proyecto de Presupuesto e Iniciativa de Ley de Ingresos; y Cámara de Diputados aprobar el Proyecto), a través del instrumento ordenado (Presupuesto de Egresos) en relación a la materia determinada (gasto público) y sujeto a las reglas allí establecidas, tanto en relación al procedimiento de emisión de la norma, como a la validez y eficacia del instrumento jurídico emitido; así, del análisis de los elementos concretos que se desprenden del contenido expresado en el texto de este precepto tenemos que:¹⁷

1.- Se regula como una “facultad exclusiva” de la Cámara de Diputados, tal como expresamente se establece en el texto del primer párrafo de dicho artículo;

2.- Que el instrumento legal en el que se plasman los gastos públicos es precisamente el Presupuesto;

¹⁶ Como indebidamente determinó la Suprema Corte tanto en la acción de constitucionalidad sobreseída (exp. 4/2008), como en el juicio en el que, sin mayor justificación determinó que era procedente el veto, contra el Presupuesto de Egresos (exp. 109/2005).

¹⁷ En cada numeral se tratará lo relativo a la Ley de Ingresos de la Federación, normatividad a la que también se le aplican las reglas establecidas en dicha disposición, salvo que ella no está sujeta a la aprobación en ejercicio de la potestad exclusiva de la Cámara, por ser una autentica ley y entonces es objeto de deliberación bicameral, teniendo como Cámara de origen a la Diputados.

- 3.- Que el contenido o materia por excelencia del Presupuesto son los gastos públicos que constituyen el objeto de la facultad exclusiva;
- 4.- La potestad atribuida a dichas autoridades en relación al Presupuesto de Egresos de la Federación es: al Ejecutivo la presentación incluida la programación del Proyecto de Presupuesto de Egresos; y a la Cámara de Diputados la facultad exclusiva de “aprobar anualmente...” “...previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo Federal...”;
- 5.- Establece un procedimiento en relación al Presupuesto de Egresos de la Federación extendible a la Ley de Ingresos, estableciendo reglas y plazos concretos;
- 6.- La sujeción a normas de validez temporal, tanto para el Presupuesto de Egresos, como para la Ley de Ingresos;
- 7.- Reglas relativas a los gastos plurianuales y a las partidas secretas que se incluyan en el Presupuesto de Egresos.

1.- Facultad exclusiva de la Cámara de Diputados

La fracción IV que se analiza, es parte del artículo 74, en el que se establecen en nueve fracciones diversas facultades a las que se les atribuye la calidad de “exclusivas” las asignadas a la Cámara de Diputados. El término “exclusivo” es un sustantivo cuyo significado gramatical es que está reservado a alguien, que excluye a otros. No parece que su alcance requiera de muchas aclaraciones o precisiones, pero en términos generales, se puede decir, aplicado a la fracción IV, que dicha calificación solo se refiere, en razón del ámbito personal de la disposición, a la potestad asignada a la Cámara, esto es, a la “aprobación” y en su caso, al examen, discusión y modificación”; con exclusión de cualquier otro órgano, la Cámara entonces es la titular de esa potestad y por tanto, es el único órgano que puede ejercerla, consecuentemente excluye, al interior del legislativo, tanto al Congreso de la Unión, como a la Cámara de Senadores, y en general, a cualquiera otra autoridad u órgano del Estado.

Q¹³²

En sentido estricto, como se enuncia en el primer párrafo del artículo 74, dicho precepto regula las potestades de la Cámara, a las que califica de “exclusivas”; consecuentemente la calidad de exclusividad es solo referible a la potestad de la Cámara establecida en esa fracción; no es extendible por tanto, a las demás autoridades que intervienen en el procedimiento establecido en la fracción IV; ni al Ejecutivo a quien en el procedimiento, se le asigna la función de “enviar” el Proyecto de Presupuesto de Egresos y, hacer llegar también la Iniciativa de Ley de Ingresos; ni tampoco al Senado, que aún sin haber sido señalado expresamente en el precepto, es cámara revisora de la Ley de Ingresos, ya que esta, por ser una ley, debe ser aprobada en un procedimiento bicameral. Sin embargo, en relación al Ejecutivo existe la opinión generalizada, que la facultad de enviar o hacer llegar a la Cámara de Diputados, tanto el Proyecto de Presupuesto de Egresos, como la Iniciativa de Ley de Ingresos es exclusiva del Ejecutivo, pero tal afirmación no puede fundarse en la determinación del artículo de calificar las facultades reguladas en las distintas fracciones de “exclusivas”, pues, se insiste, tal calidad solo se refiere a las asignadas a la Cámara, la postura, más bien se sustenta, en que al Ejecutivo es a quien se le atribuye dicha función, es decir, al que ordena directa y expresamente la Constitución el envío, y por ende, su participación.

