

Candidaturas independientes en México: ¿ciudadanización política o disidencia controlada?*

Independent candidates in Mexico: political citizenship or controlled dissidence?

César Cansino**

Benjamin Rosete Espinoza***

RESUMEN

En el 2012 la legislación electoral en México abrió la posibilidad de las candidaturas independientes o ciudadanas, o sea, candidatos a diversos cargos de elección popular no postulados por alguna o algunas de las fuerzas partidistas con registro. El objetivo de este artículo es establecer si dicha figura es una respuesta institucional genuina al reclamo de una ciudadanía cada vez más participativa y combativa o si, por el contrario, es una estrategia articulada por las elites políticas en respuesta a dicho reclamo, pero más para legitimarse y controlar la disidencia que para abrir la arena electoral a nuevos actores políticos que potencialmente pudieran disputarles protagonismo y prerrogativas a los partidos políticos.

PALABRAS CLAVE

Candidaturas independientes, sistema político mexicano, democracia, participación política, contrademocracia, calidad democrática.

ABSTRACT

In 2012 the electoral legislation in Mexico opened the possibility of independent or citizen candidates, that is, candidates for various positions of popular election not nominated by one or many of the party forces with registration. The objective of this article is to establish whether this figure is a genuine institutional response to the claim of an increasingly participatory and combative citizenship or if, by on the contrary, it is a strategy articulated by political elites in response to such a claim, but more to legitimize and control dissent than to open the electoral arena to new political actors who could potentially challenge the prominence of the parties.

KEYWORDS

Independent Candidates, Mexican Political System, Democracy, Political Participation, Counter-democracy, Democratic Quality.

*Artículo de investigación postulado el 24 de marzo de 2022 y aceptado el 23 de mayo de 2022

**Profesor investigador en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (politicaparaciudadanos@gmail.com) orcid.org/0000-0003-2369-9128

***Egresado del programa de Maestría en Ciencias Políticas de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. (plataformapolitica@hotmail.com)

SUMARIO

1. Introducción
2. Lineamientos teóricos
3. La nueva normatividad
4. Cifras y resultados
5. Límites y perspectivas
6. Conclusión
7. Anexo estadístico
8. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

En el 2012, después de muchos intentos e iniciativas, la legislación electoral en México abrió la posibilidad de las candidaturas independientes o ciudadanas, o sea, candidatos a diversos cargos de elección popular no postulados por alguna o algunas de las fuerzas partidistas con registro.¹ El objetivo de este artículo es establecer si, después de analizar la nueva normativa así como las primeras elecciones federales y locales celebradas con candidaturas independientes, dicha figura es una respuesta institucional genuina al reclamo de una ciudadanía cada vez participativa y combativa o si, por el contrario, es una estrategia articulada por las elites políticas en respuesta a dicho reclamo, pero más para legitimarse y controlar la disidencia que para abrir la arena electoral a nuevos actores políticos que potencialmente pudieran disputarle protagonismo a los partidos.

Nuestra hipótesis considera que ambos factores, en alguna medida, están presentes. Por una parte, constituye una respuesta institucional al creciente reclamo ciudadano, producto de elecciones cada vez más competitivas y plurales, pues de otra manera difícilmente los partidos políticos la hubieran incorporado en la legislación por cuanto añade una dosis de incertidumbre a la arena electoral que bajo ciertas condiciones podría llegar a ser amenazante para los propios partidos. Y, por la otra, constituye una estrategia para, como ha sucedido

¹ Las candidaturas independientes son un instrumento cuya peculiaridad es postular aspirantes a cargos de elección popular desvinculados de los partidos políticos; es decir, ciudadanos sin apoyo de los partidos políticos. En este sentido, los candidatos independientes deben contar con el respaldo de electores para su promoción, compitiendo de forma autónoma paralelamente contra los candidatos de partido político en un mismo proceso electoral para un mismo puesto público. En este punto, se plantean derechos políticos de la ciudadanía que puede ser votada sólo por el simple hecho de ostentar este carácter jurídico, o sea, el de ser ciudadano, "sólo el ciudadano puede ser candidato, porque sólo el ciudadano puede ser votado". González, R. "Candidaturas independientes en México" [en línea], 2010, p. 45. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/368612894/candidaturas-independientes>

en muchos otros casos, retardar lo más posible sus efectos perniciosos para la clase política mediante vericuetos legales de todo tipo, o incluso para obtener beneficios disfrazados de sensibilidad para con las demandas sociales, tales como legitimarse en un contexto de creciente cuestionamiento a su desempeño y controlar y neutralizar posibles factores disruptivos llevando el conflicto a la arena institucional. Con todo, pese a concebirse por parte de las elites políticas como un instrumento de disidencia controlada, la introducción de las candidaturas independientes no deja de ser un factor que bien aprovechado por actores emergentes puede poner en riesgo la centralidad de las propias elites políticas. Así sucedió, por ejemplo, con las sucesivas reformas electorales durante el viejo régimen priista, o sea, de 1977 al 2000; reformas graduales, muy limitadas y controladas, con fuertes candados para frenar el avance de la oposición, pero que abrían una pequeña rendija a la competencia, la cual, en un contexto de crisis terminal del régimen autoritario, permitió la alternancia en el poder central. Actualmente es prematuro anticipar que algo así pueda pasar en México con una candidatura ciudadana que concite tanto respaldo como para relegar y desplazar a los partidos establecidos en una contienda presidencial, pero este escenario no puede descartarse.

2. LINEAMIENTOS TEÓRICOS

En la actualidad, la figura de candidatos independientes es reconocida en la mayoría de las democracias consolidadas, tanto de Europa como de América.² Sin embargo, existen algunos casos donde todavía no se permiten y siguen siendo motivo de muchas disputas y reclamos. En el caso de México, como ya vimos, su inclusión fue tardía, apenas en el 2012. Sin embargo, alcanzó muy pronto el reconocimiento social y motivó a decenas de ciudadanos a postularse como candidatos independientes en diversas contiendas, tanto para el Congreso de la Unión como para gubernaturas e incluso la presidencia de la República.

Durante su discusión en el Congreso de la Unión fue posible escuchar todo tipo de alegatos para desalentar su aprobación por parte de muchos legisladores, desde argumentos que veían en dicha iniciativa la supuesta afirmación de ciudadanos de primera con respecto al resto de los contendientes postulados por partidos hasta los que anticipaban escenarios de ingobernabilidad en caso de

² A nivel mundial, más de ochenta países consideran en sus normativas a las candidaturas independientes. Países con democracias consolidadas como Alemania, Portugal, España, Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Finlandia, Japón, Suiza, o países con democracias imperfectas, como Chile, Albania, Hungría, República Checa, Rusia, Ucrania, Polonia, por mencionar algunos.

que un candidato independiente ganara, por ejemplo, la presidencia de la República, pues no contaría con el respaldo de los partidos tradicionales en el poder Legislativo, pasando por los que sostenían que los candidatos independientes, al recibir financiamiento privado, no son equiparables a los partidos, cuyo principal financiamiento es público, lo que convierte a aquéllas en un incentivo muy perverso para que el crimen organizado decida financiar campañas electorales o bien participar de manera directa en los procesos.

Obviamente, se trataba de argumentos insustanciales, pues el tema de las candidaturas independientes más que un asunto de ingeniería constitucional, o sea, del mejor arreglo institucional para que un régimen pueda alcanzar y garantizar estabilidad y eficacia,³ es un asunto de derechos políticos y civiles, pues ninguna democracia que se precie de serlo puede conculcar a sus ciudadanos el derecho de postularse a un cargo de elección popular por fuera de los partidos establecidos. Lo demás es lo de menos, pues siempre se pueden encontrar fórmulas pertinentes para formalizar este derecho, a condición de que exista una voluntad genuina para hacerlo y no intenciones veladas para ponerle candados y dificultar su materialización. Además, son argumentos falaces. Así, por ejemplo, que el financiamiento de los partidos sea primordialmente público no ha impedido que estos se mantengan incólumes con respecto al crimen organizado, y tampoco existen evidencias que demuestren que la gobernabilidad dependa de que el partido del gobierno cuente con una mayoría en el Congreso. Por el contrario, ha habido gobiernos muy inestables con mayorías calificadas y viceversa.

Para fines de análisis en un caso específico, el tema de las candidaturas independientes admite varias lecturas y/o enfoques. En particular, aquí se considerarán cuatro perspectivas teóricas: *a)* calidad democrática, *b)* contrademocracia, *c)* oxigenación política/descompresión política y *d)* ciudadanización política.

8 Por lo que respecta a la noción de calidad democrática, cuya elaboración más acabada se debe a Morlino,⁴ si una democracia ha de calificar como una buena democracia o una democracia de calidad deberá cumplir cuando menos con los siguientes requisitos: *a)* Estado de Derecho (*rule of law*), *b)* rendición de cuentas (*accountability*), *c)* reciprocidad (*responsiveness*), *d)* libertad (respeto pleno de los derechos que se extienden al logro de un espectro cada vez mayor de libertades), y *e)* igualdad (implementación progresiva de mayor igualdad política, social y económica). Así, concluye Morlino, “una democracia de calidad es aquella que presenta una *estructura institucional estable que hace posible la libertad e*

³ Sartori, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

⁴ Morlino, L. *Democracias y democratizaciones*. México: CEPCOM, 2005, p. 11.

igualdad de los ciudadanos mediante el funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones y mecanismos".⁵ En virtud de esta definición queda claro que una democracia que no concede a los ciudadanos la posibilidad de postularse a cargos de elección popular sin ser ungidos por los partidos constituidos no califica como una democracia de calidad, pues está negando a los ciudadanos un derecho político fundamental.

Lo que habrá que analizar en todo caso es si esta prerrogativa, ahí donde ya se ha introducido, permite o no la postulación de candidatos ciudadanos de manera expedita, equitativa y efectiva. Más específicamente, acorde con los indicadores de calidad de la democracia, la pregunta es: ¿cuánto abona la incorporación de candidaturas independientes en una democracia a fortalecer los derechos políticos y civiles, entendidos como derechos humanos, y a fortalecer el Estado de derecho democrático? Para ello, es importante establecer en qué condiciones se crean las candidaturas independientes y qué tan justas son las prerrogativas legales que contemplan, las condiciones de elegibilidad que establecen y los derechos y las obligaciones que una persona tiene para contender por un cargo de elección popular.

Por lo que respecta a la noción de contrademocracia, introducida originalmente por Rossanvalon,⁶ se refiere a todas las expresiones sociales que, nacidas de la desconfianza hacia la democracia electoral-representativa, se han venido constituyendo como contrapesos en las democracias realmente existentes, con el propósito de velar que el poder sea fiel a sus compromisos y buscar los medios que permitan mantener la exigencia inicial de un servicio al bien común. De acuerdo con Rosanvallón, tal desconfianza democrática se expresa y organiza en tres modalidades: *a)* los poderes de control (*surveillance*), *b)* las formas de obstrucción y *c)* la puesta a prueba a través de un juicio. En síntesis, la contrademocracia es una forma de democracia que se contrapone a la democracia representativa, es la democracia de los poderes indirectos diseminados en el cuerpo social, es la democracia organizada frente a la democracia de la legitimidad electoral. Obviamente, el impacto de la contrademocracia es mayor en la medida que las sociedades contemporáneas están caracterizadas estructuralmente por una erosión general del papel de la confianza en su funcionamiento. De acuerdo con esta definición, los candidatos ciudadanos son una expresión más de la contrademocracia, o sea, formas organizadas de intervención del poder para conducirlo hacia el bienestar común. Sin embargo, en estricto sentido, poseen un carácter

⁵ Loc. Cit.

⁶ Rosanvallón, P. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.

anfíbio, pues al tiempo que, en caso de llegar al poder, se convierten en actores propiamente políticos y, por ese hecho, en sujetos de la desconfianza social, también mantienen su condición ciudadana, al menos hasta que su práctica como representantes populares sea consecuente con los resortes que los impulsaron ahí.

Lo que habrá que analizar en todo caso es qué tanto un candidato ciudadano electo mantiene su condición de contrapoder o si de él sólo cabe esperar su sumisión a las reglas del juego político, con lo que termina siendo una pieza más del sistema, incapaz de transformarlo o controlarlo. En ese caso, ¿cuál es el impacto real que este instrumento puede tener sobre el sistema electoral y la vida democrática de un país?

Por lo que respecta a las nociones de “oxigenación política” y “descompresión política”, acuñadas por Cansino,⁷ se emplean en el marco más general de los procesos de transición/instauración democrática desde regímenes autoritarios y con ellos se busca establecer una serie de criterios que permita identificar y medir en casos concretos qué tanto el quehacer político se desintoxica de los usos y las costumbres largamente dominantes en el pasado autoritario y qué tanto comienzan a emerger en el nuevo ordenamiento postautoritario lógicas de acción política más acordes a las normales y cotidianas en las democracias. El concepto de oxigenación política alcanza su mayor potencial explicativo en el caso de transiciones democráticas continuas, o sea, pacíficas, negociadas, ordenadas y graduales, como las que ocurren por la vía de la alternancia, pues en estos casos, las transiciones son tan continuas que no presentan grandes rupturas con el pasado, lo que obliga a introducir criterios más finos y sofisticados para observar los avances y los retrocesos democráticos que los que usualmente se emplean para analizar transiciones discontinuas donde la ruptura entre lo viejo y lo nuevo no deja lugar a dudas.

Al respecto, la lógica sugiere que la alternancia política desde un régimen de partido hegemónico o único se traduce invariablemente en transformaciones en el ejercicio del poder; es decir, en las formas de tomar decisiones, en las interacciones del gobierno con los demás poderes y actores políticos, en el apego a las reglas escritas, en la rendición de cuentas, en la comunicación social, en el uso de los recursos públicos, y en un interminable número de aspectos. En algún sentido, con la alternancia y el pluralismo la política se airea o ventila; es decir, comienzan a emerger prácticas más acordes a las presentes en las democracias. A

⁷ Cansino, César. “Oxigenación política”, *El Universal*. México, 19 de julio 2008. Recuperado de <http://archi.vo.eluniversal.com.mx/editoriales/41019.html>; “Oxigenación política”. En Sánchez Galicia, Javier (coord.) y Cansino, César (ed.). *Treinta claves para entender el poder. Léxico para una nueva comunicación política*, vol. 3. México: Piso 15/BUAP/CEPCOM/ICP, 2014, pp. 217-228.

este proceso inherente a la alternancia de reconversión de las prácticas políticas, de inclusión real o simbólica de la nueva pluralidad en el ejercicio público, de configuración de nuevos pesos y contrapesos políticos, bien puede llamársele oxigenación política. En efecto, un aparato de poder anquilosado por la ausencia de cambios y desafíos, dominado por prácticas consuetudinarias inamovibles heredadas de una generación a otra, de un gobierno a otro, de un cacique a otro, se ve de pronto sacudido por nuevos aires políticos que van poco a poco ocupando y sustituyendo los espacios de poder antes incólumes y aireando las viciadas prácticas del pasado.

Cabe señalar que con frecuencia la alternancia política por sí sola no garantiza una efectiva oxigenación política, sino que las transformaciones son más bien aparentes o superficiales. En ese caso, puede hablarse de descompresión política, o sea, de estrategias desarrolladas por las elites políticas para liberalizar al régimen en sintonía con la percepción social que reclama cambios en la política institucional, pero sin perder el control del proceso. De ahí que el análisis de la oxigenación política en casos concretos debe establecer con precisión el alcance real de los supuestos avances políticos que conlleva la alternancia política en un país; es decir, si efectivamente la circulación de nuevos partidos en el poder ha sido decisiva en el reemplazo de viejas prácticas y comportamientos políticos propios de los tiempos de hegemonía o dominancia de un partido o si las transformaciones han sido más bien cosméticas o superficiales. En otras palabras, se trata de establecer la relevancia y la profundidad de los cambios políticos aparejados con la alternancia en el poder para colocar a esta última en su justa dimensión respecto de las otras tareas pendientes en una transición/instauración democrática, tareas ineludibles si realmente se aspira a consolidar la nueva democracia.

En el caso de las candidaturas independientes, lo que habrá que analizar es si su inserción legal obedece a la necesidad de, y contribuye genuinamente a, fortalecer la participación de los ciudadanos a favor de la democratización del país, o si es un mecanismo más de una elite política cada vez más cuestionada y confrontada y por ello obligada, igual que en otras ocasiones en el pasado reciente, a oxigenar artificialmente la política mediante una estrategia de descompresión controlada, en aras de mantener su centralidad en el sistema político y neutralizar el conflicto presente o latente por la ausencia de canales institucionales para la expresión del malestar social.

Finalmente, la noción de ciudadanización política ha generado una abundante literatura en los últimos años. De hecho, existen muchos conceptos para referirse a lo mismo: empoderamiento de la sociedad, democracia participativa,

desestatización de la política, etcétera. El hecho es que, como sostiene Cansino,⁸ las democracias realmente existentes han visto en su seno procesos más o menos significativos de democratización, entendiendo por ello, la ampliación de prerrogativas ciudadanas y de la centralidad de los ciudadanos por el simple hecho de externar en el espacio público sus inquietudes y reclamos. En ese sentido, la irrupción de candidaturas independientes en las democracias contemporáneas es parte de una tendencia a nivel global hacia un mayor control social sobre el ejercicio del poder político, particularmente en los temas que tienen que ver con el proceso electoral y la representación de los partidos. En los hechos, las candidaturas independientes reivindican el ejercicio de los derechos políticos, autorizando el sufragio pasivo a todos los que quieran participar en el proceso electoral, y sirven como una expresión del descontento y el desencanto de la ciudadanía hacia los partidos políticos. Sin embargo, al mismo tiempo, en teoría, dotan de legitimidad al sistema político en su conjunto, pues los gobernantes se muestran sensibles hacia los reclamos ciudadanos, generando mayores espacios para su participación e involucramiento en los asuntos públicos.

Lo que habrá que analizar en todo caso es qué tanto las candidaturas ciudadanas favorecen a la sociedad y qué tanto a la clase política, ya sea para legitimarla o como una estrategia de disidencia controlada, o sea, operaciones de ingeniería social que funcionan como válvulas de escape que permiten expresar o canalizar el descontento popular y a su vez utilizarlo hábilmente para que las elites sigan siendo elites. Más específicamente ¿qué tanto las candidaturas independientes fortalecen la ciudadanización de la política o qué tanto constituyen un medio más para la circulación de las propias elites políticas? Huelga decir que un sistema muy rígido en lo que al registro de candidaturas independientes se refiere restringe o inhibe la participación de aspirantes ciudadanos, lo cual favorece a las propias elites, pues tendrán en la nueva figura un medio más para reciclarse en las esferas del poder.

Hasta aquí los aspectos que habrá que considera en el análisis de las candidaturas independientes en México. Pero antes de ello, conviene ubicar el tema en el caso que nos ocupa.

⁸ Cansino, César. *La muerte de la ciencia política*. Buenos Aires: Random House, 2009; *La revuelta silenciosa. Democracia, espacio público y ciudadanía en América Latina*. México: BUAP, 2010.

3. LA NUEVA NORMATIVIDAD

Después de ser prohibidas en 2007, las candidaturas independientes fueron finalmente incluidas en 2012 dentro del catálogo de derechos político-electorales de la Constitución, dejando atrás una determinación claramente antidemocrática.⁹

Correspondió al Senado aprobar las reformas constitucionales en materia electoral dentro del marco de Reforma Política de 2012 (minuta del Senado), y posteriormente enviadas a la Cámara de Diputados para su discusión, revisión y aprobación. Para efectos de su aplicación, La Comisión Permanente realizó su declaratoria de constitucionalidad el 18 de julio de 2012, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2012.