El problema más complejo y de enorme alcance que se vincula con la potestad “exclusiva de aprobar” el Presupuesto otorgada a la Cámara de Diputados por la Constitución y con su calidad de “reserva de fuente”, se proyecta en dos planos; el primero, en relación directa a la estricta aprobación del Presupuesto y a su ejercicio que se concreta en la autorización de gastar en ciertas materias u objetos, en los montos determinados, y que se plasman en el propio Presupuesto, es si dicha potestad puede ser limitada o establecer reglas que restrinjan su ejercicio, ya que es una facultad exclusiva calificada de esa manera directamente por la Constitución, en tal virtud, debe cuestionarse, por un lado, si algunos artículos de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que regulan la fase de aprobación del Presupuesto son Constitucionales o no, al establecer reglas que limitan a la Cámara en la libre disposición y determinación de gastos a realizar en el ejercicio, tal es el caso, por ejemplo, de las reglas procedimentales ordenadas en su artículo 42, particularmente en su fracción VIII, en el que incluso en su

inciso f) establece mecanismos de trabajo para discutir el Presupuesto, siendo que por incidir en esta materia además se viola el segundo párrafo del artículo 70 de la Constitución, por reservar esa materia a su Ley Orgánica (“... su ley que regulará su estructura y funcionamiento internos), o bien, por establecer instancias y plazos no anunciados en la Constitución, pero sobre todo, por disponer esta Ley Reglamentaria, (incluso expresamente en su artículo 1º al disponer que reglamenta el artículo 74, fracción IV) en sus artículos 19, 19 bis, 20, 21 y 21 bis el destino de ingresos excedentes, que encomienda a la Secretaría de Hacienda, es decir, gastos a erogarse, que no están incluidos en el Presupuesto, y en relación a los que la Cámara de Diputados no intervino, ni dispuso su destino, sino que estos, se erogan en los términos imperativos y ordenados por dicha ley, vulnerándose también la reserva de fuente, pues tales determinaciones deben establecerse en el propio presupuesto aprobado por la Cámara, es decir, adicionalmente a las restricciones o limitaciones a la determinación de en qué se gasta, la ley tampoco debe ser la fuente que regule esta materia.

No parece justificado tampoco que el contenido de tales preceptos pueda fundarse en la fracción XXIXW del artículo 73, y considerar que dichas reglas se relacionan con el manejo sostenible de las finanzas públicas, que puede ser regulado mediante ley, pues esas disposiciones ante todo restringen la facultad dispositiva de la Cámara y tampoco utilizan la fuente idónea para hacerlo, el Presupuesto, con lo que se vulneraría el principio de unidad de los gastos públicos; principio que se infiere de lo dispuesto por el artículo 74, fracción IV, en relación con el artículo 126, ambos de la Constitución.

2.- El Instrumento legal en el que se establecen los gastos públicos debe ser el Presupuesto

El principio de unidad del Presupuesto que se desprende del artículo 74, fracción IV y de la reserva de fuente ordenada, se confirma con lo dispuesto por el artículo 126, ambos de la Constitución. Tal como se ha insistido a lo largo de este trabajo, el artículo 74, IV, ordena que el instrumento jurídico en el que deben establecerse los gastos es el Presupuesto de Egresos de la Federación, uno de los efectos de esta determinación es que entre el

Presupuesto y la Constitución no media, ni se requiere ley alguna, así que la fuerza del Presupuesto es equiparable a la de la ley, con la que no tiene una relación de jerarquía y menos pretender su subordinación respecto de aquella; el otro, implica que esa materia se ordena sea regulado por ese instrumento normativo, no por otros aunque se trate de leyes, consecuentemente la ley tiene vedado regular gastos públicos en relación a la potestad aprobatoria, pero no otras manifestaciones del gasto público como su preparación, ejecución, control o evaluación, e igualmente que los gastos públicos consten en ordenamientos distintos al Presupuesto, salvo que los gastos no hayan sido previstos en el Presupuesto, caso en el que, como lo ordena el artículo 126, una ley posterior puede determinarlos y, obvio es, establecerlos no en el documento presupuestal, sino en la propia ley que lo ordena; este mandato constituye por tanto, una excepción a los dispuesto por el artículo 74, fracción IV, en relación a la concentración de gastos públicos ordenada, sin embargo, es una excepción que confirma la regla.