A diferencia de reformas anteriores, la reforma de 2012 se centró en el ejercicio del poder público por parte de la ciudadanía: democracia directa a través de la consulta popular, candidaturas independientes y la iniciativa legislativa ciudadana. Al respecto, la minuta del Senado con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de reforma política, manifestó la importancia de la participación ciudadana en la política del país y en particular en los procesos democráticos, como la representación y la toma de decisiones:

Hay una plena convicción de que, con una adecuada regulación, la introducción de mecanismos que supongan el involucramiento de los ciudadanos en los procesos de decisión colectiva puede aumentar y fortalecer la participación política de éstos y con ello contribuir a construir una ciudadanía más fuerte, consciente y atenta a los problemas que la aquejan y corresponsable de las soluciones colectivas que se adopten para enfrentarlos.¹⁰

Dicho proyecto de reforma adiciona varios contenidos constitucionales que reflejan el avance democrático hacia la participación ciudadana (Cuadro 1). En particular, destaca la modificación del artículo 35, donde se crea la figura de las candidaturas independientes, mientras que los artículos 41 y 116 señalaban respectivamente los requisitos que debían cumplir los contendientes por candidaturas independientes, y la eliminación del derecho exclusivo de los partidos a postular candidatos. Por su parte, las modificaciones en la ley secundaria

⁹ Ramos, S. *La constitucionalidad de las candidaturas independientes*. México: Tirant Lo Blanch, 2016.

¹⁰ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *El derecho de ser votado y las candidaturas independientes (caso Michoacán)*. México: TEPJF (Colección Sentencias Relevantes, núm. 5), 2012, p. 28.

(COFIPE) también establecieron el retiro de la exclusividad partidista y el otorgamiento del derecho a los ciudadanos, manifestando en un nuevo capítulo la regulación de las candidaturas independientes. Los argumentos para promover estas iniciativas giraron en torno al monopolio que tiene el sistema de partidos sobre la postulación para los cargos de elección popular, los cuales limitan el acceso al poder y la participación ciudadana. Al respecto, en la Cámara de Diputados se señaló que los partidos habían perdido la credibilidad y la confianza necesarias en la población, y habían sido rebasados por los diferentes sectores sociales que demandaban otras alternativas fuera del sistema en sintonía con sus demandas y aspiraciones, siendo las candidaturas independientes una opción viable y moralmente significativa para darle cause a estas peticiones.¹¹

En los hechos, el rumbo que tomó dicha reforma está relacionado con el así llamado Pacto por México firmado el 2 de diciembre del 2012 en el Castillo de Chapultepec por los líderes nacionales del PRI (Partido Revolucionario Institucional), el PAN (Partido Acción Nacional) el PRD (Partido de la Revolución Democrática) y el presidente Enrique Peña Nieto, el cual buscaba la aprobación de 11 reformas estructurales para “consolidar al país como una democracia política y socialmente eficaz y concentrar las acciones para culminar la transición democrática y orientarla hacia metas de bienestar social, libertad personal y seguridad”.¹²

La estructura de dicho convenio se compone de tres ejes rectores: *a)* el fortalecimiento del Estado mexicano; *b)* la democratización de la economía y la política, así como la ampliación y la aplicación eficaz de los derechos sociales; y *c)* la participación de los ciudadanos como actores fundamentales en el diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas. Para lo cual se acordó lo siguiente: *a)* sociedad de derechos y libertades; *b)* crecimiento económico, empleo y competitividad; *c)* seguridad y justicia; *d)* transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción; y *e)* gobernabilidad democrática.

El último acuerdo hace referencia a la transformación del régimen político, con el propósito de hacerlo más funcional y dotarlo de gobernabilidad. Así, por ejemplo, se pretendía otorgar al presidente la facultad constitucional de optar entre gobernar con minoría política o gobernar a través de una coalición legislativa y de gobierno; adelantar la fecha de toma de posesión del presidente de la República (15 de septiembre, con el argumento de facilitar el proceso de transición y reducir el periodo de un cambio de gobierno a otro); crear una ley

¹¹ *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, núm. 2730-II, 2 de abril de 2009; núm. 2802, 20 de julio de 2009.

¹² Gobierno de la República. *Pacto por México*, 2012, pp. 1-2.

general de partidos, para regular su actuación; reformar el estatuto del Distrito Federal (principalmente cambiarle el nombre a Ciudad de México y dotarlo de una Constitución propia); avanzar en la reforma electoral (principalmente en la creación del INE); revisar la figura de los fueros; adicionar leyes reglamentarias de la reforma política; y revisar la reelección de legisladores y la regulación de los medios de comunicación. De dichos compromisos se logró avanzar en los siguientes: gobiernos de coalición, Ley General de Partidos Políticos, Reforma Electoral, reelección de legisladores, leyes reglamentarias de la Reforma Política, sobre todo en materia de candidaturas independientes, iniciativa ciudadana, iniciativa preferente y consulta popular.

A nivel constitucional, para introducir las candidaturas independientes, se modificó el artículo 35, que ahora establece el derecho de los ciudadanos en la fracción II de “poder ser votados para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación”. Posteriormente, la reforma constitucional publicada el 27 de diciembre de 2013 elimina este derecho exclusivo de los partidos políticos en el artículo 116 constitucional y agrega el inciso que estipula que “Se fijen las bases y requisitos para que en las elecciones los ciudadanos soliciten su registro como candidatos para poder ser votados en forma independiente a todos los cargos de elección popular, en los términos del artículo 35 de esta Constitución”.

Más adelante, el 10 de febrero de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una nueva reforma constitucional que sienta la configuración legal de las candidaturas independientes en el sistema electoral. Se reformaron dos incisos en el artículo 116, respecto de lo que deben de garantizar las constituciones y leyes de los estados de conformidad con las bases establecidas en la Constitución y las leyes generales en la materia electoral, particularmente las candidaturas independientes:

k) Se regule el régimen aplicable a la postulación, registro, derechos y obligaciones de los candidatos independientes, garantizando su derecho al financiamiento público y al acceso a la radio y la televisión en los términos establecidos en esta Constitución y en las leyes correspondientes.

p) Lo que se reitera en el inciso o.

Los anteriores artículos presentan dos rubros marcados: *a)* el derecho al acceso para un cargo de elección popular de manera independiente, puede ser en los tres niveles de gobierno debido a la inclusión en la legislación federal y de las entidades federativas, para presidente de la República, senador o diputado, candidato a gobernador, diputado local o miembro del ayuntamiento y en el caso de la Ciudad de México ser candidato a jefe de gobierno o delegacional; y *b)* la regulación de las candidaturas independientes expresada en las leyes generales que distribuyan competencias entre la federación y las entidades federativas en materias de partidos políticos, organismos electorales y procesos electorales, conforme a las bases previstas en la Constitución (art. 73), facultad que tiene el Congreso.

En este sentido, el 23 de mayo de 2014 se expidió la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIFE), la cual sustituyó al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIFE).

En el libro séptimo de dicha ley (artículos 357 a 439) se establece la regulación de la figura de las candidaturas independientes, indicando en su artículo 366 el procedimiento para ser candidato independiente en los puestos de elección federales: convocatoria; actos previos al registro de candidatos independientes; obtención del apoyo ciudadano y del registro de candidatos independientes.

Con todo, como era previsible, si se compara el marco normativo de los candidatos independientes con el de los partidos políticos es fácil advertir un sesgo que perjudica a los primeros y favorece a los segundos (Cuadro 2). Así, por ejemplo, los aspirantes a candidatos independientes para una gubernatura o una diputación deben reunir en un tiempo muy corto un porcentaje muy alto de firmas ciudadanas en un rango que va de 0.25 a 6 por ciento del electorado local, dependiendo de cada estado (ver Cuadros 3, 4 y 5). En Puebla, para citar un estado intermedio, el aspirante a candidato independiente para la gubernatura debe reunir en un mes las firmas del 3 por ciento de la lista nominal estatal, o sea, algo así como ¡3 firmas por minuto!¹³ Obviamente, en esas condiciones, la mayoría de los individuos que pueden alcanzar su registro como candidatos independientes son exmiembros de partidos políticos que pueden echar mano de su estructura partidista para obtener el apoyo, o sea, las candidaturas independientes se convierten *de facto* en una instancia más para que “los de siempre” puedan seguir compitiendo.¹⁴ Todo ello, como veremos más adelante, abona más a fortalecer la partidocracia existente que a la oxigenación ciudadana de la política.

¹³ Jiménez, G. “Candidatos independientes: la desigualdad en el derecho a ser votado”, *Nexos*. México, enero 2018. Recuperado de https://redaccion.nexos.com.mx/?p=8578#_ftnref1

¹⁴ Loc. Cit.

Era previsible que así fuera, por cuanto correspondía a los propios partidos legislar en la materia, y difícilmente lo harían sin reparos o reservas, considerando que la figura de candidatos independientes constituye un factor que potencialmente puede restarles centralidad.

Asimismo, dado que nuestro sistema de representación es mixto —o sea, además de los legisladores electos por mayoría simple, los partidos designan en cada elección a 200 diputados y 32 senadores según un complicado mecanismo de representación proporcional—, tanto los votos nulos como los de los candidatos independientes, en caso de perder, se restan para la aplicación de la operación que determina el número de escaños a repartir en las dos cámaras, situación que otorga mayor accesibilidad a los partidos políticos así como acceso al financiamiento público que se les asigna año con año, y evidencia que la única forma en que una candidatura independiente pueda representar algún tipo de beneficio al sistema electoral mexicano, es ganando la elección. De lo contrario, los votos que reciban serán agradecidos y aprovechados por los partidos políticos establecidos.

Por otra parte, la legislación establece que mientras las candidaturas de partido recibirán tiempo en radio y televisión desde las precampañas electorales, las candidaturas independientes sólo lo harán a partir de las campañas electorales, en una proporción que corresponde a un partido político de nuevo registro. Obviamente, esta diferenciación en la distribución de los tiempos para ambos tipos de candidaturas hace que los independientes compitan en desventaja desde el inicio de una contienda electoral.

Finalmente, la desproporción en la asignación y el ejercicio de recursos públicos para los candidatos independientes con respecto a los candidatos de partido es abismal, pues mientras que los primeros sólo reciben apoyos para sus campañas, los segundos lo reciben desde las precampañas, amén de que el sistema faculta a los candidatos independientes a obtener recursos privados siempre y cuando no rebasen un tope del 10 por ciento de sus activos. Al final, el sistema de financiamiento establecido favorece notoriamente a los candidatos de partido y a los propios partidos.

Pese a todas estas dificultades las candidaturas independientes salieron a flote y quizá algún día se vuelvan una alternativa de participación política y competencia real a los partidos políticos. Pasemos ahora al análisis de los comicios del 2015, en los que participaron por primera vez candidatos independientes.

4. CIFRAS Y RESULTADOS

En las elecciones del 2015 se pusieron en práctica los cambios efectuados en las leyes electorales en 2012, vigentes a partir de febrero del 2014. Así, por ejemplo, se avanza en la centralización y conjunción de los 32 institutos electorales en un nuevo INE, el cual se encarga de la redistribución y la fiscalización de los recursos y el presupuesto de la federación destinados a las organizaciones que intervienen en el proceso electoral —tanto a nivel federal como local—, y organiza las elecciones a través de la nueva conformación de los organismos públicos locales (OPLEs), dejando de lado el esquema federal donde cada estado, mediante sus institutos, se encargaba de organizar el proceso, establecer las reglas electorales y la demarcación territorial. En este sentido, el INE se vuelve una gran institución con más de 70 facultades nuevas para preparar y organizar las elecciones.¹⁵

El proceso electoral del 2015 fue llevado a cabo por el nuevo INE, a nivel federal y local, de forma que se realizaron dos procesos a cargo del INE y de sus delegaciones, los OPLEs. En dicho proceso se eligieron 300 diputados federales de representación popular y 200 plurinominales; 9 gobernadores, 871 presidentes municipales, diputados locales en 365 distritos, 16 jefes de las delegaciones del Distrito Federal. Las elecciones se desarrollaron en todos los estados, por lo que se consideró a este proceso electoral como la apertura a las candidaturas independientes.

Huelga decir que dichos comicios se realizaron en medio de una crisis muy severa del país en todos los rubros, lo cual alimentaba en la población sentimientos de hartazgo y cierta animosidad por cambiar las cosas. Para entonces, había quedado atrás el triunfalismo del gobierno de Peña Nieto, quien prometió salvar a la nación mediante una serie de reformas estructurales acordadas con las principales fuerzas partidistas del país, pero que en los hechos generaron más controversias que beneficios. A ello hay que añadir el descontento generalizado por casos de violencia no resueltos, como Tlatlaya y Ayotzinapa. Para estas alturas, la violencia en el país era superior a la del sexenio precedente de Calderón Hinojosa, afectando no sólo a la población civil sino a periodistas y políticos.

De igual forma, la situación económica del país empeoró entre 2014 y 2015. La caída de los precios del petróleo y la debilidad del peso frente al dólar complicaron el escenario económico. En ese escenario proclive al conflicto, la sociedad se mostró optimista ante la posibilidad de cambiar sus circunstancias mediante

18

¹⁵ Freidenberg, F. y Aparicio, J. "México 2015: entre la fragmentación partidista y el descontento ciudadano", *Revista de Ciencia Política*, vol. 26, núm. 1, 2016, pp. 219-238.

el voto, la ventana de oportunidad estaba abierta para elegir a nuevos representantes independientes, aunque con las dificultades que ya se apuntaron. Además, en esta oportunidad, las cosas se complicaron debido a la estrechez del calendario electoral, obligado por las circunstancias, como la inexperiencia del INE para multiplicarse por primera vez en todo el país.

Durante el tiempo de manifestación de intención de postulación comprendido desde la publicación de la convocatoria hasta el 26 de diciembre del 2014, se postularon como candidatos independientes 122 personas en 26 entidades para diputados federales. Al terminar el plazo, se otorgó la constancia de aspirante a los que cumplieron cabalmente los requisitos de documentación, mediante resolución del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF): 57 aspirantes autorizados (50 hombres y 7 mujeres) en 21 estados a nivel federal, o sea, el 43 por ciento de los aspirantes iniciales. De los cuales, posteriormente, presentaron su renuncia ante el INE 14 aspirantes de 13 distritos ubicados en 7 estados diferentes, quedando así 43 candidatos, o sea, 25 por ciento del total de aspirantes original.

Posteriormente, sólo 23 de los 43 aspirantes lograron cumplir el porcentaje de apoyo conforme al cargo que postulaban, y de estos, sólo 22 ciudadanos (20 hombres y 2 mujeres) cumplieron con las secciones enmarcadas en la ley, quedando la participación en 12 entidades y 20 distritos a nivel federal.

En cuanto a las elecciones para gobernador solo se registraron tres candidatos independientes para un total de 9 gubernaturas en disputa: Baja California Sur, Campeche y Nuevo León, y sólo en esta última el candidato independiente resultó ganador.

Por lo que respecta a diputaciones locales, se registraron 29 candidatos independientes en 10 entidades, y sólo uno ganó la diputación por el distrito 10 en Jalisco.

Finalmente, en cuanto a elecciones municipales, se registraron 79 candidatos independientes, pero sólo 3 obtuvieron el triunfo como presidentes municipales.

Volviendo a las diputaciones federales, los 22 candidatos independientes registrados en 2015 se convirtieron en la tercera fuerza electoral en los 22 distritos donde compitieron. En estos distritos, los votos que recibieron los independientes sumaron 225,500, equivalentes a 10.2 por ciento de la votación. Sin embargo, sumando las elecciones locales y federales, las candidaturas independientes apenas alcanzaron 0.57 por ciento de la votación total. De los 133 candidatos independientes registrados tanto en el ámbito federal como local sólo 6 ganaron. A nivel federal, sólo un candidato independiente a diputado federal, de los 22 registrados, ganó la elección con 42.45 por ciento de votos: Manuel Jesús Clouthier

Carrillo, por el distrito 5 de Culiacán, Sinaloa. A nivel local, Jaime Heliodoro Rodríguez Calderón “El Bronco” se convirtió en el primer gobernador independiente de Nuevo León, con 48.82 por ciento de los votos emitidos, lo que representa 1,020,552 sufragios a su favor. En las elecciones municipales vencieron tres independientes: César Adrián Valdés Martínez en García, Nuevo León, con 41.70 por ciento de los votos emitidos, Alfonso Jesús Martínez Alcázar en Morelia, Michoacán, con 27.70 por ciento y José Alberto Méndez Pérez en Comonfort, Guanajuato, con 30.03 por ciento. En Jalisco, José Pedro Kumamoto Aguilar se llevó las elecciones a diputado local por el distrito 10, con sede en Zapopan; obtuvo 37.52 por ciento de los votos.¹⁶ En suma, el porcentaje final de candidaturas independientes ganadoras respecto del número total de aspirantes registrados tanto a nivel federal como local fue apenas de un 4.51 por ciento. Ahora bien, de esos 6 candidatos independientes ganadores sólo uno —Kumamoto Aguilar—, tenía un perfil claramente ciudadano, razón por la cual despertó gran expectativa en la ciudadanía. Además, basó su campaña en las redes sociales con un discurso joven y fresco. Lamentablemente para su causa, tres años después, en los comicios de 2018, se postuló como candidato independiente para el Senado, pero fracasó en el intento.

Como se puede observar, alcanzar una candidatura independiente es muy difícil para la mayoría de los ciudadanos y ganar es prácticamente una proeza. Muy pocos postulantes logran pasar siquiera los primeros filtros, y entre los que lo logran es frecuente identificar individuos con una base social o política que los respalda; es decir, muchos han sido *political outsiders* (que provienen de organizaciones de la sociedad civil) o *political insiders* (que han tenido que ver con la política, ya sea como exmilitantes de partido o funcionarios). Por ello es importante conocer la trayectoria de vida de los candidatos independientes para comprender en qué punto influyó la naturaleza de su experiencia en su desempeño electoral, e inferir así por qué algunos candidatos independientes lograron altas votaciones y otros no, y por qué tan pocos aspirantes pudieron reunir las condiciones requisitorias que establece la ley para contender con esta nueva vía de acceso al poder.¹⁷

¹⁶ Lagunes, O. y Arrellano P. “Las candidaturas independientes en las elecciones de 2015 en México. Límites legales, éxitos electorales y participación ciudadana”, *Tlamilahua. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 40, abril-septiembre 2016, pp. 60-86.

¹⁷ Un estudio detallado de las trayectorias y perfiles de los candidatos independientes registrados en 2015 puede encontrarse en Rosete Espinoza, B. *El desarrollo de las candidaturas independientes en México: expectativas y realidades reflejadas en los procesos electorales de 2015 y 2016*, tesis de Maestría en Ciencias Políticas. México: BUAP, 2017.

La mayoría de los candidatos independientes que se postularon para algún cargo en el proceso electoral de 2015, y que tuvieron mayor porcentaje de votación en la elección, provienen del sector público o han militado en algún partido. La mayoría son políticos con años de militancia y con experiencia como legisladores o funcionarios públicos que por algún motivo rompieron con su partido y decidieron lanzarse de forma independiente para contender en la arena electoral.¹⁸

De acuerdo con nuestro estudio sobre la trayectoria y el perfil de los candidatos independientes que en 2015 postularon a diversos cargos, la mayoría de los candidatos con mayor porcentaje de votación (67 por ciento) tuvo o tiene alguna relación con la esfera política, mientras que el 33 por ciento tienen un perfil más ciudadano. Cabe señalar que el porcentaje de estos últimos desciende cuando se trata de una elección federal, como en este caso la de diputados.¹⁹

En 2018, el sistema electoral mexicano abrió por primera vez a las candidaturas independientes la disputa por el puesto de representación popular más importante del país, el de presidente de la República, gracias a la reforma electoral de 2014. En el papel, dicha posibilidad constituyó una alternativa para fortalecer la participación activa y responsable de los ciudadanos en la definición de los asuntos públicos. Sin embargo, a juzgar por los resultados alcanzados por los candidatos independientes, su impacto fue mínimo. A inicios de diciembre de 2017, Rodríguez Calderón, gobernador de Nuevo León, fue el primer aspirante a candidato independiente a la presidencia en alcanzar la cifra mínima de 866 mil firmas. Sin embargo, sólo contaba con el apoyo de al menos el 1 por ciento del padrón electoral en tres estados del país de 17 requeridos. Un mes después, Margarita Zavala también superó el umbral mínimo de firmas, aunque no la dispersión requerida. Igualmente, Armando Ríos Piter superó el número requerido, aunque no la dispersión, a inicios de febrero. Finalmente, para el 19 de febrero de 2018 (fecha límite de recolección de firmas), los tres aspirantes lograron superar el umbral de firmas y la dispersión del 1 por ciento de la lista nominal en más de 17 estados de la República, pero sólo Rodríguez Calderón y Zavala alcanzaron su registro, y al final sólo el primero contendió por la presidencia, pues Zavala declinó poco antes de los comicios. En los hechos, Rodríguez Calderón alcanzó un irrelevante 5.23 por ciento de votos, aunque hizo historia por ser el

¹⁸ Rodríguez, A. "Candidatos independientes ciudadanos: realidades y expectativas", Blog de Consultoría en Desarrollo de Competencias, 2017. Recuperado de <https://pruebadanblog.wordpress.com/2017/03/21/698/>

¹⁹ Loc. Cit. En este estudio se promedia separadamente a los candidatos de acuerdo con el cargo al que postularon, aplicando medidas de tendencia central, de tal forma que se obtuvieran los casos más representativos para después localizar la trayectoria de cada uno de los postulantes.

primer candidato independiente oficialmente reconocido en contender por la presidencia.

Para estas elecciones se registraron 283 aspirantes a candidaturas independientes: 48 a la presidencia, 54 al Senado y 181 a la Cámara de Diputados. Para el primer caso, los aspirantes debían recolectar 866,593 firmas (1 por ciento de la lista nominal nacional) en 17 estados del país. En el caso de las senadurías, los candidatos debían sumar el 2 por ciento de la lista nominal estatal y pertenecientes al menos a la mitad de los distritos electorales. Finalmente, para diputaciones, se debía recolectar el 2 por ciento de la lista nominal del distrito electoral federal y pertenecientes al menos a la mitad de las secciones electorales. A diferencia del 2015, en los comicios del 2018 ningún candidato independiente ganó algún cargo a nivel federal. Las cifras también registraron un descenso significativo de candidaturas independientes en elecciones locales en ese mismo año, lo cual puede deberse a que, después de las elecciones de 2015, varios congresos locales decidieron endurecer los requisitos para la postulación de candidaturas independientes. Tal fue el caso de Chihuahua, Puebla, Sinaloa, Tamaulipas y Veracruz.

Cabe señalar por último que ninguno de los comicios examinados aquí registró un incremento de la participación ciudadana respecto a comicios pasados; es decir, pese a que una de las razones para abrir la competencia a candidatos independientes era fortalecer la participación ciudadana, ésta se mantuvo sin variaciones.

5. LÍMITES Y PERSPECTIVAS

En esta parte analizaremos el caso mexicano de acuerdo con los criterios definidos en el apartado de lineamientos teóricos: *a)* calidad democrática, *b)* contrademocracia, *c)* oxigenación política/descompresión política y *d)* ciudadanización política.

22 *Calidad democrática*

Como se puede inferir de los hechos descritos hasta esta parte, la iniciativa que permite la inclusión de candidaturas independientes en las elecciones federales y locales en México abona muy poco a la calidad democrática en los términos fijados por el concepto. Ciertamente, es mejor contar con esta figura que no hacerlo, pues es un derecho humano elemental. Sin embargo, la confección de la ley estuvo cargada de los mismos vicios que han caracterizado la apertura

democrática del país desde hace más de cuarenta años: gradualismo, cortoplacismo y oportunismo. Se trata de inercias de una clase política que ha dosificado a conveniencia la democratización del régimen, tratando de conservar y extender lo más posible sus privilegios derivados de detentar el poder político. Primero fue la oligarquía priista la que repartía en exclusiva los premios y los castigos y fijaba la agenda de la transición, para después incluir en esta tarea a al menos dos partidos emergentes —el PAN y el PRD—, lo que marca el tránsito de un sistema de partido hegemónico a uno de partidos hegemónicos, o sea, una partidocracia mediante la cual más de un partido se beneficia del arreglo institucional existente.

En esas circunstancias, no es casual que la democracia mexicana siga siendo una de las peor evaluadas en los estudios comparados de calidad democrática. No hace mucho, un estudio coordinado por O'Donnell²⁰ colocaba a México en el último lugar de calidad democrática de América Latina. En efecto, nuestro país ni siquiera califica en los rubros contemplados por la teoría: en lugar de Estado de derecho sigue reinando la impunidad; en lugar de rendición de cuentas, se creó un sistema de acceso a la información inútil; la reciprocidad sigue siendo una aspiración, así como la ampliación del derecho a sectores largamente excluidos, y la desigualdad socioeconómica sigue siendo un lastre.²¹ En el mismo sentido está el famoso estudio de Norris²² que colocaba a la democracia mexicana como una de las cinco del mundo con las peores calificaciones en materia de integridad electoral, o sea, con elecciones inauténticas, plagadas de irregularidades de todo tipo. Tampoco es casual que Latinobarómetro²³ coloque a México como uno de los tres países de América Latina donde los ciudadanos tienen menos aprecio por la democracia y sus representantes. No sorprende entonces que la legislación en materia de candidaturas independientes presente sesgos marcados que en lugar de alentar la participación política de ciudadanos la inhibe, amén de favorecer por sobre todas las cosas a los candidatos de partido.

En suma, no puede afirmarse que la nueva legislación sobre candidaturas independientes apuntale de manera importante nuestra democracia sin faltar a la verdad. Por el contrario, sigue siendo una ley restrictiva, inequitativa y sesgada.

²⁰ O'Donnell, G. "Human Development, Human Rights, and Democracy". En O'Donnell, G. y Vargas Cullerell, J. y Iazetta, O. M. (eds.). *The Quality of Democracy Theory and Applications*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2004, pp. 9-92.

²¹ Cansino, César y Covarrubias, I. (eds.). *Por una democracia de calidad. México después de la alternancia*. México: CEP/COM/Educación y Cultura, 2007.

²² Norris, P. *Perceptions of Electoral Integrity*, 2017. Recuperado de <https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/KI5WB4>

²³ Latinobarómetro. *Informe 2017*, 2017. Recuperado de <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

En los hechos, los partidos tradicionales, al ser jueces y parte de esta reforma legislativa, prefirieron privilegiar sus intereses que abrir la ley a una mayor inclusión ciudadana. Con todo, no se puede descartar que, después de un tiempo, si se presentan las condiciones adecuadas, un ciudadano independiente pueda aprovechar para su causa esta rendija electoral y poner en jaque a todo el sistema.

Contrademocracia

Sobre este punto la teoría sostiene que las candidaturas independientes son una expresión más de la contrademocracia, o sea, formas organizadas de intervención del poder para conducirlo hacia el bienestar común. Sin embargo, como vimos aquí, esta condición no aplica en México. En efecto, tal y como está diseñada la legislación, las candidaturas independientes favorecen la postulación de individuos con un perfil político en lugar de ciudadano. De hecho, las cifras de los comicios tanto del 2015 como el 2018 revelan que la gran mayoría de los candidatos independientes registrados eran políticos que vieron en esta figura una oportunidad para reciclar sus propias carreras, amén de contar con el *expertis* y los contactos partidistas que les aseguraran el éxito. Ello explica en buena medida que de todos los candidatos independientes que obtuvieron un cargo de elección popular sólo uno puede considerarse genuinamente como ciudadano. Obviamente, con estas cifras, las candidaturas independientes no pueden concebirse todavía como un contrapeso ciudadano de la democracia electoral-representativa, y pasará mucho tiempo para que lo sean. En ese sentido, la palabra “ciudadanización” sigue teniendo para la clase política una carga legitimadora importante. Basta decir que una decisión o una reforma busca ciudadanizar la política para generar cierto respaldo, aunque en boca de la elite política la palabra ciudadanizar sólo sea una retórica vacía del poder.

Por lo que respecta a los ciudadanos, si alguno logra ganar un cargo de elección popular por la vía de las candidaturas independientes, se volverá inevitablemente una parte de la estructura de poder, y al igual que los candidatos de partido tendrá que crear alianzas y amarrar acuerdos para subsistir; es decir, los candidatos ciudadanos electos renuncian de facto a su condición de contrapoder para adoptar dócilmente las reglas del juego político, con lo que terminan siendo piezas del sistema, incapaces de transformarlo o controlarlo.

Por lo demás, dada su juventud, la democracia mexicana está muy lejos todavía de haber generado los contrapesos ciudadanos tan característicos de las

democracias consolidadas referidas por Rosanvallon.²⁴ De hecho, si no ha concluido la construcción del nuevo régimen menos ha avanzado la construcción de los mecanismos contrademocráticos. En este punto parece haber una evolución natural que no puede violentarse sin consecuencias. Habrá que construir primero un auténtico Estado de derecho, el gran déficit de nuestra transición.

Oxigenación política/descompresión política

Si hay un tema que califica perfectamente como parte de un proceso de oxigenación política es precisamente el de las candidaturas independientes, pues nada hay más significativo para ventilar la política institucional monopolizada durante décadas por los partidos tradicionales que la inclusión en los asuntos públicos de representantes ciudadanos. Sin embargo, lo que pintaba muy bien en el papel, se desvirtuó en la práctica. En efecto, como vimos aquí, la inclusión de las candidaturas independientes está diseñada para no hacer mella o para afectar lo menos posible los usos y las costumbres políticos dominantes; es decir, no garantiza por sí sola la necesaria oxigenación que la política en México requiere. Lejos de ello, la inclusión de las candidaturas independientes califica perfectamente como una estrategia de descompresión política mediante la cual las élites políticas atienden un reclamo ciudadano con una reforma muy limitada pero ampliamente publicitada. Con ello, las elites recuperan algo de legitimidad a su favor; neutralizan en alguna medida el malestar ciudadano y se muestran sensibles a las causas sociales.

Con todo, la inclusión de candidaturas independientes, por más restringida y controlada que sea, sí obliga a los partidos a modificar algunos de sus patrones de conducta habituales. Así, por ejemplo, dado que ahora existe la posibilidad de contender contra ciudadanos con reconocimiento social, ellos también deberán elegir a candidatos que pesen en sus localidades y no sólo a los militantes a los que se les deben favores o con los que existan compromisos políticos.

Ciudadanización política

25

La inclusión de las candidaturas independientes en México constituye un caso atípico, pues si bien se trata de una iniciativa que en el papel amplía las posibilidades de los ciudadanos de involucrarse en los asuntos públicos, o sea, favorece la ciudadanización política, en realidad fue diseñada por la elite política para

²⁴ Rosanvallon, Op. Cit.

legitimar al sistema, neutralizar la disidencia social en la arena institucional y ofrecer a la propia clase política alternativas para reciclarse.

Como vimos en su momento, tal y como está formulada, la legislación produce inequidad entre los candidatos independientes y los candidatos de partido; es decir, la reglamentación coloca grandes dificultades a los ciudadanos con aspiraciones genuinas de postularse por la libre a un cargo de elección popular. De ahí que la fórmula haya sido ocupada sobre todo por individuos con un perfil y una trayectoria más política que ciudadana; es decir, se trata de personas que en un momento dado pueden recurrir a sus relaciones políticas para hacerse de una estructura de promoción y movilización electoral consistente. Generalmente, son personas que tienen una larga trayectoria en el medio político y que han encontrado en las candidaturas independientes una opción para reciclarse en el sistema.

Por otro lado, los candidatos ciudadanos tienen una enorme desventaja al postularse mediante este nuevo instrumento, no solamente por los engorrosos requisitos de elegibilidad, sino también por las amenazas y las trabas que eventualmente genera el propio sistema para acotar su competencia real y obstaculizar su acceso al poder. En este sentido, si la figura fue incluida en la legislación electoral es porque la clase política consideró que no representaba una amenaza real a sus intereses, sino sólo un instrumento que bien empleado dotaba al sistema de legitimidad y estabilidad. En suma, dada la presión social, las candidaturas independientes sólo constituyen una salida o válvula de escape del sistema. Como iniciativa ciudadana son un fracaso, pero como instrumento de contención y legitimación política, un éxito.

6. CONCLUSIÓN

De acuerdo con nuestro estudio la reciente inclusión de las candidaturas independientes en México constituye más un recurso de la elite política para controlar la disidencia social que para ciudadanizar la política, lo cual comienza a ser percibido y cuestionado por la sociedad. En ese sentido, sólo es cuestión de tiempo para que se extienda el desencanto hacia la medida por ser un mecanismo que lejos de promover la participación ciudadana es un instrumento utilizado a conveniencia por y para la clase política.

Asimismo, en las condiciones actuales, las candidaturas independientes no representan un contrapeso al poder de los partidos políticos. A pesar de los casos exitosos que se registraron en los diferentes procesos electorales, no impactan en la estructura del sistema.

En virtud de ello, deben replantearse las condiciones actuales de dicho instrumento, para mejorar los requisitos de elegibilidad y dar apertura a una verdadera participación ciudadana democrática como contrapeso a los partidos políticos. Además, si los partidos tienen más y mejor competencia estarán obligados a mejorar sus propios mecanismos de designación de candidatos y su imagen ante la sociedad, o sea, a ser más competitivos.

En los hechos, contrariamente a lo que sus creadores intelectuales postularon, la iniciativa de inclusión de candidaturas independientes abonó más al déficit democrático que el país arrastra desde hace décadas que a la democratización efectiva. Durante años creímos que para alcanzar una democracia bastaba con la alternancia mientras las reglas básicas del sistema autoritario seguían vigentes. En virtud de ello, los partidos de oposición terminaron replicando los vicios del PRI en el ejercicio del poder en vez de cuestionar y transformar las reglas que lo apuntalaron.

Dichas reglas consolidaron una nueva partidocracia enferma de poder, con blindajes legales de todo tipo para conservar sus privilegios, con condiciones de competencia bajas para partidos orientados más a conservar el registro que a competir por el poder a través de plataformas claras y discursos eficaces. En nombre de una supuesta equidad en la contienda casi se ha arrasado con la competitividad de partidos y candidatos.

Que una iniciativa creada para apuntalar la ciudadanización política termine inhibiéndola, o sea, que abone más al déficit democrático que a la democratización, es más que una simple paradoja, es un mal endémico de nuestra clase política. Como señaló alguna vez Pasquino,²⁵ “La mayoría de los déficits democráticos son producto y consecuencia de la conducta (y la calidad) de las autoridades”.

²⁵ Pasquino, G. “El déficit democrático”. En Cansino, César; Calles Santillana, J. y Echeverría, M. (eds.). *Del Homo Videns al Homo Twitter. Democracia y redes sociales*. México, ICGDE-BUAP, 2016, pp. 43-56.

7. ANEXO ESTADÍSTICO

Cuadro 1
 Contenidos constitucionales de la Reforma Política de 2012

ARTÍCULO CONSTITUCIONAL	CONTENIDO
35	Se crea la figura de candidaturas independientes.
35	Establece el derecho de los ciudadanos a votar en las consultas populares.
71, 73 y 116	Norma de la iniciativa ciudadana.
71 y 73	Norma la iniciativa preferente.
74	Sobre la Cuenta Pública.
76	Gobierno de coalición.
78	Otorga facultades a la Comisión Permanente para: <i>a)</i> conceder licencia hasta por sesenta días naturales al presidente de la República, y <i>b)</i> Ratificar los nombramientos que el presidente haga de embajadores, consulares generales, empleados superiores de hacienda, integrantes del órgano colegiado encargado de la regulación en materia de energía, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga.
84	Para que el Secretario de Gobernación asuma provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo en caso de falta absoluta del presidente de la República y en tanto el Congreso nombra al presidente interino o sustituto.
122	Se limita la sobrerrepresentación de los partidos políticos en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Derecho de iniciativa ciudadana en el Distrito Federal.

Fuente: Arellano Trejo.²⁶

²⁶ Arellano Trejo, E. *Origen y balance de las candidaturas independientes*. México: CESOP (Documento de trabajo núm. 193), 2015, p. 10.

CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN MÉXICO: ¿CIUDADANIZACIÓN POLÍTICA O DISIDENCIA...

Cuadro 2
 Marco normativo de los candidatos independientes
 y los partidos políticos

FASE	CANDIDATO INDEPENDIENTE	PARTIDO POLÍTICO
REGISTRO	· Tiempo para obtener el porcentaje de apoyo ciudadano. · Porcentaje de apoyo ciudadano para obtener su registro.	· Tiempo de precampaña y campaña. · Partido de nuevo registro. Nacional 3 mil militantes en 20 estados o 300 mil militantes en 200 distritos. El número de militantes no podrá ser inferior al 0.26 por ciento del padrón electoral del distrito, el municipio o la demarcación.
FINANCIAMIENTO	· Se privilegia el financiamiento privado. · Reciben financiamiento público únicamente en la campaña electoral. · Si rebasa el tope del gasto (pierde el registro, antes de la jornada electoral). · Financiamiento público en actividades electorales. · En el financiamiento público, la Candidatura independiente es partido de nuevo registro, recibe 33.3 por ciento que se distribuirá de igual manera entre todos los candidatos independientes si es uno solo no podrá recibir financiamiento que exceda del 50 por ciento de los montos. · Financiamiento privado. No se debe rebasar el 10 por ciento del tope de gasto para la elección que se trate.	· Se privilegia el financiamiento público. · Los partidos políticos reciben financiamiento desde la precampaña. · Si rebasa el tope de gasto (se aplican sanciones o se nulifica la elección después de la jornada electoral). · Financiamiento público destinado a actividades ordinarias permanentes, gastos de procesos electorales y actividades, estructura, sueldos y salarios. · En campaña, para cada partido un monto equivalente al 50 por ciento del financiamiento público (si se renueva ejecutivo federal y ambas cámaras), el 30 por ciento si se renueva la Cámara de Diputados y congresos locales. · Financiamiento privado. Por la militancia (2 por ciento del financiamiento público); por los simpatizantes (10 por ciento del tope de gasto), autofinanciamiento y financiamiento por rendimientos financieros, fondos y fideicomisos.

CÉSAR CANSINO | BENJAMÍN ROSETE ESPINOZA

FASE	CANDIDATO INDEPENDIENTE	PARTIDO POLÍTICO
ACCESO A RADIO Y TV	· Sólo se otorga en la campaña electoral · El 33.3 por ciento del tiempo se distribuirá por partes iguales entre todos los candidatos independientes. · Si un candidato es el único registrado no podrá recibir más del 30 por ciento de la totalidad del tiempo correspondiente a todos los candidatos. La porción del tiempo restante será utilizada por los partidos políticos mediante distribución igualitaria. · Procesos electorales locales coincidentes con la federal 15 minutos diarios en cada medio de cobertura en la entidad.	· Se otorga desde la precampaña electoral. · 70 por ciento se distribuye entre los partidos de acuerdo con los resultados de la elección para diputados federales inmediata a la anterior, el 30 por ciento restante a los partidos políticos y candidatos independientes. · Los partidos de nuevo registro sólo participaran en la distribución del 30 por ciento del tiempo. · En campañas electorales federales: partidos políticos en conjunto 41 minutos. · Procesos electorales locales coincidentes con la federal 15 minutos diarios en cada medio de cobertura en la entidad.

Fuente: elaboración propia a partir de la legislación: LGIPE y LPP.