Por otro lado, en razón de que el Presupuesto el instrumento jurídico equiparable a la ley, reflejo del ejercicio de la potestad exclusiva ejercida por la Cámara de Diputados y que en él se determinaron los gastos públicos a erogarse en ese ejercicio, también deben incluirse las reglas o disposiciones que puedan operar como normas generales en el gasto público incluyendo cualquiera que asegure o limite la potestad de aprobación de los gastos públicos, por ser esto una consecuencia de la reserva de fuente.

3.- La aprobación del gasto público, objeto especial de regulación presupuestaria

Del contenido del artículo 74, fracción IV y del texto expreso con el que se manifiesta se puede interpretar que el objeto o materia que debe ser regulado en el Presupuesto es el gasto público, o como lo enuncia el nombre del Instrumento los egresos o erogaciones a realizarse en el ejercicio que deben ser aprobadas. Es claro que la materia a regularse en el Presupuesto no solo son los gastos específicos aprobados para erogarse en ese ejercicio, sino también las reglas relativas a su aprobación, dado que estas pueden restringir

o limitar el ejercicio de esa facultad exclusiva atribuida a favor de la Cámara de Diputados.

Este principio de especialidad tiene un doble efecto: uno, que se traduce en una orden al Legislativo que se abstengan mediante instrumentos normativos distintos al presupuesto regular esta materia establecer gastos y normas regulatorias que limiten el contenido o ejercicio de aprobación de la Cámara; el otro efecto, es al interprete para su aplicación y que consiste en la prevalencia o preferencia de la regulación del Presupuesto, sobre los otros ordenamientos que establezcan gastos, o que regulen su aprobación restringiendo la potestad de la Cámara para ejercerla libremente, salvo en el caso del artículo 126, en que los gastos no previstos en el Presupuesto pueden establecerse en ley posterior, es decir, el gasto a erogarse, lo que no justifica como materia de la ley el establecimiento de reglas relativas a la aprobación del gasto que puedan limitar o restringir su contenido y ejercicio.

4.- Potestad de aprobar anualmente los gastos públicos, de examinarlos, discutirlos y en su caso modificarlos del Proyecto de Presupuesto

Este es uno de los aspectos esenciales de la disposición y de los más discutidos y polémicos, es en el que se proyecta con más intensidad la lucha por el poder y las razones políticas que inciden en su contenido, pero especialmente, en la determinación del órgano al que le compete decidir los gastos públicos a realizarse en el año. La problemática sobre la potestad regulada se centra sobre tres temas: materia de la aprobación o contenido del Presupuesto; alcance de la potestad de aprobación; y límites o restricciones a la aprobación.

La materia de aprobación o contenido del Presupuesto no debe reducirse a la fijación estricta de las cuentas, montos, materia u objetos que establecen los gastos concretos, sino debe incluir también, en razón de ser un instrumento legal emitido en ejercicio de una potestad reservada a esa fuente relativa a una facultad exclusiva cualquier disposición que asegure el libre contenido y libre ejercicio de dicha potestad o en su caso que establezca alguna regla general de destino de gastos en caso de eventualidades o de situaciones

que alteren las previsiones iniciales, bien se deba, a una mayor cantidad de recursos que deban erogarse; o a la disminución inesperada y tenga que haber ajustes a las materias y montos originalmente establecidos, por ser un efecto de la potestad constitucional dispositiva y determinativa de los gastos a erogarse, o incluso de normas o disposiciones que establezcan restricciones o afecten la determinación de los gastos públicos a erogarse. Como se advierte, el contenido y alcance de la potestad atribuida por la Constitución a la Cámara a los gastos concretos, sino a toda norma vinculada a la potestad de aprobar dichas erogaciones. Así entonces, la reserva de fuente y el contenido de la potestad de aprobación abarca tanto el señalamiento de cifras y rubros o materias, se insiste como las disposiciones relativas a la aprobación, sean sustantivas, sean procesales. Por esta razón, considero que algunas disposiciones de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria son inconstitucionales, sin embargo, se requiere un análisis exhaustivo caso por caso, para determinar si el contenido de ese precepto sea efectivamente de responsabilidad hacendaria y realmente su objeto sea el manejo de las finanzas públicas, con aparente fundamento en la fracción XXIX W del artículo 73, y no una simple maniobra para reducir o limitar la potestad constitucionalmente establecida a favor de la Cámara. Constitucionalidad que debe ser valorada a la luz de la reserva de fuente y no únicamente porque la materia regulada, por la potestad de aprobación se vea afectada, ponderándose también la denegación o rechazo a ejercer la facultad atribuida, pero sobre todo evitar mecanismos de desequilibrio de poder y de la función del principio de separación de poderes.

La acción de aprobar el Presupuesto, de reciente inclusión en el texto de la disposición (2004), que dan sentido a las otras acciones incorporadas antes al texto por reforma anterior (1993), si se atiende a ratio de la disposición y a la función que en el principio de separación de poderes tiene el Presupuesto, así como en el origen histórico y tradicional de la actividad parlamentaria y también en razón de la fuerza política del documento y de la lucha de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo y de una sana interpretación de la delimitación de potestades en procedimientos de colaboración o conjuntos entre poderes, debe concluirse que el alcance de dicha potestad no varió con las modificaciones, aunque la costumbre y los hechos se empeñaran

en imponer un sentido contrario al que sostengo, sin embargo, la función y los efectos de tales reformas, particularmente la de 2004, es confirmar dicho sentido con el texto expreso, que a pesar de su claridad fue objeto de argumentaciones insistentes en la relevante controversia judicial suscitada entre el Ejecutivo y la Cámara de Diputados (exp. 109/2004 del Presupuesto de 2005) También dichas reformas el efecto fundamental de evidenciar una tendencia de fortalecimiento y de reconocimiento de la potestad de la Cámara y de la importancia que tiene el Presupuesto en nuestro sistema constitucional democrático y social y en la impostergable necesidad de tener conceptos definidos y sólidos en relación a esta institución jurídica y que tanto la legislación reglamentaria, como los juicios y resoluciones que emitan los tribunales competentes, como las posturas de la doctrina, se construya un sistema o una teoría general del gasto público que facilite la correcta solución de jurídica, cuando el mecanismo político, mucho más eficaz en estos casos no de resultados.

Desde luego el alcance de esta potestad y de la interacción subsecuente de los poderes involucrados, enviar y hacer llegar el Proyecto de Presupuesto y la Iniciativa de Ley, por el Ejecutivo y su aprobación, que presupone como imprescindible el examen y discusión de su contenido y cuyo finalidad solo es preparatoria y los actos que la constituyen imprescindibles para aprobar o no dichos documentos, no obstante, se insiste cumplen la función de no poner en duda el único alcance que se le puede atribuir al termino aprobar, sobre el que no han faltado las afirmaciones de que solo es un trámite formal de autorización, y en especial la realidad del pase automático, sin modificaciones, durante muchísimos años. Por tanto, la intervención de la Cámara, con el texto del precepto evidencia el contenido y la ratio de la disposición, y sólo puede entenderse que el aprobar el proyecto y la iniciativa implica valorarlo, y aceptarlo o rechazarlo, parcial o totalmente, es decir, el pronunciamiento en cualquiera de esos sentidos, es el reflejo de una deliberación racional, realizada por el órgano que representa a la soberanía y de las fuerzas e intereses sociales encarnados en la Cámara.

La aprobación, por otro lado, atribuye al Presupuesto el alcance, el estatus de norma equivalente a ley suprema, como lo dispone el artículo 133

Constitucional, su fuerza vinculante, que incluso como se han insistido, la reserva de fuente y lo innecesario de buscar en normas de ley la fuerza obligatoria y de ley que por si tiene. Y especialmente que no permite que el Presupuesto se le relacione con las normas legales no en términos de subordinación o inferior jerarquía, sino de autosuficiencia y especialidad reservada que excluye a la ley y que imposibilita la prevalencia de las normas de ley sobre las del Presupuesto en caso de contradicción de exclusión por la especialidad de la materia.

En relación a las limitaciones de esta potestad de aprobación, consideramos que esta potestad no es irrestricta y son múltiples las acotaciones a la potestad aprobación; unas expresas, otras no jurídicas y no responden solo a criterios formales o limitaciones legales en si con ese contenido y fin formal. Una limitación de linderos menos precisos que las legales, partiendo de una correcta función racional normativa, administrativa económica y política de determinación de erogaciones tenemos que constituyen una restricción el monto de recursos disponibles, bien por la baja recaudación o por los recursos ya comprometidos, cuya alteración causa más daños que beneficios. Entre los estrictamente legales considero que los hay hasta establecidos de manera directa en la propia constitución, como los gastos para el pago de salarios establecidos por ley en relación a los que, incluso se les da se la propia constitución de le concede un alcance supletorio y oficioso, de regulación pormenorizada en el artículo 75 y reforzada con el 127, ambos de la Constitución, o bien, los gastos plurianuales para una sana administración.