Cuadro 3
 Porcentaje de apoyo ciudadano para candidatos independientes
 a gobernadores y diputados

ESTADO	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPENDIENTE A GOBERNADOR	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPENDIENTE A DIPUTADO LOCAL
Aguascalientes	2.50	2.50
Baja California Norte	2.00	3.00
Baja California Sur	2.51	5.00
Campeche	2.00	3.00
Coahuila	1.50	1.50
Colima	3.00	3.00
Chiapas	0.25	2.00
Chihuahua	3.00	3.00
Ciudad de México	1.00	1.00
Durango	1.00	1.00

CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN MÉXICO: ¿CIUDADANIZACIÓN POLÍTICA O DISIDENCIA...

ESTADO	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPENDIENTE A GOBERNADOR	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CAN- DIDATO INDEPENDIENTE A DIPUTADO LOCAL
Guanajuato	3.00	3.00
Guerrero	3.00	3.00
Hidalgo	3.00	3.00
Jalisco	1.00	1.00
Estado de México	3.00	3.00
Michoacán	2.00	2.00
Morelos	2.00	2.00
Nayarit	2.00	2.00
Nuevo León	2.00	1.00
Oaxaca	2.00	2.00
Puebla	3.00	3.00
Querétaro	2.00	2.00
Quintana Roo	1.00	1.00
San Luis Potosí	2.00	2.00
Sinaloa	2.00	2.00
Sonora	3.00	3.00
Tabasco	3.00	3.00
Tamaulipas	3.00	3.00
Tlaxcala	3.00	6.00
Veracruz	3.00	3.00
Yucatán	2.00	5.00
Zacatecas	1.00	2.00
Promedio nacional	2.09	2.48

Fuente: Jiménez.²⁷

²⁷ Jiménez, Op. Cit.

CÉSAR CANSINO | BENJAMÍN ROSETE ESPINOZA

Cuadro 4
 Peores estados para aspirar a una candidatura independiente
 para gobernador

ESTADO	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPEN- DIENTE A GOBERNADOR	DÍAS CON LOS QUE CUENTA UN ASPIRANTE A LA GU- BERNATURA PARA OBTENER EL APOYO CIUDADANO	ÍNDICE PARA GO- BERNADOR	FIRMAS DIARIAS NECE- SARIAS PARA ALCANZAR LA META
1. Chihuahua	3.00	28	0.11	2902
2. Colima	3.00	30	0.10	525
2. Puebla	3.00	30	0.10	4417
3. Sonora	3.00	40	0.07	1556
3. Tamaulipas	3.00	40	0.07	1941
3. Tlaxcala	3.00	40	0.07	679
4. Michoacán	2.00	30	0.07	2254
4. Querétaro	2.00	30	0.07	1034
5. Aguascalientes	2.50	40	0.06	580
6. Guanajuato	3.00	60	0.05	2154
6. Guerrero	3.00	60	0.05	1237
6. Hidalgo	3.00	60	0.05	1041
6. Estado de México	3.00	60	0.05	5817
6. Nayarit	2.00	40	0.05	418
6. Sinaloa	2.00	40	0.05	1053
6. Veracruz	3.00	60	0.05	2848
7. Morelos	2.00	45	0.04	631
8. Baja California Sur	2.51	60	0.04	213
9. Quintana Roo	1.00	24	0.04	493
10. Nuevo León	2.00	50	0.04	1536
11. Coahuila	1.50	40	0.04	797
12. Baja California Nte.	2.00	60	0.03	897
12. Oaxaca	2.00	60	0.03	939
12. Yucatán	2.00	60	0.03	505
12. San Luis Potosí	2.00	60	0.03	648
13. Durango	1.00	40	0.02	316
13. Zacatecas	1.00	40	0.02	288

CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN MÉXICO: ¿CIUDADANIZACIÓN POLÍTICA O DISIDENCIA...

ESTADO	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPENDIENTE A GOBERNADOR	DÍAS CON LOS QUE CUENTA UN ASPIRANTE A LA GOBERNATURA PARA OBTENER EL APOYO CIUDADANO	ÍNDICE PARA GOBERNADOR	FIRMAS DIARIAS NECESARIAS PARA ALCANZAR LA META
14. Jalisco	1.00	60	0.02	975
15. Chiapas	0.25	25	0.01	346
16. Ciudad de México	1.00	120	0.01	629
Promedio nacional	2.09	48	0.05	1322

Fuente: Jiménez.²⁸

Cuadro 5
Peores estados para aspirar a una candidatura independiente para diputado local

ESTADO	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPENDIENTE A DIPUTADO LOCAL	DÍAS CON LOS QUE CUENTA UN ASPIRANTE A LA DIPUTACIÓN PARA OBTENER EL APOYO CIUDADANO	ÍNDICE PARA DIPUTADO LOCAL
1. Tlaxcala	6.00	30	0.2
2. Yucatán	5.00	30	0.17
3. Colima	3.00	20	0.15
3. Sonora	3.00	20	0.15
4. Chiapas	2.00	15	0.13
5. Chihuahua	3.00	30	0.10
5. Puebla	3.00	30	0.10
5. Michoacán	2.00	20	0.10
5. Guanajuato	3.00	30	0.10
5. Guerrero	3.00	30	0.10
5. Nayarit	2.00	20	0.10
5. Veracruz	3.00	30	0.10
5. Baja California Norte	3.00	30	0.10
6. Baja California Sur	5.00	60	0.08
7. Tamaulipas	3.00	40	0.07

²⁸ Loc. Cit.

CÉSAR CANSINO | BENJAMÍN ROSETE ESPINOZA

ESTADO	PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO PARA SER CANDIDATO INDEPENDIENTE A DIPUTADO LOCAL	DÍAS CON LOS QUE CUENTA UN ASPIRANTE A LA DIPUTACIÓN PARA OBTENER EL APOYO CIUDADANO	ÍNDICE PARA DIPUTADO LOCAL
8. Querétaro	2.00	30	0.07
8. Hidalgo	3.00	45	0.07
8. Estado de México	3.00	45	0.07
8. Oaxaca	2.00	30	0.07
9. Aguascalientes	2.50	40	0.06
10. Morelos	2.00	35	0.06
11. Sinaloa	2.00	40	0.05
11. San Luis Potosí	2.00	40	0.05
11. Zacatecas	2.00	40	0.05
12. Quintana Roo	1.00	24	0.04
13. Coahuila	1.50	40	0.04
14. Durango	1.00	30	0.03
15. Jalisco	1.00	40	0.02
16. Nuevo León	1.00	50	0.02
17. Ciudad de México	1.00	60	0.02
Promedio nacional	2.48	36	0.076

Fuente: Jiménez.²⁹

8. REFERENCIAS

- Arrellano Trejo, E. *Origen y balance de las candidaturas independientes*. México: CESOP (Documento de trabajo núm. 193), 2015.
- Campos, G. S. “Las candidaturas independientes en México”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 33, 2014, pp. 65-99. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740003.pdf>
- Cansino, César. “Oxigenación política”. En Sánchez Galicia, Javier (coord.) y Cansino, César (ed.). *Treinta claves para entender el poder. Léxico para una nueva comunicación política*, vol. 3. México: Piso 15/BUAP/CEPCOM/ICP, 2014, pp. 217-228.
- Cansino, César. *La revuelta silenciosa. Democracia, espacio público y ciudadanía en América Latina*. México: BUAP, 2010.
- Cansino, César. *La muerte de la ciencia política*. Buenos Aires: Random House, 2009.

²⁹ Loc. Cit.

- Cansino, César. "Oxigenación política", *El Universal*. México, 19 de julio 2008. Recuperado de <http://archi.vo.eluniversal.com.mx/editoriales/41019.html>
- Cansino, César y Covarrubias, I. (eds.). *Por una democracia de calidad. México después de la alternancia*. México: CEPCOM/Educación y Cultura, 2007.
- Córdova, L. "La reforma electoral y el cambio político en México". En Zovatto, D. y Orozco, J. (coords.). *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*. México: IIJ-UNAM/IDEA Internacional, 2008.
- Emmerich, G. "Las elecciones en México, 1808-1911: ¿sufragio efectivo?, ¿no reelección?". En González Casanova, P. (coord.). *Las elecciones en México, evolución y perspectiva*. México: IIS-UNAM/Siglo XXI, 1993.
- Freidenberg, F. y Aparicio, J. "México 2015: entre la fragmentación partidista y el descontento ciudadano", *Revista de Ciencia Política*, vol. 26, núm. 1, 2016, pp. 219-238.
- Gamboa, C. y Valdés, S. "Candidaturas independientes. Estudio conceptual, antecedentes, jurisprudencia, iniciativas presentadas en la LX y LXI legislatura", Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la LXI Legislatura Cámara de Diputados, 2011.
- García, A. "Problemas de la transición en México". En Espinoza, V. y Rionda, L. M. (coords.). *Después de la alternancia: elecciones y nueva competitividad*. México: Eón/UAM-Azcapotzalco, 2005, pp. 71-74.
- González, R. "Candidaturas independientes en México" [en línea]. 2010. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/368612894/candidaturas-independientes>
- Hernández, M. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: TEPJF (Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral), 2012.
- Instituto Nacional Electoral. "Informe sobre el registro de candidaturas independientes en el proceso electoral federal 2014-2015 y las acciones realizadas para garantizar su financiamiento público y el acceso a la franquicia postal". México: Dirección Ejecutiva de Prerogativas y Partidos Políticos-INE, 2015.
- Jiménez, G. "Candidatos independientes: la desigualdad en el derecho a ser votado", *Nexos*. México, enero 2018. Recuperado de https://redaccion.nexos.com.mx/?p=8578#_ftnref1
- Lagunes, O. y Arrellano P. "Las candidaturas independientes en las elecciones de 2015 en México. Límites legales, éxitos electorales y participación ciudadana", *Tlamelehua. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 40, abril-septiembre 2016, pp. 60-86.
- Larrosa, M. "Partidos políticos, sistemas electorales y sistemas de partidos". En Emmerich, G. y Alarcón Olguín, V. (coords.). *Tratado de ciencia política*. México: Anthropos/UAM-Iztapalapa, 2007, pp. 201-224.
- Latinobarómetro. *Informe 2017*, 2017. Recuperado de <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>
- Morlino, L. *Democracias y democratizaciones*. México: CEPCOM, 2005.
- Norris, P. *Perceptions of Electoral Integrity*, 2017. Recuperado de <https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/KI5WB4>
- O'Donnell, G. "Human Development, Human Rights, and Democracy". En O'Donnell, G. y Vargas Cullell, J. y Iazzetta, O. M. (eds.). *The Quality of Democracy Theory*

- and Applications*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2004, pp. 9-92.
- Pasquino, G. “El déficit democrático”. En Cansino, César; Calles Santillana, J. y Echeverría, M. (eds.). *Del Homo Videns al Homo Twitter. Democracia y redes sociales*. México, ICGDE-BUAP, 2016.
- Pérez de los Reyes, M. y García, E. “1911. Las primeras elecciones de un país en transición”, *Revista Justicia Electoral*, México, vol. 1, núm. 7, 2011, pp. 359-393.
- Prida, R. *La Nueva Ley electoral. Observaciones sobre la ley de 19 de diciembre de 1911*. México: Universidad de Andrés Sánchez Juárez, 1912.
- Ramos, S. *La constitucionalidad de las candidaturas independientes*. México: Tirant Lo Blanch, 2016.
- Rocha-Quintero, J. E. “Las elecciones de 2015, entre la crisis política y las nuevas reglas electorales”, *Análisis Plural*. México: ITESO, 2014.
- Rodríguez, A. “Candidatos independientes ciudadanos: realidades y expectativas”, Blog de Consultoría en Desarrollo de Competencias, 2017. Recuperado de <https://pruebadanblog.wordpress.com/2017/03/21/698/>
- Rosanvallon, P. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.
- Rosete Espinoza, B. *El desarrollo de las candidaturas independientes en México: expectativas y realidades reflejadas en los procesos electorales de 2015 y 2016*, tesis de Maestría en Ciencias Políticas. México: BUAP, 2017.
- Sartori, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *El derecho de ser votado y las candidaturas independientes (caso Michoacán)*. México: TEPJF (Colección Sentencias Relevantes, núm. 5), 2012.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *Reformas electorales en México*. México: Centro de Capacitación Judicial Electoral-TEPJF, 2010.
- Vázquez, B. “Panorama general de las candidaturas independientes”, *Contorno*. México: Centro de Prospectiva de Debate, 2009. Recuperado de http://contorno.org.mx/contorno/resources/media/pdf/BVG_Candidaturas_Independientes_Junio_09.pdf

Dualidad conceptual entre el homicidio y el asesinato*

Conceptual duality between homicide and murder

Rafael Lara Martínez**

RESUMEN

Por mucho tiempo se ha hecho un uso indistinto del concepto de homicidio y asesinato, puesto que ambos implican la privación de la vida; sin embargo, pertenecen a distintas gamas de delitos, ya que el homicidio se halla en los delitos de sangre y el asesinato se realiza en contra de la seguridad de las personas, pues incluso llega a ser una forma de terrorismo en algunos casos; asimismo, tienen un origen histórico y etimológico muy distinto: el homicidio existe desde que la humanidad conforma sus primeras figuras normativas y el asesinato surge en el siglo X. De ello se desprende la intención del autor por consolidar la precisión conceptual que los distingue a ambos.

PALABRAS CLAVE

Homicidio, asesinato, muerte, penal, terrorismo.

ABSTRACT

For a long time, there has been indistinct use of the concept of homicide with that of murder, since both involve the deprivation of life, but belong to different ranges of crimes, since that is in the crimes of blood and the second against the security of people, because it even becomes a form of terrorism in some cases; they also have a very different historical and etymological origin; Homicide exists since humanity forms its first normative figures and murder arises in the tenth century of the present era; This lack of differentiation has been accentuated by the various legal and doctrinal concepts, both old and recent fall into the error of using them synonymously. The conceptual precision to which we intend to arrive with the present investigation will be the analysis of the laws of those countries in America, Europe and Asia that define murder verbatim, comparing its classification with homicide and terrorism in order to demonstrate the lack in tune with its origin, we can say that all countries regulate homicide and terrorism, but their figures will be analyzed only from those countries that regulate murder. It must be said that its importance lies in the fact that the differentiation of the figures allows an analysis of their relevance, since assassination can lead to a magnicide, which deserves a social and legal treatment very different from that of a homicide that, even if qualified, does not it permeates beyond affecting only the legally protected good of life, despite the national or regional destabilization that could be generated.

KEYWORDS

Homicide, Assassination, Death, Criminal, Terrorism.

*Artículo de investigación postulado el 11 de mayo de 2021 y aceptado el 28 de abril de 2022

**Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México.
(rafael.lara@correo.buap.mx) orcid.org/0000-0002-9499-9286

RAFAEL LARA MARTÍNEZ

SUMARIO

1. Introducción
2. Homicidio
3. Asesinato
4. Tipo Penal de Asesinato en el Derecho Comparado
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN.

Comúnmente se usa de manera indiscriminada los términos de homicidio y asesinato, tal cual como si de lo mismo se tratase, efectivamente su medio es la privación de la vida, pero histórica y teleológicamente difieren drásticamente, lo que obliga a discernir entre uno y otro. De aquí que primeramente abordaremos al homicidio para explayar su concepto y posteriormente al asesinato para compararle en el desarrollo del mismo.

La privación de la vida como delito se presenta de varias formas: homicidio, feminicidio, aborto, inducción y auxilio al suicidio. Toma tal relevancia que hay vastos estudios al respecto, y legalmente hay figuras creadas por ese delito como la legítima defensa o la justa furia, su *“importancia cultural del homicidio se encuentra en la capacidad de este crimen para atraer audiencias vastas, incoherentes y pasivas”*¹, pues trasciende su impacto a generaciones enteras, y desde los inicios de la humanidad ha estado presente a tal forma que en la actualidad *“la gran mayoría de los homicidios hacen parte de una violencia cotidiana entre ciudadanos”*², y tomando una normalidad el saber por los medios cuando acae este delito, sin embargo, en algunas ocasiones el dar muerte a una persona no se limita a acabar con una vida, sino a su vez busca crear el asombro y temor, así como una desestabilización en un sector social, resultado que se produce cuando se llega a una muerte sobre un individuo del cual se es de difícil alcance, como resulta de un líder social, religioso o del sector empresarial, incluso hasta del sector criminal. Es aquí donde surge una diferenciación por el resultado a

¹ Piccato, Pablo, *El significado político del homicidio en México en el siglo XX*, Revista Cuicuilco, Universidad de Colombia, México, Vol. 15, No.43, mayo-agosto 2008, [Consulta: 01 de junio de 2018] Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592008000200003. ISSN: 0185-1659.

² Rodríguez, Gazquez María de los Ángeles, *Violencia homicida: factores de riesgo*, Revista Medicina U.P.B., Universidad Pontificia Bolivariana de Medicina, Colombia, Vol. 27, No.2, julio-diciembre 2008, [Consulta: 31 de mayo de 2018] Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/Medicina/article/view/236>. ISSN: 0120-4874.

alcanzar y separa el asesinato y el homicidio en una gama de delitos totalmente diferentes.

2. HOMICIDIO.

Desde los tiempos de la edad de piedra, cuando el humano o el proto-humano cobra consciencia de su existencia, reconoce lo que implica la pérdida definitiva de otro humano, algunos animales con habilidades cognitivas un tanto desarrollados entienden el concepto de muerte, manifestándolo con ira o miedo, la primera emoción se puede dar ante la muerte de una cría y la segunda por un “familiar” de algún miembro de la especie. En el código Hammurabi se establecen los delitos de sangre, haciendo una distinción entre castas, y catalogando las sanciones respectivas, que iban desde una multa con minas de plata hasta con la muerte. Es de notarse que implementan la figura de responsabilidad médica y la de responsabilidad técnica para los arquitectos. Asimismo, hacen mención de que “*si un buey furioso corneó en su carrera a un hombre, y ese murió, esta causa no trae reclamación*”³, esto actualmente se le denomina un mero accidente que no es capaz de atribuírsele responsabilidad a persona alguna, aunque cabe hacer mención que actualmente se le sancionaría en dado caso al dueño del animal, en el supuesto de que no sea silvestre.

Ya en la edad media cabe hacer notar que en este periodo de la humanidad se implementa la forma de venganza divina/pública, incrementándose la fiereza de algunas figuras jurídicas, “*con el Derecho Germánico, prevaleció la tendencia de castigar al homicida con penas privadas; al surgir el Derecho Romano Germánico, se hacen distinciones entre dolo y culpa, se le califica y se castiga con penas pecuniarias y pena de muerte*”⁴. Otros países también hacen presencia legislativamente para el homicidio “*aparecen modalidades como el homicidio voluntario al igual en el Fuero Real, en el Código Francés de 1810 se castiga con la pena de muerte al homicidio calificado en el Código Belga de 1867 también se encuentra tipificado*”⁵.

Gramaticalmente es privar de la vida a un humano, del Latín *Homo*, que significa hombre (humano) y *caere*, de caído, es provocar el cese de sus funciones vitales; en la praxis la función cardiaca es la que marca la pauta para determinar si una persona ha muerto, ya que cualquier otro órgano puede dejar de funcionar,

39

³ Lara Peinado, Federico, Código de Hammurabi, Tecnos, España, 2008, pp. 352. ISBN: 8430913521, 9788430913527.

⁴ Lopez Betancourt, Eduardo, Delitos en Particular Tomo I, Porrúa, México, 1994, pp. 70. ISBN: 9700765245

⁵ Ibid.

pero mientras el corazón siga su actividad el homicidio no se producirá, aunque propiamente es el cese del sistema circulatorio de una persona lo que conlleva a la muerte; con este concepto se evade cualquier tecnicismo o reconsideración y discusión sobre la función pulmonar que puede funcionar artificialmente, al igual que con la función cardiaca, la cual depende directamente del corazón, pues podría inculparse a *“quien de un disparo hace estallar el corazón de su víctima, le causa la muerte. Sin embargo, también se la causaría el doctor que extrae el corazón sano de una persona para implantarlo en otra...extraer un corazón que late a un ser vivo es conducirlo a la muerte biológica real, aunque con ello se salve la vida de otro”*⁶.