Sin embargo hay otras limitaciones que son de naturaleza legal, que no son congruentes con el artículo 74, fracción IV, con los principios que representa, con el sistema integral constitucional presupuestario, claro en proceso de conformación y consolidación, que es incipiente, que retrasa su evolución, que lo perturba y confunde, con el sistema constitucional de separación de poderes, con los límites del sistema presidencialista, en fin, con el sentido y alcance de la reserva de fuente, que nos obliga a valorar múltiples elementos y a ponderar con extremo cuidado y sobre todo a arribar a conclusiones que requieren de un proceso de discusión y reflexión amplio, me refiero tanto a reformas constitucionales progresivas que evidencian algunas su intención

de debilitar los poderes de la Cámara y el equilibrio en nuestro sistema presidencial intenso y su relativa utilidad, otras que el mecanismo utilizado distorsiona la opción del presupuesto que ya tiene ese efecto, pero en ambos casos el efecto se traduce en deterioro del sistema constitucional, sobre todo si se exagera y no se justifica plenamente el uso de ese mecanismo, me refiero, por un lado a las reformas constitucionales que progresivamente se han establecido, en particular la adición en 2014 de la fracción VIII del artículo 74 en relación a la aprobación por la Cámara de Diputados del Plan Nacional de Desarrollo de su razón, de su utilidad y de su alcance con otros principios del sistema constitucional, de sus efectos en relación a la aprobación del presupuesto.

La otra reforma constitucional que también quiero señalar es la establecida en la fracción XXIX W del artículo 73 (2015), particularmente en su aplicación con la creación de diversas disposiciones en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que buena parte de ellas regulan la potestad aprobatoria de gastos y dentro de ellas casi la mayoría limitan las facultades exclusivas de la Cámara de aprobación de los gastos públicos a realizarse, al margen que se debe valorar en detalle cuales de ellas si atienden al manejo sostenible de las finanzas, debe ponderarse si tales mandatos son útiles, si algunos de ellos estarían mejor ubicados en el Presupuesto y sobre todo que el efecto que tienen es provocar antinomias en el débil sistema de gastos públicos, normas que dejan en claro, la lucha por el poder. Lo que llama mucho la atención también en la elaboración y emisión de tales disposiciones ha intervenido directamente la Cámara de Diputados.

5.- Procedimiento de aprobación del Proyecto de Presupuesto de Egresos y de la Iniciativa de Ley de Ingresos

El artículo 74, fracción IV también establece y regula un procedimiento conjunto en el que intervienen tres autoridades: el Ejecutivo y la Cámara de Diputados, tratándose del Presupuesto, y el Ejecutivo y el Congreso de la Unión en relación a la Ley de Ingresos. Sin duda, el procedimiento parlamentario de aprobación del Presupuesto, que en el Reglamento de la

Cámara de Diputados se le califica como procedimiento especial,¹⁸ tiene reglas especiales, respecto del procedimiento parlamentario de aprobación de leyes del artículo 72, y aunque se trata de dos procedimientos diferentes, existe un planteamiento mayoritario en nuestro derecho que los compara, sobre todo con el fin de excluir la aplicación del veto en el Presupuesto de Egresos.

En el procedimiento establecido para Aprobar el Presupuesto de Egresos y la Ley de Ingresos en la Constitución se establece que el Ejecutivo es el que lo envía o hace llegar a la Cámara de Diputados, que la entrega y recepción debe hacerse a más tardar el ocho de septiembre del año previo al de su ejecución, y en el año de elecciones del presidente a más tardar el 15 de noviembre, pudiéndose obtener prorroga con petición justificada a juicio de la Cámara. A su vez, la Cámara está obligada a aprobar el Presupuesto a más tardar el 15 de noviembre y antes debió haberse aprobado por ambas Cámaras la Ley de Ingresos, asimismo en dicho procedimiento debe comparecer el secretario de Hacienda y Crédito Público a rendir cuenta de los dos ordenamientos. Igualmente se establece que la aprobación de ambos ordenamientos es anual.