Prácticamente todos los Códigos del mundo regulan al homicidio de la misma manera, como *“quien priva de la vida a otro”*, algunos agregaban al final la frase *“sin derecho”* pero esta denominación era pleonástica pues el homicidio debe ser sin derecho obviamente, ya que al caso contrario operario una causa de justificación en el caso de que fuera *“con”* derecho. Los diversos autores gravitan sus conceptualizaciones en sentido genérico y cual el mero hecho lo definen como la muerte de un hombre cometida por otro hombre, en sentido más restringido, y como delito, se define como *“la muerte de un hombre cometida injustamente por otro hombre”*⁷, o *“la privación de la vida de un hombre por otro”*⁸, así como *“la muerte de un hombre ocasionado por el ilícito comportamiento de otro hombre”*⁹; también se le refiere como *“la destrucción de la vida humana”*¹⁰, algunos utilizan los conceptos de la teoría del delito refiriéndole como la *“privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza, o condiciones sociales”*¹¹.

El homicidio como tal puede tener formas especiales en su tipología, como resulta el parricidio, feminicidio o infanticidio; básicamente se produce de la fusión de tipos penales con una característica que se torna inalienable, pero que en esencia prevalece la mera intención de privar de la vida, sea al padre, a la mujer o al recién nacido, sin mayor alcance colectivo; si bien algunos legislativamente no se encuentran incardinados textualmente, sus formas evolucionadas si se hallan reguladas.

⁶ Politoff Lifschitz, Sergio, Mayus Acuña, Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Jurídica de las Américas, Chile, 2009. ISBN: 6077877034.

⁷ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. TOMO 3, 2ª ed. Colombia: Temis, 1967. p. 39. ISBN: 9583505218.

⁸ Palacios, Vargas Ramón. Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal. 3ª ed. México: Trillas, 1998. p. 14. ISBN: 9682419727

⁹ Carmignani, Giovanni. Elementos del Derecho Criminal. Colombia: Temis, 1979. 559 p. ISBN: 97884822720791.

¹⁰ Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Volumen IV. 3ª ed. Colombia: Temis, 1989. 274 p. ISBN: 9583502804.

¹¹ González, De La Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10ª ed. México: Porrúa, 1970, 29p. ISBN: 9789700765136.

3. ASESINATO.

Aparentemente se diferencia del homicidio porque el asesinato es una figura que aparece con mayor presencia en el sistema sajón, pero la divergencia está en su antecedente que se encuentra en la congregación siria musulmana conocida como Nizari, los cuales fueron contemporáneos de los Caballeros Templarios y coexistieron como *“la secta ismaelita de los Assacís, la más legendaria..., y que en su origen era más bien la secta de los Hashshashin”*¹², y quienes se caracterizaban por dar muerte a personajes importantes de la época que supuestamente eran inatacables, *“como sociedad secreta se dedicaba a aterrorizar a los dirigentes musulmanes que ellos veían como impíos y usurpadores mediante el asesinato de miembros de la elite Abbasid por razones políticas y religiosas”*¹³, supuestamente al ejecutar el acto, los miembros de esta secta se decía consumían hachís, quizás para suprimir los escrúpulos y los excesos de emociones, bien pudo ser como recompensa por sus actos, o como una forma de catalizador emocional, ya que *“se ha descrito que el uso crónico de marihuana incrementa la probabilidad de optar por los comportamientos asociados a mayor riesgo”*¹⁴; sea cual fuere la razón de dicho consumo, ello fue lo que conllevó a que *“comenzarán a ser conocidos en Europa bajo el término despectivo de <<tomadores de cáñamo>> –hashshashín, vocablo derivado de hierba, hashish– con el que habían sido apodados por la población –predominantemente sunní– de esas regiones”*¹⁵, lo que castellanizado sería “Asesinos” y por antonomasia, a la muerte selectiva y certera producida por estos sectarios se le llamó asesinato; por ello el asesinato no es antecedente del homicidio, sino del terrorismo, por el impacto que buscaba dar produciendo una muerte sobre alguien a quien se le viera como inalcanzable. Su espectro de consideración hacia sus víctimas se basaba en determinar si estos *“interferían en la política mediante el asesinato selectivo de aquellos que en opinión de su líder (Hassán Al Shabah, el Viejo*

¹² Raynaud, De la Ferrière. Los Propósitos Psicológicos Tomo XXXI Los Templarios. Venezuela: GFU, 2011. 9 p. ISBN: 0802822576 / 0-8028-2257-6

¹³ Lewis, Bernard. The Assassins: a Radical Sect in Islam. Reino Unido: Crucible. 1987. 57 p. ISBN: 9780465004980

¹⁴ Fiestas, Fabian y Torres Gladys, Efectos de la marihuana en la cognición: una revisión desde la perspectiva neurológica, Revista peruana de medicina experimental y salud pública, Vol. 29, No. 1, marzo 2012. ISSN: 1726-4634. [Consulta: 02 de enero de 2019]. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342012000100019

¹⁵ Cisneros, Fernando, Dante y el Islam. Enfoques a partir del texto de la *commedia*, Medio Oriente: perspectivas sobre su cultura e historia, El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y Africa, México, 2007, pp.58-59. ISBN: 968-12-1303-3.

de la Montaña) no se conducían conforme a la sharia”¹⁶, es decir, la ley divina concedida por un profeta.

De sus ataques más famosos lo fueron al visir Nizam Al-Mulk en 1092, al Califa Al-Mustansir, y se refiere que intentaron asesinar al Saladino el Rey de los Sarracenos; del lado de los cristianos, es decir, “*su primera víctima no musulmana fue el rey de Jerusalén, Conrado de Monferrat, al que asesinaron en el año 1192*”¹⁷. Véase la temeridad y osadía con la que daban su arrojo contra sus objetivos, y que por obvio causaban los estragos que les hicieron notables en la época.

Sin embargo, los diversos autores desconsideran todo lo anterior, lo que se hace evidente en sus postulados, pues todos le discurren como una forma calificada del homicidio, por ejemplo cuando le describen como “*el más grave ataque que puede cometerse contra la vida humana independientemente, constituido por un tipo básico, el homicidio, al que se le añade un plus agravatorio integrado por alguna de las circunstancias específicamente recogidas*”¹⁸, otros autores recurren al elemento trillado en la psiquiatría, cuando citan que “*el asesino serial es aquel que comete más de un homicidio, con lapsos de tiempo (sic), entre cada delito. Se discute qué cantidad de víctimas requiere para recibir el calificativo de serio o cadena*”¹⁹, otros le agregan un elemento de psicopatía para distinguirlo supuestamente, pues llegan a citar que “*es considerado hermano de la locura, de la perturbación mental. Aunque muchos mitos están presentes el homicidio, no se conforma como un rasgo estructural básico de los mismos. Hay asesinatos por venganza, envidia, celos, amor o por orden de un oráculo, terminado muchos de ellos en el suicidio del criminal*”²⁰; la conceptualización que más se aproxima a su referencia etimológica dicta que “*en el asesinato existe una mayor intensidad en el propósito criminal que en el homicidio, por los medios perjudiciales utilizados de un modo especial o por la inconfundible malicia y peligrosidad que se revela*”²¹, esta referencia es con inclinación

¹⁶ Aznar Fernandez-Montesinos, Federico, Aproximación al radicalismo islámico, *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 16, febrero 2007. ISSN: 1568-6730.

¹⁷ Ainz, Galende Alexandra, *El desafío de los terrorismos fundamentalistas islámicos: una aproximación necesaria*, Boletín de Información, Universidad de Almería, No 322, España, 2011, pp. 68-88. ISSN 0213-6864.

¹⁸ Gadea, Amadeo Sergio. Comentario al artículo 139 del Código Penal, Tomo II, Vol. 1, 23 noviembre.

¹⁹ Wiarco, Orellana Octavio Alberto. *Criminología Moderna y Contemporánea*. Porrúa: México, 2012, p. 304 ISBN: 9786070909634.

²⁰ Saco, López Julio. *Investigaciones Etnológicas “Concepto y Tipología del Asesinato”*, Museo Arqueológico; Universidad de los Andes, Mérida, Boletín Antropológico num 47, septiembre-diciembre 1999. ISSN: 13252610.

²¹ Guerrero, G. Franco Guillermo y Alba R. José Luis, *Asesinos en serie: lo que sabemos y lo que intuimos*, Revista Internacional Da Associação Brasileira De Criminologia, Brasil, Vol.1 No.1, 2017, pp. 33-86. ISSN: 2594-4223

emocional por parte del activo del delito, cuando su enfoque debe ser dirigido al terror infundido en la sociedad.

Se decía que la diferenciación con el asesinato es que busca causar terror y asombro mediante la muerte selectiva, acorde a lo anterior, puede decirse que tiene formas especiales como resulta de un magnicidio, entendido éste como la privación de la vida de un jefe de estado, si bien la connotación no abarca el resultado político, es por extensión obvia que causa una desestabilización en la región donde regía el soberano caído; pero nos hace incluir también en esta gamma a empresarios que su muerte implique una desestabilización económica, así como a líderes sociales y religiosos. Bajo esta perspectiva inclúyase como ejemplos de asesinato las tentativas a Pascual Ortiz Rubio y Fidel Castro, y el consumado a John F. Kennedy como jefes de estado, al empresario canadiense Barry Sherman, el de los líderes sociales Martin Luther King, Malcolm X y el colombiano Iver Larraonda en Putumayo, el líder religioso islámico en Karachi Moulana Muhammad Salim, dirigente del partido de la secta islámica Suni Tehrik, la ejecución del máximo guía religioso del al-Qaeda, Ibrahim Sulayman Muhammand al-Rubaish, así como el atentado contra el Papa Juan Pablo II, este último bajo la convergencia de ser jefe de estado y no solo líder espiritual.

4. TIPO PENAL DE ASESINATO EN EL DERECHO COMPARADO.

Además de las que existen en su origen histórico ya relatado, en términos de tipología penal, algunas legislaciones lo escinden como figura autónoma, pero sin desasociarle de una forma del homicidio, y no como parte de la familia de los delitos contra la seguridad de las personas; siendo así se aborda el análisis de los países que consideran textualmente al asesinato con el comparativo de la regulación con la que cuentan del homicidio y terrorismo. Debe acotarse en este punto que el método comparativo que a continuación se utilizará, se considera el más idóneo en razón de su utilidad al valorar las raíces del lenguaje, sino a su vez porque permite no solo “*distinguir similitudes y diferencias, sino también identificar la compatibilidad entre los sujetos comparados*”²², y ello revelará si las codificaciones estudiadas guardan sintonía con el origen etimológico de la figura de asesinato.

43

²² Mancera, Cota Adrián, Consideraciones durante el proceso comparativo, Boletín comparado de derecho mexicano, Vol. 41, No. 121, enero-abril 2008. ISSN: 2448-4873. [Consulta 29 de diciembre de 2018]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000100007

América.

En Estados Unidos rescata la esencia del asesinato en las consideraciones dentro de su Código Penal Federal²³, ya que ubica como víctimas a servidores públicos de primer nivel, aunque sin plasmar que la finalidad sea la desestabilización social, siendo así véase en el artículo 351, se establece la figura cuando se perpetra el asesinato privando de la vida concretamente a un miembro de la Suprema Corte, del Congreso de su Unión o del gabinete de gobierno, haciendo extensiva la calidad específica del pasivo a quienes sean electos para estos cargos sin que hayan entrado en funciones aún. Se distingue del asesinato en el caso del homicidio porque en su artículo 1111 prevé la privación de la vida, agravando la sanción con las calificativas que se conocen como premeditación, alevosía, ventaja, traición, secuestro, espionaje, sabotaje, agresión sexual, robo o tortura; presentándose cualquiera de estas figuras se le considerará como homicidio en primer grado, y por proceso de exclusión, aquel homicidio que se perpetre sin aquellas se le considerará en segundo grado. Después en su artículo 1751 prevé cuando se asesine al Presidente de los Estados Unidos, al Vicepresidente, ya en funciones o electo, sancionando para tal efecto con prisión vitalicia. Le destaca su trascendencia porque en secciones posteriores se otorga autorización al Fiscal General para que ofrezca una recompensa por colaboración de cien mil dólares y delega jurisdicción al Buró Federal de Investigación (FBI por sus siglas en inglés), quien podrá requerir a cualquier autoridad estatal o de las fuerzas armadas. No es necesario abordar cada una de las legislaciones de los estados de la Unión Estadounidense ya que “*la competencia legislativa de las entidades federativas es la regla general; la competencia de las autoridades federales es la excepción*”²⁴, y al estar en su Código Federal la tipificación del asesinato, por ende, se sobreentiende que está excluida de las codificaciones locales.

En México solo en la entidad federativa de Oaxaca se cita referencialmente la figura del asesinato en su artículo 147, pero sin describirle o sancionarle, solo se menciona como una agravante para el delito de rebelión; en el artículo 139 del Código Penal Federal²⁵, respecto al terrorismo incluye como medio comisivo el privar de la vida con la intención de causar terror en la población, sin embargo, no le alude como asesinato. En el resto de Latinoamérica hay países que

²³ UNITED STATES GOVERNMENT. Laws, [Consulta: 14 de marzo 2018] Disponible en: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1&edition=prelim>

²⁴ Camille, Jauffret-Spinosi David Rene, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Sánchez Cordero (Traductor). Instituto de Investigaciones Jurídicas, 11 ed., 2010, México, p. 292. ISBN: 978-607-2-00251-7

²⁵

le denominan asesinato a la figura del homicidio calificado (alevosía, premeditación o brutal ferocidad) como resulta en Honduras²⁶ en su artículo 117; o en forma similar lo hace Perú²⁷ en su artículo 108 (ferocidad, placer, como medio, crueldad o alevosía); en el caso de República Dominicana²⁸, en su artículo 296 le refiere como tal al homicidio cometido con premeditación o acechanza; y en Cuba²⁹ se le regula en su artículo 120 inciso a como medio comisivo para el delito de apartheid, y de manera típica en los diversos 263 y 264, pero lo manifiesta como un homicidio calificado únicamente. En esta codificación considera como terrorismo la privación de la vida cuando se produce con el propósito de alterar la seguridad del estado, sin que le puntualice textualmente como asesinato.

Europa.

Referente a este continente, en Alemania³⁰ dentro de su código criminal o Strafgesetzbuch le prevé en la sección décimo sexta, ofensas contra la vida, en su artículo 211 condenando a cadena perpetua a quien, por lujuria, avaricia, crueldad, motivos depravados o insidiosos, prive de la vida a otro; pero debe mencionarse que este cuadro normativo distingue dentro del terrorismo al asesinato del homicidio ya que les cita de forma independiente en su artículo 129, pues considera como terrorista a toda persona que busque causar temor en la población, entre otros medios comisivos, a través del asesinato.. En España³¹ en el artículo 139 y 140 plantea “*que podrían calificarse como asesinato <<básico>> (apartado 1º del art. 139 PR), asesinato <<agravado>> o <<cualificado>> (apartado 2º del art. 139 PR) y asesinato <<hiperagravado>> o <<hipercualificado>> (art. 140 PR) en función de la pena respectivamente aplicable*”³²; en su artículo

²⁶ PODER JUDICIAL. Códigos. [Consulta: 04 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CE-DIJ/Leyes/Paginas/Codigos.aspx>.

²⁷ CONGRESO. Leyes. Ley 28289, [Consulta: 22 de enero de 2018] Disponible en: http://www.congreso.gob.pe/congresista/2001/edela puente/leyes/ley_28289.htm.

²⁸ OAS. Organización de Estados Americanos. Jurídico, [Consulta: 11 de marzo de 2018] Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_repdom_sc_anexo_21_sp.pdf

²⁹ PARLAMENTO CUBANO. Código Penal, [Consulta: 18 de enero 2018] Disponible en: <http://www.parlamentocubano.cu/index.php/documento/codigo-penal/>.

³⁰ GESETZE-IM. Stgb, [Consulta: 19 de enero de 2018] Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>

³¹ GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de a Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Documento BOE-A-1985-12666, [Consulta: 12 de mayo de 2018] Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-12666

³² Pantaleón D. Marta y Sobejano N. Diego, *El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el código penal español*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, España, No 29, 2014, pp. 213-237, [Consulta: 01 de junio de 2018] Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5609/6023>. ISSN: 1575-720-X.

573 referente al terrorismo, considera entre otros, el privar de la vida si busca alterar el orden constitucional o la paz pública, pero sin citarle como asesinato. En el Reino de los Países Bajos su Código Penal o Wetboek van strafrecht³³ (al igual que en su antigua colonia Surinam³⁴) no es posible hacer distinciones porque sinónimamente “moord” es homicidio y asesinato en neerlandés. Francia en su Código Penal³⁵ en el artículo 221-3 regula al asesinato cuando se manifiesta el homicidio con premeditación, agravando la pena con treinta años más si la víctima es menor de quince años y se acompaña de violación, tortura o actos de barbarie; de igual forma en el artículo 421-1 considera como acto de terrorismo el privar de la vida cuando que tenga por objeto alterar gravemente el orden público.

Medio Oriente.

En el continente asiático solo destacaremos los países sobre donde hubo influencia de la secta chiita de los hassassins, siendo así su lugar de origen resulta ser Siria, véase en su Código Penal³⁶ no distingue la palabra homicidio a la de asesinato (en árabe رتك), sin embargo, en su artículo 196 del Código Penal tipifica acertadamente la privación de la vida dentro de la gama de los delitos políticos, estableciendo en su artículo 326 como sanción complementaria los trabajos forzados a quien se le sentencie por este delito, y se le escinde del homicidio porque en su forma fundamental, complementada y especial se halla regulado en el artículo 535 al 546.

Los Nizarí tuvieron presencia en Egipto, resultado de que hayan reconocido como líder al egipcio Nizar de quien toman su nombre, por ser hijo del Califa fatimí Al-Mustansir, el anterior contexto es lo que conlleva al análisis de su Código Penal³⁷, en este sentido hace referencia al asesinato con una pena complementaria de trabajos forzados en su artículo 28, después en su artículo 102 B señala con pena de muerte cuando se utilicen explosivos para cometer “asesinato político”, es decir, magnicidio o aquel que busque la inestabilidad pública,

³³ WETBOEK ON-LINE. Wetboek van strafrecht, [Consulta: 12 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht.html>

³⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Natlex. Suriname>Criminal and penal law. [Consulta: 16 de febrero 2018] Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=102212&p_classification=01.04.

³⁵ LEGIFRANCE.GOUV.FR. Droit français, [Consulta: 06 de febrero de 2018]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1752>

³⁶ WIPO LEX. Siria. Código penal (aprobado por el Decreto Legislativo N° 148/1949), [Consulta: 27 de junio de 2018] Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=10918>

³⁷ TRANSPARENCY.ORG. Legal Study Freedom, [Consulta: 27 de junio de 2018] Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/activity/2011_AFTE_LegalStudyFreedomThought_AR.pdf

bajo esta tesitura se aprecia la bifurcación en la conceptualización del asesinato a la del homicidio; y considera su tentativa sancionándole con prisión vitalicia. La legislación penal egipcia considera a partir de su artículo 230 al homicidio, al tipificarle de forma comisiva la muerte sin mayor resultado que privar de la vida, y le distingue claramente en su artículo 234 porque señala la referencia de cuando la privación de la vida se produce como acto terrorista,

Los hassassins además de instalarse en lo que es la actual Siria, también “se establecieron, a finales del siglo XI, en la montaña de Alamut y en otros lugares de Irán”³⁸, de aquí que se considere este último país citado para el estudio de su vigente Código Penal Iraní³⁹, siendo así refiérase que se trata de nación altamente religiosa, y por ello señala en su artículo 515 que quien atente contra la vida del Líder Supremo, del Ayatola; o de los Jefes de Estado, considerados los representantes de las funciones del poder ejecutivo, legislativo o judicial, se le impondrá pena de muerte si es un “*mohareb*”, es decir, un enemigo de Dios. En su artículo 516 hace extensiva la sanción del cardinal que le antecede para los atentados que puedan sufrir un Jefe de Estado extranjero o su representante diplomático, pero mientras que en el país del que proceda le den el mismo tratamiento legal.

En Turquía los Nizarí encontraron como enemigos acérrimos a la dinastía selyúcida que dominaba la región, al análisis de su Código Penal⁴⁰ debe acotarse que el idioma turco no se hacen diferencias entre asesinato y homicidio (cinayet), esta palabra como tal no se plasma en su código, haciendo referencia al delito en estudio al describir el hecho cuando se da muerte (ölüm), por lo que solo se puede referenciar en su artículo 83 y 87 la figura de privación de la vida, sin que se haga mención de una finalidad de impacto político, imponiendo una sanción máxima de doce años de prisión, trascendiendo a cadena perpetua si produce la muerte mediante tortura.

Por último, en Mongolia se aborda la temática de los Nizarí en razón de “*que en 1256 la destrucción de Alamut por parte de Hulagu Jan (hijo de Genghis Khan) termina con las acciones de este grupo*”⁴¹, y los esfuerzos bélicos impli-

³⁸ Ramón, Guerrero Rafael, *Hombre y muerte en el islam o de cómo la muerte de Sócrates fue objeto de consideración en la civilización árabe-musulmana*, Revista Hesperia. Culturas del Mediterráneo, España, Vol. III, No 2, 2007, pp. 219-228. ISSN 1698-8795

³⁹ Iran Human Rights documents center. Iranian Codes. Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran. Book Five, [Consulta: 03 de junio de 2018] Disponible en: <http://iranhrdc.org/english/human-rights-documents/iranian-codes/1000000351-islamic-penal-code-of-the-islamic-republic-of-iran-book-five.html#3>

⁴⁰ WIPO LEX. Turquía. sayı Türk Ceza Kanunu, [Consulta: 20 de enero de 2018] Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=245114

⁴¹ González, Hernández Manuel, ¿Qué es el chiismo? Génesis, evolución, doctrina y situación de la otra rama del islam, Instituto de Estudios Estratégicos, Gobierno de España, Ministerio de Defensa, [Consulta: 07 de mayo de 2015],

caron una regulación legal al respecto. En este sentido véase que en su Código Penal⁴² en el artículo 81.2 tipifica el asesinato textualmente cuando la víctima resulta ser una figura estatal o pública, en referencia a los funcionarios de alta gama, y le considera como acto de terrorismo si se produce con miras a desestabilizar la paz pública o alterar las decisiones gubernamentales en las actividades públicas o políticas; a esta figura le sanciona con una pena de quince a veinticinco años de prisión, y en su artículo 91.1 al 91.2, establece la figura tradicional del homicidio con las agravantes comunes y una forma del aborto.

5. CONCLUSIONES.

El Asesinato es una figura que surge en el siglo X después de Cristo, en la región de la actual Siria y sus inmediaciones durante la época de la Primera Cruzada, a raíz de una secta Nizarí conocida como los asesinos, quienes elegían a sus víctimas para darles muerte en razón de su trascendencia pública y por ser indignos; esta secta prevaleció cerca de doscientos años en la región de Medio Oriente hasta que fueron exterminados por los mongoles.

En América y Europa, solo Estados Unidos tipifica el asesinato en concordancia al contenido histórico de la figura, los demás ordenamientos criminales que contemplan el tipo de asesinato no le distinguen del homicidio calificado, ni siquiera se hace diferenciación alguna a nivel doctrinal, es decir, todos los autores que le conceptualizan lo hacen acorde a las características del tipo penal complementado del homicidio.; si bien hay autores que lo citan textualmente, no lo describen con las premisas de causar terror o inestabilidad social, su edicto es meramente para referenciar la muerte de alguien con alguna calificativa, por ello, al no incluirse las premisas citadas, cualquier persona puede ser víctima del asesinato según sus codificaciones. Los países islámicos que tuvieron la presencia de las hassassins regulan con tinte trascendental los magnicidios, pero no reglamentan a claridad las premisas que debieran distinguir al asesinato del homicidio. La aportación del presente radica en definir al asesinato como la privación de la vida de una persona que es seleccionada por su presencia política o social, y que sea con la finalidad de causar terror en la sociedad.

La debida atención del contenido etimológico en la tipología permite dar relevancia a la figura del asesinato sobre el homicidio, es proporcional a su

Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2015/DIEEEM12-2015_Chiismo_MGlezHdez.pdf
⁴² MIGLIORISIBOGDOS. COM. Código Penal de Mongolia, [Consulta: 26 de junio de 2018] Disponible en: www.migliorisiabogados.com/wp.../CÓDIGO-PENAL-DE-MONGOLIA-español.docx

construcción legal, de aquí que se haga evidente precisamente que el uso indiscriminado de ambos conceptos no permite centrar ni crear figuras como la del maginicidio.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- Ainz, Galende Alexandra, *El desafío de los terrorismos fundamentalistas islámicos: una aproximación necesaria*, Boletín de Información, Universidad de Almería, No 322, España, 2011, pp. 68-88. ISSN 0213-6864.
- Aznar Fernandez-Montesinos, Federico, Aproximación al radicalismo islámico, *Nómaditas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 16, febrero 2007. ISSN: 1578-6730.
- Camille, Jauffret-Spinosi David Rene, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Sánchez Cordero (Traductor). Instituto de Investigaciones Jurídicas, 11 ed., 2010, México. ISBN: 978-607-2-00251-7.
- Carmignani, Giovanni. Elementos del Derecho Criminal. Colombia: Temis, 1979. ISBN: 97884822720791.
- Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. TOMO 3, 2ª ed. Colombia: Temis, 1967. ISBN: 9583505218.
- Cisneros, Fernando, Dante y el Islam. Enfoques a partir del texto de la *commedia*, Medio Oriente: perspectivas sobre su cultura e historia, El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y Africa, México, 2007, pp.58-59. ISBN: 968-12-1303-3.
- CONGRESO. Leyes. Ley 28289, [Consulta: 22 de enero de 2018] Disponible en: http://www.congreso.gob.pe/congresista/2001/edelapuerta/leyes/ley_28289.htm.
- Gadea, Amadeo Sergio. Comentario al artículo 139 del Código Penal, Tomo II, Vol. 1, 23 noviembre.
- Fiestas, Fabian y Torres Gladys, Efectos de la marihuana en la cognición: una revisión desde la perspectiva neurobiológica, *Revista peruana de medicina experimental y salud pública*, Vol. 29, No. 1, marzo 2012. ISSN: 1726-4634. [Consulta: 02 de enero de 2019]. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342012000100019
- GESETZE-IM. Stgb, [Consulta: 19 de enero de 2018] Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de a Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Documento BOE-A-1985-12666, [Consulta: 12 de mayo de 2018] Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-12666
- González, De La Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10ª ed. México: Porrúa, 1970. ISBN: 9789700765136.
- González, Hernández Manuel, ¿Qué es el chiismo? Génesis, evolución, doctrina y situación de la otra rama del islam, Instituto de Estudios Estratégicos, Gobierno de España, Ministerio de Defensa, [Consulta: 07 de mayo de 2015], Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2015/DIEEEM12-2015_Chiismo_MGlezHdez.pdf

- Guerrero, G. Franco Guillermo y Alba R. José Luís, *Asesinos en serie: lo que sabemos y lo que intuimos*, Revista Internacional Da Associação Brasileira De Criminologia, Brasil, Vol.1 No.1, 2017, pp. 33-86. ISSN: 2594-4223.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Natlex. Suriname > Criminal and penal law. [Consulta: 16 de febrero 2018] Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=102212&p_classification=01.04.
- Iran Human Rights documents center. Iranian Codes. Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran. Book Five, [Consulta: 03 de junio de 2018] Disponible en: <http://iranhrdc.org/english/human-rights-documents/iranian-codes/1000000351-islamic-penal-code-of-the-islamic-republic-of-iran-book-five.html#3>
- Lara Peinado, Federico, Código de Hammurabi, Tecnos, España, 2008. ISBN: 8430913521, 9788430913527.
- LEGIFRANCE.GOUV.FR. Droit français, [Consulta: 06 de febrero de 2018]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1752>
- Lewis, Bernard. The Assassins: a Radical Sect in Islam. Reino Unido: Crucible. 1987. ISBN: 9780465004980
- Lopez Betancourt, Eduardo, Delitos en Particular Tomo I, Porrúa, México, 1994. ISBN: 9700765245
- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Volumen IV. 3ª ed. Colombia: Temis, 1989. ISBN: 9583502804.
- Mancera, Cota Adrián, Consideraciones durante el proceso comparativo, Boletín comparado de derecho mexicano, Vol. 41, No. 121, enero-abril 2008. ISSN: 2448-4873. [Consulta 29 de diciembre de 2018]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000100007
- MIGLIORISIABOGDOS. COM. Código Penal de Mongolia, [Consulta: 26 de junio de 2018] Disponible en: www.migliorisiabogados.com/wp.../CÓDIGO-PENAL-DE-MONGOLIA-español.docx
- OAS. Organización de Estados Americanos. Jurídico, [Consulta: 11 de marzo de 2018] Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_repdom_sc_anexo_21_sp.pdf
- Palacios, Vargas Ramón. Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal. 3ª ed. México: Trillas, 1998. ISBN: 9682419727
- Pantaleón D. Marta y Sobejano N. Diego, *El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el código penal español*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, España, No 29, 2014, pp. 213-237, [Consulta: 01 de junio de 2018] Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5609/6023>. ISSN: 1575-720-X.
- PARLAMENTO CUBANO. Código Penal, [Consulta: 18 de enero 2018] Disponible en: <http://www.parlamentocubano.cu/index.php/documento/codigo-penal/>.
- Piccato, Pablo, *El significado político del homicidio en México en el siglo XX*, Revista Cuicuilco, Universidad de Columbia, México, Vol. 15, No.43, mayo-agosto 2008, [Consulta: 01 de junio de 2018] Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592008000200003. ISSN: 0185-1659.

- PODER JUDICIAL. Códigos. [Consulta: 04 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Paginas/Codigos.aspx>.
- Politoff Lifschitz, Sergio, Mayus Acuña, Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia, *Leciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, Jurídica de las Américas, Chile, 2009. ISBN: 6077877034.
- Ramón, Guerrero Rafael, *Hombre y muerte en el islam o de cómo la muerte de Sócrates fue objeto de consideración en la civilización árabe-musulmana*, Revista Hesperia. Culturas del Mediterráneo, España, Vol. III, No 2, 2007, pp. 219-228. ISSN 1698-8795.
- Raynaud, De la Ferrière. Los Propósitos Psicológicos Tomo XXXI Los Templarios. Venezuela: GFU, 2011. ISBN: 0802822576 / 0-8028-2257-6.
- Rodriguez, Gazquez María de los Ángeles, *Violencia homicida: factores de riesgo*, Revista Medicina U.P.B., Universidad Pontificia Bolivariana de Medicina, Colombia, Vol. 27, No.2, julio-diciembre 2008, [Consulta: 31 de mayo de 2018] Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/Medicina/article/view/236>. ISSN: 0120-4874.
- Saco, López Julio. Investigaciones Etnológicas “Concepto y Tipología del Asesinato”, Museo Arqueológico; Universidad de los Andes, Mérida, Boletín Antropológico num 47, septiembre-diciembre 1999. ISSN: 13252610.
- TRANSPARENCY.ORG. Legal Study Freedom, [Consulta: 27 de junio de 2018] Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/activity/2011_AFTE_LegalStudyFreedomThought_AR.pdf
- UNITED STATES GOVERNMENT. Laws, [Consulta: 14 de marzo 2018] Disponible en: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1&edition=prelim>
- WETBOEK ON-LINE. Wetboek van strafrecht, [Consulta: 12 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht.html>
- Wiarco, Orellana Octavio Alberto. Criminología Moderna y Contemporánea. Porrúa: México, 2012. ISBN: 9786070909634.
- WIPO LEX. Siria. Código penal (aprobado por el Decreto Legislativo N° 148/1949), [Consulta: 27 de junio de 2018] Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=10918>
- WIPO LEX. Turquía. sayılı Türk Ceza Kanunu, [Consulta: 20 de enero de 2018] Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=245114

El discurso constitucional democrático del voto antidemocrático en el México independiente*

The democratic constitutional discourse of the anti-democratic vote in an independent Mexico

Javier Sepúlveda Reyes**

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar el sentido del discurso democrático constitucional en México a través del voto después de 200 años de su independencia. Para ello, el autor se sirve de tres teorías inscritas en distintos campos de conocimiento: la semiótica con la teoría de la mentira de Umberto Eco, la teoría del discurso desarrollada por Julieta Haidar y la teoría del reconocimiento jurídico en el pensamiento de Hans Welzel. El interés del autor es descubrir la contradicción que la Constitución ha mantenido a través de un doble discurso, planteando el voto como un derecho al que le imprime obligatoriedad, ya con la intención de construir una incipiente democracia, o bien de consolidar un autoritarismo disfrazado.

PALABRAS CLAVE

Constitución, democracia, ideología, voto, teoría del discurso, México, independencia nacional, autoritarismo.

ABSTRACT

The purpose of this document is the analysis of the right to vote under the Mexican constitutional democratic discourse after 200 years of Independence. This review is built through the perspective of three different theories the semiotic theory proposed by Umberto Eco, the discourse theory designed by Julieta Haidar and the theory of legal recognition represented by Hans Welzel. The intention of this work is to prove the constitutional contradiction that appears when the right to vote happens to turn out into a binding obligation, maybe pursuing the foundation of a real democracy or just trying to disguise a solid authoritarianism; beyond these findings, the following lines will try to upstand the consciousness of what the right to vote represents, although it should be an overcome issue for any democratic system.

KEYWORDS

Constitution, democracy, ideology, vote, discourse theory.

Artículo de reflexión postulado el 27 de octubre de 2021 y aceptado el 10 de enero de 2022

**Profesor de Tiempo Completo en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Puebla, México. (jsepulveda@tec.mx) orcid.org /0000-0001-5596-5350

SUMARIO

1. Semiosis discursiva constitucional.
2. Formaciones discursivas.
3. Reconocimiento jurídico del voto.
4. Formaciones imaginarias.
5. Análisis constitucional comparado.
6. Conclusiones.

Después de 200 años de independencia, el Estado mexicano se organiza en una Constitución que busca consolidar las aspiraciones de un sistema democrático, construyendo un discurso que por momentos se vuelve tan contradictorio como polémico, ya porque no logra despojarse del historicismo de una sociedad sistemáticamente sometida al autoritarismo, ya porque así lo han querido sus hacedores.

Al referirse a sus ciudadanos -capítulo IV- el texto constitucional señala en la primera fracción del artículo 35 que son derechos de la ciudadanía votar en las elecciones populares; en la fracción III del artículo 36 establece que son obligaciones del ciudadano de la República votar en las elecciones, las consultas populares y los procesos de revocación de mandato, en los términos que señale la ley.

Facultad y deber al unísono, binomio irreconciliable que más allá de evidenciar una inconsistencia técnico-jurídica, lleva a preguntarnos por su semiosis discursiva; esto es, por el mensaje que ha querido lanzar la Constitución cuando establece que el derecho a votar es al mismo tiempo una obligación ciudadana, haciendo a un lado la posibilidad de abstención, sinónimo de la facultad de votar o no votar como parte de ese derecho.

En este punto resulta fundamental recordar que constitucionalismo y democracia no son conceptos que se implican necesariamente, aclaración válida pues con frecuencia existe una construcción conceptual -incluso inconsciente- acerca de los sistemas constitucionales como sistemas democráticos, siendo que siempre han existido regímenes dictatoriales -como la actual dictadura venezolana- organizados en una Constitución.

El tratamiento del constitucionalismo a lo largo del tiempo por parte de la ciencia jurídica no ha sido menor ni escaso, si bien pocos autores han llegado a tener la claridad de André Hauriou al momento de proponer significados tan sencillos como certeros y perdurables; si para el jurista francés el objeto del derecho constitucional es el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, y su fin el lograr dentro de un marco Estado-Nación la coexistencia pacífica

entre autoridad y libertad¹, el constitucionalismo no es tan solo el resultado de la voluntad de la sociedad, sino más bien el reflejo de su forma de ser materializada en ese documento que se llama Constitución; en otras palabras, el constitucionalismo de cualquier Estado no es la simple acumulación de aspiraciones sociales o mandatos legales, sino antes que nada es la entraña misma de esa sociedad -sin que ello implique una aproximación orgánica al constitucionalismo-, por ello cuando sociedades como las latinoamericanas adoptan y adaptan documentos constitucionales ajenos, sistemáticamente fracasan, o al menos no alcanzan los propósitos de desarrollo y convivencia deseados, porque su punto de partida no tiene que ver con su experiencia vital, sino con la de otra sociedad.

1. SEMIOSIS DISCURSIVA CONSTITUCIONAL.

Partiendo de esa idea Hauriouana de constitucionalismo como la organización jurídica de la sociedad que es y no de la sociedad que quiere ser, el devenir constitucional mexicano nos habla del voto como uno de los elementos emblemáticos del desarrollo democrático que comenzó a construirse a partir del movimiento independentista al cual esa sociedad no estaba acostumbrada; esto es, México no conocía ni la independencia, ni la democracia, ni mucho menos el voto cuando quedó definido como vértice de su desarrollo.

Esta circunstancia podría llevarnos a comprender el por qué el constitucionalismo mexicano no ha logrado consolidar un sistema democrático como el norteamericano, de quien replicó el modelo, y entonces se hace indispensable aclarar el alcance de esa representación que no puede agotarse en la mera descripción o prescripción de un fenómeno, sino en su significado, y un significado no puede extraerse simplemente de lo que la ley -artículos 35 y 36 constitucionales- plantea, sino de lo que representa; si la búsqueda que hacemos es de una representación no podemos considerar a la ley como un texto -en sentido literal- sino como un texto -en sentido semiótico-; esto es, como un signo². Mientras un texto describe -y prescribe como en el caso del derecho-, un signo representa, por ello determinar si el voto es un derecho o un deber resulta irrelevante, lo que

¹ *On peut définir l'objet du Droit constitutionnel : l'encadrement juridique des phénomènes politiques.* Hauriou, 1968: 7... *On peut proposer la définition suivante : la signification du Droit constitutionnel, c'est-à-dire sons sens profond et, pour ainsi dire, sa mission, est d'organiser, dans le cadre de l'Etat-Nation, une coexistence pacifique du pouvoir et de la liberté.* Idem: 23.

² Para sostener que los objetos (en cuanto percibidos) pueden considerarse como signos, hay que sostener también que los propios conceptos de los objetos (como resultante de un esquema perceptivo) deben considerarse semióticamente. Lo que conduce sin la menor duda a la afirmación de que también las ideas son signos. Eco 2005, 250.

se vuelca con urgencia es comprenderlo en la emergencia contextual de estos últimos 200 años del México independiente que llamamos democrático.

Vale la pena detenernos por un momento -al igual que con el constitucionalismo- para aclarar el concepto de democracia en el que se instalan los párrafos siguientes, máxime al referirnos a esa contradicción discursiva constitucional del voto. Giovanni Sartori ha señalado que el punto de partida para abordar el significado de democracia es el de la democracia etimológica; esto es, el gobierno o el poder del pueblo³. Así las cosas, hablar del discurso constitucional democrático del voto antidemocrático equivaldría bajo la idea anterior -incluso en un reduccionismo metodológico- sencillamente a abordar el sentido de lo que significa votar para la sociedad mexicana pero que se desdibuja al no quedar definido, al menos en el texto constitucional, si se trata de una prerrogativa o de una obligación.