Se ha discutido si el tiempo de que se dispone para aprobar dichos ordenamientos es suficiente; si la práctica de su aprobación muy intensa los

18 TITULO SEXTO. De los Procedimientos Especiales. CAPITULO II. Sección Primera
Discusión del Presupuesto de Egresos de la Federación

Artículo 220.1. La Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública emitirá los lineamientos que regularán la participación de las Comisiones Ordinarias en el examen y discusión del Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación por ramos y sectores, y las demás disposiciones necesarias para facilitar este proceso.**2.** Las Comisiones Ordinarias, dentro del ámbito de su competencia, deberán observar los formatos y requerimientos que se establezcan en los lineamientos referidos, para la presentación de sus peticiones y opiniones fundadas.**3.** La Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública elaborará y aprobará el dictamen con Proyecto de Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación, que deberá remitir a la Mesa Directiva, para su discusión y votación en el Pleno.

Artículo 221.1. El dictamen con proyecto de decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación se discute por el pleno en lo general y en lo particular de acuerdo con las reglas que éste apruebe a propuesta de la Junta. La propuesta deberá contemplar los principios de representatividad e inclusión que garantice la participación de todos los grupos representados en la Cámara y de los diputados o diputadas independientes.

2. La Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública será la responsable de hacer las correcciones al Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación aprobado por la Cámara y realizará sólo las adecuaciones de estilo, cálculo, ajustes de cifras y cantidades que sean necesarias, las cuales deberán estar en plena correspondencia con las modificaciones o adiciones aprobadas por el Pleno. La Mesa Directiva vigilará que se cumpla, antes de remitir el proyecto.

días previos a la terminación del plazo es la mejor forma de aprobarlo y si se garantiza el conocimiento técnico económico necesario para que todos los diputados razonadamente lo aprueben, y otras cuestiones más. Lo que debe reflexionarse también, sobre todo, es si la mecánica de trabajo de aprobación tiene otras alternativas. Hago alusión a estos temas, para reflexionar sobre ellos e igualmente ponerlos en la mesa de la discusión. Estas reglas si bien pueden ser objeto de mayor análisis, no es el objetivo de este trabajo analizarlas a mayor profundidad.

6.- Reglas de validez del Presupuesto de Egresos y de la Ley de Ingresos

El principio de especialidad del contenido del Presupuesto de Egresos y de la Ley de Ingresos, tanto cualitativa, como cuantitativa y temporalmente, tienen sustento en este precepto y dan sentido a estas reglas particulares en relación con la vigencia de estos ordenamientos. Se determina, en primer lugar que se aprueban anualmente, obvio, esto se vincula directamente con otra característica, la de la vigencia; se aprueba con la periodicidad anual, porque su vigencia es determinada, con principio y fin cierto, que va con el año natural, es decir, es decir rige desde el primero de enero y termina con el año, el 31 de diciembre, consecuentemente, tanto su aprobación como su vigencia son anuales. La vigencia representa el tiempo de ejecución del presupuesto.

7.- Gastos plurianuales y las partidas secretas

Otro tema regulado en el artículo 74, fracción IV, que tampoco representa, por el momento, un interés particular su análisis bajo la perspectiva desarrollada, y por ende, solo los enuncio, son la posibilidad de incluir partidas secretas en el Presupuesto. Es el caso también de los gastos plurianuales, con un perfil y caracterización muy interesante, pero que para el efecto de esta investigación basta con su mención.

Finalmente, quiero destacar los múltiples efectos que pueden extraerse del artículo 126, en relación con la delimitación de competencias de la Cámara de

Q₁₃₂

Diputados en la titularidad y ejercicio de la potestad de aprobar el Presupuesto o determinar los gastos plasmados en él. Debo advertir que a este precepto se le ha escatimado la importancia que su contenido tiene, a pesar de que, no es el más coherente con el del artículo 74, fracción IV, ni mucho menos en atención a la razón histórica de su contenido, sin embargo, de acuerdo a su sentido a partir de un método integral adquiere relevancia.

Se debe tomar en cuenta que el texto de este artículo proviene casi íntegramente del artículo 119 de la Constitución de 1857; ordenamiento que en relación al Presupuesto (art. 72, fracción VII) determino que su aprobación era competencia del Congreso en su conjunto y no de la Cámara de Diputados, circunstancia que deja en claro el porqué del contenido del, ahora artículo 126, y antes 119. En ese contexto general entonces, es lógico y justificado que el mismo órgano que aprobó el Presupuesto sea el, que mediante ley posterior pueda establecer nuevos gastos, situación que en la Constitución vigente no ocurre, ya que le Presupuesto lo aprueba solamente la Cámara de Diputados y no el Congreso de la Unión.

De acuerdo a su contenido, al texto con el que se expresa, y a su interpretación sistemática con el artículo 74, fracción IV, se puede considerar que el artículo 126 de la Constitución tiene los siguientes elementos y alcance: Un elemento temporal que vincula con el Presupuesto, y que condiciona a la vez, que una ley, claro posterior, pueda tener la cualidad de constituir un crédito y posibilitar un pago al igual que el normal efecto y contenido del Instrumento Presupuestal, sin embargo, ni es la función normal de una ley ni competencia del Congreso sustituir al Presupuesto, sino que ante la eventualidad de la falta de previsión de un pago, y de la necesidad de realizarlo una ley posterior puede determinar el crédito para afrontar el pago; puede igualmente concluirse a partir del principio de unidad que excepcionalmente y solo mediante ley se puede establecer un crédito para realizar un pago; Lo que en ningún caso puede interpretarse del contenido de este precepto, si no es por elementos no incluidos en la disposición, es que en razón de este artículo la Cámara este impedida o no tenga facultades para modificar el Presupuesto al tiempo de su ejecución, ya que de su contenido solo puede inferirse que una ley puede

equipararse al Presupuesto para ese efecto, pero tal mecanismo no sustituye al procedimiento modificatorio.

Por último el artículo 75, representa un límite constitucional a las facultades dispositivas de libre determinación de los gastos a incluirse en el Presupuesto, ya que necesariamente deben incluirse, pero tal precepto también tiene además una función supletoria, de inclusión obligatoria del anterior Presupuesto ya no vigente, para la consideración de los gastos que necesariamente se van a erogar por concepto de remuneraciones a empleos creados por ley; disposición que se complementa con lo ordenado por el artículo 127.

IV. Conclusiones

1.- Del contenido del artículo 74, fracción IV, que es la disposición en la que se funda la potestad presupuestaria de la Cámara establece una reserva de fuente a favor de este órgano, tal construcción nos permite equiparar al Presupuesto a la fuerza de la ley y prescindir de esta.

2.- La interpretación de las disposiciones constitucionales presupuestarias debe realizarse bajo un estricto método gramatical, histórico, sistemático, teleológico y funcional y deben construirse a partir de sus elementos los principios constitucionales presupuestarios, a los que se les debe atribuir un contenido propio como al de legalidad en esta materia. Así también, delimitarse los principios de unidad, universalidad, anualidad, y especialidad cualitativa, cuantitativa y temporal.

3. Es impostergable delimitar con claridad las únicas limitaciones al ejercicio de las facultades exclusivas aprobatorias ordenadas por la propia Constitución y analizar a profundidad las posibles violaciones a dicha potestad en relación con lo preceptado por los artículos 19, 19bis, 20, 21 y 21 bis de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

4.- No hay razón ni fundamento para considerar que durante la Ejecución del Presupuesto la Cámara este impedida para, en caso de ser necesario, modificar

el presupuesto o establecer gastos mediante ley, como mecanismos que se ajusten más a la legalidad, en vez de acudir a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria para aplicar el gasto, claro, siempre que haya razones que lo justifiquen.

V. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fontamara, Primera Edición, Madrid, España, 2007.

ALVARADO Esquivel, “Las Leyes del Presupuesto. Problemas Constitucionales”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, n. 7, Universidad de San Luis Potosí, 1999, México.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Editorial Themis, Colombia, 1987.

CALVO Ortega, Rafael, *Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero*, Hacienda Pública Española, no 1, 1970.

CAZORLA Prieto, Luis María, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Aranzadi Editorial, Segunda Edición, Navarra España, 2001.

CORTI, Horacio, “El Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Tomo I, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

CUBERO Truyo, Antonio M. y GARCIA Berro, Florián, *Derecho Financiero Normas Generales y Jurisprudencia Constitucional*, Mergablum Edición, Segunda edición, Sevilla, 1999.

DIAZ Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Reflexiones sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales presupuestarias relativas a la determinación de gastos públicos en el derecho mexicano. Realidad y perspectiva de sistema

Gonzalo Cervera Aguilar y López

FAYA Viesca, Jacinto, *Finanzas Públicas*, Editorial Porrúa, México, 1986.

_____ *Leyes Federales y Congreso de la Unión*, Editorial Porrúa, México, 2000.

FERREIRO Lapatza, José Juan, *Ensayos sobre Metodología y Técnica Jurídica en el Derecho Financiero y Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Vigésimo cuarta Edición, México, 1985.