Por otra parte, al distinguir la democracia formal -como toda una serie de formas, procedimientos o reglas- de la democracia material -haciendo referencia a una serie de fines o de contenidos⁴-, se vuelve indispensable determinar el carácter tanto extensional como intencional del voto; en otras palabras, que entre el discurso que lanza la Constitución sobre el derecho y la obligación ciudadana de votar, se esconde un significado que si bien asegura el funcionamiento formal de la democracia, no puede asegurar la contraparte material.

Si a todo lo anterior sumamos que la idea de democracia como la voluntad del pueblo ya no es tema de mayorías sino de totalidades; esto es, si al día de hoy encontramos grados de democracias de manera que más democrática es una sociedad en la que las aspiraciones de todos sus miembros son realizables y no solamente las de la mayor cantidad posible, la oportunidad de un análisis crítico acerca del voto como elemento emblemático de la democracia en México después de dos siglos de independencia, encuentra sentido.

Si bien el tema de la semiología o semiótica nos remite irremediablemente a Ferdinand de Saussure y a Charles Peirce, los planteamientos de la teoría general del signo encuentran una síntesis de aquellos autores en las reflexiones de Umberto Eco, jamás en un sentido reduccionista, sino como un trabajo totalizador

³ El término democracia tiene no solamente una función denotativa o descriptiva, sino también una función persuasiva y normativa. El que con frecuencia sea difícil trazar una divisoria entre descripción y prescripción no desvirtúa la implicación analítica de la distinción. El que el día y la noche se conviertan gradualmente el uno en el otro no implica que su diferencia sea solo de grado o (aún peor) que la luz y la oscuridad sean inseparables. Sartori 1998, 27.

⁴ El problema que se plantea ahora es el de establecer hasta qué punto la democracia formal es o no un medio adecuado para aproximarse al modelo de democracia real. Atienza 2014, 159.

que integra ambas teorías en una propia, tan novedosa como amenazante para las mentes conservadoras, una teoría llamada: *teoría de la mentira*.

Signo es cualquier cosa que pueda considerarse como substituto significativo de cualquier otra cosa. Esa cualquier otra cosa no debe necesariamente existir ni debe subsistir de hecho en el momento en que el signo la represente. En ese sentido, la semiótica es, en principio, la disciplina que estudia todo lo que puede usarse para mentir. Si una cosa no puede usarse para mentir, en ese caso tampoco puede usarse para decir la verdad: en realidad, no puede usarse para decir nada. La definición de “teoría de la mentira” podría representar un programa satisfactorio para una semiótica general⁵.

Cuando el texto constitucional plantea al voto como un derecho así como también una obligación debemos preguntarnos cuál es la verdad que se transmite o que se disfraza, cuál es la mentira que se dice o la verdad que se oculta, porque de lo que estamos seguros es de no saber si en realidad se está facultando para votar, o si se está obligando a ello, porque no es raro ver que la pretendida reglamentación de algo tenga en realidad por objeto más que nada la prohibición de eso mismo o de algo más. Para que una Constitución pueda ser un instrumento que posibilite las relaciones humanas y no simplemente se proyecte como un mero catálogo de derechos y deberes, tiene que ser ante todo una representación; esto es, debe dejar de ser vista como un mero texto que comunique algo para convertirse en un texto que signifique algo.

Es así que todo discurso jurídico considerado como un código o como un signo no puede sobrevivir si no es gracias a un proceso de interpelación; esto es, solo en la medida en que las normas como signos sean decodificadas tendrán un significado; el riesgo es que no sean comprendidos pues entonces –por ejemplo– si el fenómeno del imperio de la ley fuese un acto de imposición solo en la medida de su reconocimiento jurídico dado a partir del significado que los destinatarios de las normas le atribuyen y aceptan sometiéndose a él, ello no significaría que el discurso jurídico está bien construido en tanto carece de la comprensión de la realidad que regula; si acaso existe interpelación es porque muchas veces a la sociedad no le queda más remedio que adoptar alguna posición ante el atributo de imperio que posee el Estado que lanza su poder a través de normas, entre otros mecanismos, de manera irreflexiva, arbitraria e impositiva⁶.

⁵ Eco 2005, 22.

⁶ El modo de ser de una cosa se nos revela hablando de ella. Lo que averiguamos con asombro cuando buscamos la verdad es que no podemos decir la verdad sin interpelación, sin respuesta y por tanto sin el elemento común del consenso obtenido. Pero lo más asombroso en la esencia del lenguaje y de la conversación es que yo mismo tampoco estoy ligado a lo que pienso cuando hablo con otro sobre algo, que ninguno de nosotros abarca toda la verdad

Siguiendo con la teoría de la mentira hemos dicho que siempre que se manifiesta una posibilidad de mentir estamos ante una función semiótica en tanto representa la posibilidad de significar y comunicar algo a lo que puede no corresponder un estado real de las cosas; si el discurso constitucional del voto tiene un significado gracias a la decodificación que de él hacen sus destinatarios, también es cierto que esa *aletheia* está influenciada por el constituyente que estructura y produce el mensaje jurídico con la intención –mentirosa– de que el gobernado le atribuya tal significado –asumido como verdadero–; tal es la explicación de lo que Eco llama *falacia referencial* y que consiste en suponer que el significado de un significante tiene que ver con el objeto correspondiente, lo cual nos lleva a distinguir entre *condiciones de significación* y *condiciones de verdad*, entre una semántica *intencional* que en el caso del voto lo plantea como un derecho ciudadano, y otra *extensional* relativa –ahora sí– al valor de verdad del contenido como una obligación.

Cuando nos enfrentamos a los contenidos de los artículos 35 y 36 constitucionales parecería ser que la única manera de alcanzar su cumplimiento es asumiendo que los ciudadanos mexicanos tienen la obligación de cumplir con su derecho, lo cual rompería –razón de verdad– con el significado de un derecho como la facultad de hacer o no hacer, para convertirlo en un deber: el deber de votar para asegurar el ejercicio de un derecho que en realidad deja de serlo en el mismo momento en que deja de ser facultativo; de hecho y como ha sido mencionado, el significado más próximo del voto como un derecho es la facultad de abstención.

Como pensando y hablando es como una sociedad se desarrolla, se expande o entra en crisis, hasta cuando se enfrenta con mundos “imposibles” –señala Eco– (como ocurre con los textos estéticos o con las aseveraciones ideológicas), es necesario comenzar a comprender que el objeto del derecho no es la norma sino la conducta asumida como la realidad histórico-cultural de una sociedad determinada, y la única manera de comprender esa conducta, como lo sería el voto, es comprendiendo lo que encierra, descubriendo sus funciones semióticas.

Lo anterior nos lleva a una nueva consideración, que el interpretante no es el intérprete del signo sino tan solo quien garantiza su validez, el signo no busca que el interpretante lo descubra o lo conforme –con la salvedad fenomenológica

husserliana- sino que intenta representar su objeto y transmitir su significado, el interpretante tan solo da origen a esa representación⁷.

El voto como práctica discursiva impacta en el desarrollo socio-cultural-histórico-político de los sujetos, no hay discurso sin sujeto y éste siempre ocupa un lugar socio-histórico-cultural-político. Así, en las condiciones de producción, circulación y recepción semiótico-discursivas del voto, se hace indispensable el análisis de aquel desarrollo con las formaciones tanto ideológico-hegemónicas como imaginarias que contiene.

2. FORMACIONES DISCURSIVAS.

Partiendo de la consideración de que todo discurso es una práctica social, que el discurso democrático del voto encuentra a dos sujetos que se apropian de él, el Estado por un lado y la sociedad por el otro, la relación de las formaciones ideológico-hegemónicas, así como las semiótico-discursivas que en seguida analizaremos suponen como punto de partida en el proceso de su producción y recepción, un discurso dominante al cual se subsumen los elementos provenientes de los otros que se transforman y se reestructuran.

Para hablar de las formaciones ideológico-hegemónicas, vale la pena recordar que el concepto de ideología tiene dos significados en los textos clásicos de Marx; en un sentido restringido como el de una falsa conciencia, como una distorsión de la realidad; en un sentido amplio como la conciencia verdadera por la cual los hombres se dan cuenta de los conflictos sociales; bajo un pensamiento complejo asumimos la ideología como un proceso que circula entre la conciencia alienada hasta la conciencia verdadera, pero que no puede interrumpirse; esto es, en cualquier momento histórico existe y existirá al menos una ideología que determine a las sociedades dentro de sus espacios territoriales⁸.

⁷ La semiosis se explica por sí misma. Esa continua circularidad es la condición normal para la significación y es lo que permite el uso comunicativo de los signos para referirse a cosas. Rechazar esa situación por considerarla insatisfactoria equivale simplemente a no comprender cuál es el modo humano de significar, el mecanismo gracias al cual se hacen historia y cultura, el propio modo como, al definir el mundo, se actúa sobre él y se lo transforma. Eco 2005, 118.

⁸ En cuanto al origen y a las funciones de la ideología hay posiciones divergentes entre Gramsci y Althusser, responsables del desarrollo de las dos tendencias marxistas sobre el análisis de lo ideológico. Para la tendencia gramsciana, la ideología se articula más con la lucha de clases y adquiere aspectos distintos con su vinculación al problema de la hegemonía, por lo tanto su función es la de lograr el consenso para determinado proyecto hegemónico. En la tendencia althusseriana, la ideología se genera en el mismo proceso de producción capitalista de la mercancía y se relaciona con el fenómeno del fetichismo y en este sentido tiene por función interpelar a los individuos en sujetos para reproducir las relaciones de explotación dominantes. Haidar 2006, 199.

Un aspecto fundamental para el análisis del voto en la Constitución Mexicana tanto en el plano semiótico como en el jurídico es el de su sentido; así mientras la moral nos lleva a conducirnos bajo un catálogo de principios y a evaluar la conducta de los otros bajo esos mismos criterios -siempre relativos-, la ideología nos hace adoptar una postura ante los acontecimientos que en el caso de la democracia nos remite a preguntarnos sobre su significado; el análisis ideológico del voto conduce su significado al reconocimiento de una prerrogativa primordial de toda persona que la faculta a participar en decisiones colectivas; bajo una perspectiva moral desaparece el análisis crítico para asumir la obligación de consolidar la democracia -aún en su indeterminismo conceptual- y cumplir con la calidad maniquea de buen ciudadano.

Regine Robin ha identificado cuatro rasgos fundamentales de toda ideología: el primero de ellos es la necesidad histórica de su existencia para cumplir una función de organización social; esto es, las ideologías definen el espacio en el que los hombres se ubican, se relacionan y toman conciencia de su posición. En segundo lugar, se encuentra la función específica de formación social; es decir, la ideología dominante desplaza las contradicciones reales de la sociedad y reconstituye, sobre el plan imaginario, un discurso relativamente coherente que sirve de horizonte a lo vivido por los sujetos sociales. El tercer rasgo es la inconciencia de sus propias determinaciones, de su propia sistematicidad, de la unidad, de la coherencia que la organiza; esto se explica porque las ideologías se presentan, en realidad, como conjunto de sistemas y subsistemas más o menos coherentes, más o menos contradictorios y en movimiento continuo. Por último, toda ideología tiene una existencia material, entendida como una serie de prácticas y de una estructura institucional⁹.

La ideología se traduce en la posición social ante el mundo y por ello es preciso diferenciarla de la moral, porque un estudio moral acerca del voto se convertiría quizá en un mero trabajo estadístico acerca de los puntos de vista sobre su naturaleza como derecho o como deber ciudadano; un análisis ideológico del voto lleva a preguntarnos por la posición que asume el Estado -a través del derecho constitucional- y la sociedad en general ante su significado y hasta entonces, por consecuencia, ante el significado de la democracia.

La cuestión que surge en este punto no es determinar cuál es la ideología de un determinado Estado para enfrentarse al tema del derecho-obligación a votar, sino en cómo la produce -partiendo de su Constitución- y la hace circular para que llegue a la sociedad como una posición plausible y finalmente hegemónica;

⁹ Robin 1973, 103.

no olvidemos que la ideología de los Estados encuentra en el derecho un instrumento de materialización¹⁰.

Es así que si el derecho se convierte en uno de los mecanismos a través de los cuales se produce el discurso para consolidar hegemonícamente la ideología estatal, el problema se presenta cuando en la actualidad al derecho se le exigen razones; esto es, que argumente su discurso y no solamente que lo imponga; lo que se espera del orden jurídico es certeza y predictibilidad; el fondo del asunto es que ahora los sistemas jurídicos descansan en el convencimiento y no en la imposición como camino para proyectar el discurso ideológico-hegemónico del Estado, si es que acaso aspiran a cierto grado de democratización.

Hoy el grado de democratización de un Estado se mide en términos cuantitativos y no cualitativos, esa es la metodología que permite estandarizar a nivel global y ubicar en categorías la posición que guarda una sociedad determinada frente a las otras; en otras palabras, se trata de una especie de *check list* por la que atraviesa el mundo para medir, por ejemplo, el nivel de democracia en el que se encuentra.

Lo que sucede es que un Estado se considera más democrático en la medida en que sus ciudadanos acudan a las urnas y no en el sentido que le den a su voto, de ahí que nos expliquemos el por qué nos urgen a votar aunque anulemos la boleta, porque la comprobación de un ejercicio democrático queda tan solo en el registro de asistencia a votar y no en la validez del voto; así las cosas y regresando a la medición democrática, máxime en un sistema de elecciones directas como el mexicano -sin segundas vueltas-, una jornada electoral exitosa, reflejo de una democracia sana, queda registrada en el número de asistentes a las casillas aun cuando -pensemos- la gran mayoría hubiese anulado su voto.

Esto explica la angustia de todos los actores -partidos políticos, institutos electorales, sindicatos corporativos, candidatos- en cuanto a que la sociedad salga a votar, porque el peor desastre al que se podrían enfrentar sería el abstencionismo, no como evidencia de un sistema antidemocrático solamente, sino de una ausencia absoluta de credibilidad en las instituciones, lo cual llevaría eventualmente a una irremediable reconfiguración del poder.

¹⁰ Los sistemas jurídicos se forman a través de las funciones tanto de producción como de aplicación de normas; para el pensamiento dworkiniano tales funciones se encuentran sujetas a principios de moralidad política, los cuales identificamos como *normas-principio* que expresan una idea moral de rectitud y que no son propiamente *puestas* sino más bien *encontradas* en el sistema jurídico, no mediante criterios de validez que se aplican a normas positivas sino por su mera fuerza justificatoria; esto es, normas que llamamos, por ejemplo, derechos humanos. Rodilla 2012, 16.

El voto como un derecho es ante todo la facultad para ejercerlo, a decidir si en un momento dado acudimos o no a las urnas, no al sentido que le demos a nuestra voluntad; efectivamente un Estado será más democrático en la medida en la que sus ciudadanos voten, aun cuando anulen su participación, pues ello tan solo significaría que no están de acuerdo con las opciones que se les presentan en una determinada contienda electoral, pero evidenciaría su confianza en el sistema electoral y en general, en las instituciones democráticas de su país, por ello lo que busca el Estado es la participación, la cantidad y no la calidad; un Estado dejará de ser democrático cuando sus ciudadanos prefieran quedarse en casa, hacer uso de ese derecho a votar como la facultad de hacerlo o no hacerlo, y ello sí que resulta el mayor de los temores para los detentores del poder.

Toda esta discusión nos hace retomar el tema del discurso jurídico y su función ideológica-hegemónica; en este contexto debemos señalar que el voto como figura jurídica es contenedora ante todo de un derecho político y cuando la Constitución lanza el discurso sobre una doble naturaleza de ese derecho, tendríamos que preguntarnos si no acaso los Constituyentes siempre percibieron esa debilidad democrática de un sistema que se ha venido consolidando como una democracia débil, forzada, escenografía de un autoritarismo disfrazado.

Hablando de las formaciones semiótico-discursivas, la corriente crítica del Análisis del Discurso introdujo grandes cambios en la concepción discursiva: rompió con el estructuralismo desplazando a la oración y atribuyéndole al *texto* el carácter de unidad analítica; con base en ese *texto*, también llamado *práctica discursiva*, propuso la categoría de *objeto discursivo* que en este caso enterró al concepto de *tema* o *tópico* imprimiéndole un mayor valor explicativo y subiendo al escenario a los *sujetos discursivos* como esquematizadores del propio discurso; esto es, el sentido del texto en general vendría a ser completado por el propio receptor y por tanto cada receptor establecería sentidos diferentes. El texto bajo esta perspectiva sería siempre inacabado y nunca original pues cualquiera que fuese el objeto del discurso de un hablante no se originaría por primera vez en sus enunciados, no sería el primero en abordarlo; el objeto del discurso, por decirlo de alguna manera, ya habría sido hablado, discutido, vislumbrado y valorado de diversos modos¹¹. Por ello el ejercicio democrático del voto tendría que encontrar la relación entre los eslabones pasados, presentes y futuros de su

¹¹ En otras palabras, el proceso discursivo no tiene principio: el discurso se sostiene siempre sobre algo previamente discursivo, que desempeña el papel de materia prima, y el orador sabe que cuando evoca un acontecimiento que ha sido objeto de un discurso, resucita en la mente de sus oyentes el discurso en el que se alegaba este suceso, con las «deformaciones» que introduce la situación presente, y de las que puede sacar partido. Pêcheux 1978, 41.

experiencia como texto, como práctica discursiva, con un sentido semiótico y no de mera literalidad.

En este punto abordar las formaciones discursivas no solo se hace necesario para acceder a su comprensión, sino indispensable para establecer su relación con las formaciones sociales e ideológicas. Consideremos que las formaciones discursivas se traducen en la construcción del proceso a través del cual los sujetos productores y receptores comunican sus ideologías. Esta concepción nos lleva a ponderar el sentido del discurso sobre los sujetos que se comunican pues es la manera en cómo articulan el discurso a sus ideologías, lo que viene a significar las representaciones de lo que se transmiten; las formaciones discursivas son entonces un conjunto de reglas de formación que determinan el sentido semiótico-discursivo.

Así como un mismo objeto puede llevar a prácticas discursivas diferentes dependiendo de los sujetos que se apropian de él, ese mismo objeto puede dar lugar también a diversas prácticas discursivas dependiendo de la manera en cómo se articulen las formaciones discursivas de los sujetos ideológicos que se comunican.

Las formaciones discursivas no son estáticas sino dinámicas, temporales y efímeras en el sentido de que aparecen, se modifican, desaparecen y vuelven a presentarse con cada acontecimiento discursivo; en ocasiones son reveladoras cuando coinciden en geografías como la científica, contradictorias cuando luchan por la verosimilitud como en la política, pueden buscar la convivencia o el sometimiento como en el caso del derecho, o bien provocar rupturas como en las declaraciones de guerra; las formaciones discursivas constituyen la manera en cómo platica una sociedad consigo misma y con otras sociedades. Vale la pena rescatar el siguiente ejemplo que muestra la compleja relación entre una formación ideológica y una formación discursiva.

La formación ideológica religiosa constituye en el modo de producción feudal la forma de la ideología dominante, que realiza la interpelación de los individuos en sujetos por medio del aparato ideológico religioso. Las relaciones ideológicas de clase producen diversas formaciones discursivas que se combinan en formas específicas: por un lado está la “predicación campesina”, reproducida por el bajo clero entre el campesinado y, por otro lado, está el “sermón” del alto clero para los grandes de la nobleza. Son dos formaciones discursivas, la primera de las cuales está subordinada a la segunda de tal manera que se trata a la vez de las mismas cosas —la pobreza, la sumisión, la muerte— pero con formas diferentes —la sumisión del pueblo a los grandes/

la sumisión de los grandes a Dios— y de cosas diferentes —el trabajo de la tierra/el destino de los grandes¹².