GARCIA de Enterría, Eduardo y FERNANDEZ Tomas, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson, Cívitas, Duodécima Edición, Madrid, 2004.

GARCÍA DE LA Mora, Leonardo y MARTINEZ Lago, Miguel Ángel, *Derecho Financiero y Tributario*, Bosh Editor, Barcelona, 1999.

GARCIA Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 52° Edición, México, 2001.

_____ *Lógica del Concepto Jurídico*, UNAM, Ediciones Coyoacán, Primera Edición, México, 2011.

GARRIDO Cuenca, Nuria, *El Acto de Gobierno*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

GARZA de la, Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1983.

GÓNGORA Pimentel, David Genaro, *El veto al Presupuesto de Egresos de la Federación*, Editorial Porrúa, México, 2005.

GONZÁLEZ García, Eusebio, *Introducción al Derecho Presupuestario*, EDESA, Madrid, 1973.

Q¹³²

GONZÁLEZ García, Eusebio y CHAMORRO y Zarza, José Antonio, *Los efectos de la Ley del Presupuesto sobre el gasto público en defensa*, Boletín de Información, 1999.

GONZÁLEZ Sánchez, Manuel, *Situación y protección jurídica del ciudadano frente al gasto público*, Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1979.

GIULIANI Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

LABAND, Paul, *El Derecho Presupuestario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

MENENDEZ Moreno, Alejandro, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Editorial Lex Nova, 2º Edición, España, 2001.

MIJANGOS Borja, María de la Luz, *La naturaleza jurídica del Presupuesto*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No 82, 1995.

MIRANDA Pérez, Armando, en NAVA ESCUDERO, Oscar y ORTEGA MALDONADO, (coord.) *Nociones de Derecho Constitucional Presupuestario. Derecho Presupuestario, Temas Selectos*, Juan Manuel, Editorial Porrúa, México, 2006.

NAVA Escudero, Oscar, *Derecho Presupuestario Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2014.

_____ “Reflexiones Jurídicas sobre el Veto al Presupuesto de Egresos”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, No 17, jul-dic, 2016, México.

_____ *El veto al Presupuesto de Egresos. Derecho Presupuestario. Temas Selectos*, en NAVA ESCUDERO, Oscar y ORTEGA MALDONADO, (coord.), Editorial Porrúa, México, 2006.

ORTEGA González, Jorge, *Derecho Presupuestario Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2007.

_____ *Temas Selectos de Derecho Presupuestario Mexicano. Problemas actuales del derecho Financiero Mexicano*, Editorial Porrúa, Tecnológico de Monterrey, México, 2009.

ORTEGA Maldonado, Juan Manuel, *Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2005. Derecho Presupuestario. Temas Selectos*, en NAVA ESCUDERO, Oscar y ORTEGA MALDONADO, (coord.), Editorial Porrúa, México, 2006.

Reflexiones en torno a la Controversia Constitucional 109/2004, entre el Poder Ejecutivo Federal y la Cámara de Diputados con motivo del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2005.

PÉREZ de Ayala, José Luis y GONZALEZ García, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario. Tomo I*, EDERSA, 1986, Madrid.

PÉREZ Luño, Antonio E., *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991.

PÉREZ Royo, Fernando, *Derecho Financiero y Tributario parte general*, CIVITAS, Novena Edición, Madrid, 1999.

PRIEGO Álvarez, Freddy A., *Introducción al Derecho Presupuestario. Naturaleza y Efectos Jurídicos Estudio en España y México*, Editorial Porrúa, México, 2004.

Q¹³²

_____ *Génesis y evolución del Presupuesto Público en México. Derecho Presupuestario. Temas Selectos*, en NAVA ESCUDERO, Oscar y ORTEGA MALDONADO, (coord.), Editorial Porrúa, México, 2006.

RODRÍGUEZ Bereijo, Álvaro, *El Presupuesto del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

_____ *Introducción al Estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976.

RUIZ Huerta, Jesús, *Vigencia y Operatividad del Principio de la no Confiscatoriedad de los Tributos en el Gobierno Español*, en Eusebio González García (coord.) *Principios Constitucionales Tributarios*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1993.

SAINZ de Bujanda, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1993.

_____ *Sistema de Derecho Financiero*, Volúmenes I y II, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1985.

TENA Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Editorial Porrúa, México, 1982.

VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Tomo II*, 4° Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.