En este sentido se despliega un discurso compartido que lanzan los actores que participan en los procesos electorales y que se unifican en ese mensaje contradictorio -en el mejor de los casos- acerca de que votar es tanto un derecho como una obligación, parallogismo irreflexivo o falacia dolosa de una búsqueda de manipulación y consolidación del *status quo* del poder, o mentiroso diría Eco -en el peor de ellos- acerca de que votar es un deber que consolida al régimen democrático.

3. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL VOTO.

El tema de todas estas formaciones de producción-circulación-recepción del discurso son cada vez más importantes para el derecho, sobre todo cuando se trata de figuras como la democracia, pues como hemos mencionado, a los sistemas jurídicos se les ha venido exigiendo con mayor rigor la justificación de su contenido; esto es, la validez de su discurso. Ya a finales de siglo XIX Adolf Merkel se lamentaba de que se hubiera suscitado tan solo un leve interés científico en cuestión de qué es y de qué depende la fuerza de obligar de las disposiciones jurídicas, en contraste con la de qué debe depender razonablemente o pensarse que depende esa fuerza de obligar¹³; en ese sentido surgieron dos grandes bloques de pensamiento: el de las teorías del reconocimiento individual por un lado, y el de las teorías del reconocimiento general por otro, ambas planteadas en función de que la legitimación del derecho tendría que estar dada a partir de la aceptación social; esto es, de la recepción del discurso jurídico.

Bajo el primer bloque teórico, el del reconocimiento individual del derecho, nos tendríamos que enfrentar a la imposibilidad de la validez racional absoluta pues finalmente la razón para cada hombre está dada en la intimidad de su propia experiencia; así la legitimación jurídica es tan solo una aspiración irrealizable y tienen que ser la amenaza y la coacción, los elementos que vienen

¹² Para Pêchuex las formaciones ideológicas comportan necesariamente como uno de sus componentes, una o muchas formaciones discursivas interrelacionadas, que determinan lo que puede y debe ser dicho a partir de una posición dada, una coyuntura dada. La determinación de lo que puede y debe ser dicho no se refiere solo a las palabras empleadas, sino a las construcciones en las cuales aparecen, en la medida en que ellas determinan la significación que toman los elementos léxicos. En efecto, una constatación significativa es que las palabras no tienen un significado latente en sí mismas, sino que cambian de sentido al pasar de una formación discursiva a otra. Haidar 2006, 206.

¹³ Welzel 2011, 15.

a sustituir esa falta de convicción de lo ordenado por las normas. No hace falta ahondar en las dificultades prácticas a las que se enfrentaron estos planteamientos; sin embargo, tampoco puede negarse el gran esfuerzo por construir un sistema armónico que hiciese del orden jurídico más que un bagaje de imposiciones, un espacio de convicción.

Cuando la Constitución establece el derecho a votar con una obligación ciudadana -por más contradictorio que parezca- precisamente se olvida de toda justificación para entrar en una argumentación autoritaria, en un mensaje que ordena cumplir con una facultad, lo cual despoja al voto de ese atributo y lo convierte en un deber.

Uno de los grandes retos para el derecho es su democratización, lo cual no es sinónimo de mayorías, sino de totalidades; en este orden de ideas las *teorías del reconocimiento individual* nos conducen a una importante reflexión: que la construcción de los órdenes jurídicos deben superar su autoconcepción como reguladores de la conducta humana para convertirse en posibilitadores de la misma; bajo esta perspectiva, establecer la obligación de votar iría contra toda finalidad democrática, asumir al voto como una facultad sería ejemplo de un auténtico ejercicio jurídico-democrático, caso en el que la aparente utopía de los teóricos del reconocimiento individual como Rotteck, Welcker y Bierling, podría responder al problema de la validez del derecho al convertirlo en mecanismo de realización humana dentro de una sociedad determinada.

Por lo que corresponde al segundo bloque, al de las *teorías del reconocimiento general* del derecho, el planteamiento central descansa en que la validez de un sistema jurídico está dado en función de la aceptación y aplicación de sus normas, el cual no tiene que ser unánime sino tan solo mayoritario para estar legitimado; el problema es, como ha señalado Welzel, que lejos de dar sustento al concepto de validez jurídica, estas teorías introducen un elemento de inseguridad puesto que no puede hablarse de grados de validez; esto es, las normas valen o no valen y en ese sentido, por ejemplo, son o no aplicadas; si en la realidad social el reconocimiento general implica que el orden jurídico vale más o menos pues es aceptado por unos pero no por otros, entonces la realidad jurídica en cuanto a que las normas se consideran aceptadas por todo el mundo cuando no es así, no deja de ser una ficción tan parecida a las aducidas por las *teorías del reconocimiento individual*¹⁴.

¹⁴ Max Weber ha dado una formulación precisa a la diferencia entre la consideración "sociológica" y "jurídica" de las normas: la validez de una norma jurídica en el sentido sociológico es un juicio empírico de probabilidad sobre unos hechos; la validez en sentido jurídico es un deber ser lógico, y una y otra cosa son dos cosas completamente distintas. Idem, 33.

Con base en lo anterior parece claro que ambos bloques tienen una coincidencia fundamental y que muestran al menos el reto a resolver: que la validez del derecho tiene que encontrarse en el reconocimiento; quizá por ello el positivismo encontró un camino sin mayores complicaciones cuando discriminó este aspecto e hizo descansar la validez de todas las normas en la estructura jerárquica del propio sistema jurídico, recurriendo como nunca a un mecanismo de cumplimiento coactivo para aquellos que no reconocieran al derecho.

Es así que pensando de nuevo en el voto como un derecho y una obligación simultáneamente, tan equivocado sería considerar que cada individuo la aceptase por estar de acuerdo con ello, como también que quedara legitimado con base en el reconocimiento de la mayoría, si acaso eso se pudiese comprobar; en este sentido, Herman Heller¹⁵ ha dado una gran respuesta al problema: ya bajo una teoría individual o una general, el reconocimiento unánime o mayoritario no tiene que estar dado para cada una de las normas que integran al sistema jurídico, sino en cuanto a los principios que lo determinan; de este modo lo que interesa entonces es que todos y cada uno de los ciudadanos reconozcan como fundamental los principios que sustenten a una institución, como lo sería el ejercicio de voto en un sistema democrático legítimo.

4. FORMACIONES IMAGINARIAS.

Las prácticas discursivas impactan en el desarrollo socio-histórico-cultural-político de los sujetos y están antes, durante y después de cualquier otra práctica socio-histórica-cultural-política. En este contexto la premisa fundamental de la que partimos es que no puede realizarse ningún análisis de la democracia a través del voto sin considerar sus condiciones de producción-circulación-recepción puesto que ello implicaría que nuestro trabajo perdiese *-ipso facto-* poder explicativo, porque no hay discurso sin sujeto y éste siempre ocupa un lugar socio-histórico-cultural-político.

Junto a las condiciones de posibilidad de emergencia del discurso democrático del voto y de las formaciones socio-histórico-cultural-políticas, ideológico-hegemónicas y semiótico-discursivas, la categoría de las formaciones imaginarias adquiere gran pertinencia pues siempre están presentes en todos los discursos y ningún sujeto discursivo puede prescindir de ellas; en otras palabras, en los sujetos productores y receptores de cualquier discurso las formaciones imaginarias funcionan de modo automático, sin que sus usuarios se den cuenta

¹⁵ Idem, 50.

de ello; se refieren a lo que piensan los sujetos de sí mismos, de los otros y de los objetos discursivos -o temas-; pero además las formaciones imaginarias se distinguen porque están condicionadas por las formaciones sociales, las ideológicas y las discursivas; en otras palabras, las formaciones imaginarias no se refieren a lo que pueden imaginar los sujetos discursivos de modo espontáneo, sino que surgen de la dimensión ideológica, de las restricciones de las formaciones discursivas; lo interesante es que estos funcionamientos que parecen tan complejos, se producen automáticamente, de modo inconsciente en nuestros discursos cotidianos, en todos los discursos.

Desde la perspectiva semiótica, las formaciones imaginarias no solo forman parte de las condiciones de producción-circulación-recepción de los discursos, sino que constituyen uno de los funcionamientos en la producción de los sentidos discursivos; siguiendo las ideas de Pêcheux, estas formaciones se clasifican en primarias y anticipadas¹⁶. De esta clasificación de las formaciones imaginarias primarias, según Pêcheux, atenderemos a aquéllas que remiten a la imagen que tienen los sujetos productores-receptores del objeto discursivo democrático del voto, pues a diferencia de la gran mayoría de relaciones de contradicción entre el Estado y la sociedad, en el caso del voto ambas partes se vuelcan sobre él para darle un sentido con base en su ideología para así intentar el convencimiento o racionalizar la imposición, más que para generar una discusión o promover un enfrentamiento; por ejemplo, si consideramos un discurso sobre la violencia, objeto discursivo trágico en el mundo actual, en él están presentes de manera más o menos explícitas distintas formaciones imaginarias.

Por supuesto que en los diferentes discursos las formaciones imaginarias son distintas: cuando A es de la sociedad civil, la formación imaginaria es muy diferente que la de B, el productor de la violencia, como son los criminales, los narcotraficantes; del mismo modo, en este contexto, lo que piensa A (A), sujeto de la sociedad civil sobre B (el que genera la violencia) es totalmente distinto de lo que piensa B (B), es decir, sobre sí mismo; sin embargo en el caso del voto cada sujeto que produce y recibe el discurso no busca provocar o ganar una contienda, sino más bien darle sentido a su alcance como materialización del ejercicio democrático o de derechos fundamentales¹⁷.

¹⁶ Un discurso se pronuncia siempre desde condiciones de producción dadas, desde determinado lugar en una formación social; del mismo modo, los sujetos del discurso están situados al interior de una relación de fuerzas que existe entre los elementos antagónicos de un campo político dado. El lugar desde donde se produce un discurso es el que determina el valor de lo que se dice, se promete o se denuncia; en este sentido, la misma declaración puede ser un arma terrible, o una comedia ridícula. Pêcheux 1978, 42.

¹⁷ La hipótesis de Pêcheux es que los lugares de A y B están representados en los procesos discursivos, pero los rasgos objetivos no funcionan como tales, sino que están transformados. En otros términos, lo que funciona en el proce-

El funcionamiento de las formaciones imaginarias puede tener particularidades de acuerdo con el tipo de discurso. En los discursos éticos, por ejemplo, las formaciones imaginarias de los sujetos pueden coincidir o no dependiendo de las posiciones ideológicas, tal como sería la defensa del derecho u obligación a votar; el *quit* en este punto no es determinar si la sociedad que reclama su derecho es portadora de la verdad sobre el sentido del voto, así como tampoco si lo es el Estado que la convierte en una obligación; de hecho quizá ninguna de las partes lo esté, pero la única manera de comenzar a construir un acuerdo es que sean conscientes de ello.

5. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL COMPARADO.

A través de estas páginas hemos hecho someras referencias a los sistemas latinoamericanos que como característica formativa postindependentista compartida, se encuentra la réplica o adaptación de mecanismos jurídico-políticos como lo es la organización del Estado y su sociedad en la Constitución; sin que sea objeto urgar con mayor profundidad en el análisis de dichas estructuras, vale la pena -al menos en el mismo nivel en que lo hacemos para el caso mexicano- explorar la construcción del esquema del voto en algunos otros casos, sin olvidar que el análisis que intentamos se instala exclusivamente en la semiosis discursiva constitucional.

Argentina. En su preámbulo, la Constitución de este país organiza los elementos del Estado en una República Federal Representativa (art. 1º) compuesta por un Gobierno nacional y provincias autónomas (arts. 3º); en seguida -primera parte- se refiere a las declaraciones, derechos y garantías de los argentinos; las declaraciones son los principios fundamentales de la organización del país, los derechos se refieren al desarrollo de las personas, y las garantías son reglas para asegurar el respeto de aquéllos derechos. La segunda parte de la Constitución se centra en las autoridades de la nación.

El año de 1994 fue crucial en términos constitucionales para la Argentina pues vivió una reforma que vino a impactar en 43 artículos, incorporando nuevos derechos y garantías en los numerales 36 a 43; particularmente el artículo

so discursivo es una serie de formaciones imaginarias que designan el lugar que A y B se atribuyen a sí mismos y al otro, y la imagen que A y B tienen de R. En toda formación social, por lo tanto, existen reglas de proyección que establecen las relaciones entre las situaciones —objetivamente definibles— y las posiciones —representaciones de estas situaciones—. Sin embargo, esta correspondencia no es biunívoca, de manera que las diferencias de situación pueden corresponder a una misma posición y que una misma situación puede representarse de acuerdo a muchas posiciones. Haidar 2006, 214.

37 se refirió a los derechos políticos y dentro de ellos el voto no pudo ser sino abordado con el mismo discurso jurídico que en México; esto es, como un derecho simultáneo a una obligación.

El nuevo artículo 37 asegura los derechos políticos y afirma que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. Estos principios están vigentes en la legislación argentina desde 1912 por lo que la reforma no añadió nada nuevo, como no sea cristalizar preceptos. Una mención especial merece la obligatoriedad del sufragio. Estando sólo en la ley, podía modificarse por el sistema de voto facultativo -como algunos propician- mientras que al incorporarse a la Constitución adquirió mayor rigidez. Hubiera sido preferible dejar la obligatoriedad en la ley y no trasladarla a la Constitución. El mismo artículo constitucionaliza la participación obligatoria de mujeres, en una proporción de treinta por ciento, en las listas de candidatos a cargos electivos. Es lo que se conoce como “cupó femenino” que está en vigencia desde 1991 por disposición legislativa¹⁸.

Chile. El caso de la República de Chile resulta interesante toda vez que al igual que la Argentina, en 2008 experimentó una reforma en algunos artículos de su texto constitucional dentro de los que se encontraba el numeral 15, precisamente atendiendo a la naturaleza del derecho político del voto; puntualizamos el carácter de naturaleza porque como tal, el artículo 13 es el que en principio lo reconoce: *la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran*. Por su parte, el artículo 15 anterior a la reforma establecía que: *en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio*. Sin embargo, la redacción posterior al 8 de junio de 2004 quedó en los siguientes términos: en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario.

La transformación del concepto *obligatorio* a *voluntario* dio pie a innumerables análisis académicos que precisamente debatieron por todos los medios y quizá con cierta parcialidad, posiciones encontradas en cuanto al significado de la voluntariedad; esto es, si se trataba de la expresión de un derecho a la

¹⁸ Natale 2000, 222.

abstención, o bien solo de una garantía protectora de ese derecho, sin perder el carácter obligatorio¹⁹.

Esto nos enfrenta a dos puertas; la primera que es la de una interpretación abierta pero que entonces llevaría a que quienes en las Constituciones mexicana y argentina defienden el carácter dual del voto -como un derecho y una obligación-, tendrían que admitir que el concepto *voluntario* en la Constitución chilena bien podría equivaler a la facultad de abstención como ejercicio de ese derecho o cumplimiento de esa obligación; por otro lado, la segunda puerta sería la de una interpretación cerrada, textual, pero aquéllos mismos defensores de la dualidad normativa que han dicho que más allá de cualquier valoración o análisis filosófico que se quiera intentar, no es posible abstraerse de la lectura textual de las leyes y por tanto, es posible que el voto sea al unísono derecho y obligación, matizando su posición con una obligación moral y entonces debilitando su argumento pues finalmente el texto constitucional es un documento jurídico y no ético, tendrían problemas al combatir el hecho de que entonces el artículo 15 de la Constitución chilena no puede ser leído sino textualmente y en tal caso el concepto *voluntario* es un concepto facultativo pero bajo ninguna circunstancia impositivo.

6. CONCLUSIONES.

El desarrollo democrático de un Estado independiente como el mexicano parece ser un camino lleno de contrariedades, de resistencias y de discursos cargados de sentidos opuestos después de 200 años; una conducta que pretenda ser considerada un derecho al mismo tiempo que una obligación no solo es una

¹⁹ En Norm and Action, Von Wright distingue entre permiso en sentido débil y permiso en sentido fuerte. El núcleo de la distinción radica en si la permisión de determinada acción se encuentra o no sujeta a tratamiento normativo por parte de la autoridad. Esta distinción ha dado pie a un intenso debate y múltiples equívocos. Resulta significativa aquí solo en la medida en que un permiso en sentido fuerte conlleva el efecto de norma precludendi, i.e. imposibilita la promulgación de disposiciones obligatorias o prohibitivas de menor jerarquía. Un permiso en sentido débil (en la Constitución), en cambio, interesa en tanto implica la detección de espacios carentes de regulación (constitucional), descartándose con ello alguna limitación al ámbito de competencia de menor jerarquía. Puede distinguirse entre un concepto débil y uno fuerte de abstención: según el sentido débil, el elector puede abstenerse de marcar una preferencia de entre las incluidas en la papeleta electoral; conforme al sentido fuerte, el elector puede (al menos) abstenerse de depositar la papeleta electoral. Si la modificación constitucional del artículo 15 se hubiese limitado a consagrar solo un permiso para abstenerse de marcar una preferencia, entonces sería una reforma espuria. Pues la abstención en sentido débil es fácilmente reconocible en la Constitución, ya sea mediante una apelación a la libertad de expresión, al secreto del sufragio o a la posibilidad de dejar en blanco la papeleta electoral (Art. 26 inc. 3º de la Constitución)... Se entenderá entonces por derecho a la abstención, el permiso en sentido fuerte para una abstención en su sentido fuerte. Pardo 2013. 121.

arbitrariedad, sino una aberración jurídica y no se malentienda, estas líneas no proponen la anarquía ni la revolución, sino la conciencia de que la Constitución es un documento jurídico; si en todo caso se llega a considerar que la democracia es un trabajo que necesitamos consolidar a través de nuestra participación en sus instituciones como lo es el voto, esa bien será una obligación moral, más no jurídica, y por tanto tendrá que salir del texto constitucional, máxime si se enfrenta a un derecho -jurídico y no moral- que representa una de las conquistas más significativas del ser humano contra las tiranías, el derecho a votar.

En dos casos latinoamericanos podemos encontrar caminos diferentes, al menos en lo que concierne al aspecto formal de la regulación jurídica del voto, uno como el mexicano con la contradicción analizada, y otro opuesto pero con una fuerte resistencia -al menos teórica- para resolver el carácter o naturaleza jurídica del discurso constitucional. Lo cierto es que la aspiración democrática que estos tres países buscan con su organización jurídico-política a través de los textos constitucionales resulta frágil, tambaleante, y la historia como mejor testigo nos recuerda los terribles episodios dictatoriales por los que han atravesado los países sudamericanos a los que nos hemos referido, así como la delgada línea -dijese el General Shveik- en la que México se ha movido en su existencia independiente; de una cruenta guerra civil a una hegemonía partidista casi centenaria bautizada como dictadura perfecta por Jorge Carpizo, y actualmente un gobierno autoproclamado como la 4T con un presidente que no deja de evidenciar tintes emuladores de esquemas dictatoriales antidemocráticos.

BIBLIOGRAFÍA.

- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Ciudad de México, 8ª edición, Fontamara, 2014.
- Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, Ciudad de México, Debolsillo, 2005.
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método II*, Madrid, 2ª edición, Sígueme, 1994.
- Hauriou, André, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Troisième Edition, Éditions Montchrestien, 1968.
- Haidar, Julieta, *Debate CEU-Rectoría. Torbellino pasional de los argumentos*, Ciudad de México, UNAM, 2006.
- Natale, Alberto, *La reforma constitucional argentina de 1994 (art.)*, Revista mexicana de Derecho Constitucional (núm. 2), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 2000.
- Pardo, Diego, *El sufragio voluntario del artículo 15 de la Constitución Política de Chile (art.)*, Revista de derecho, volumen XVI, no. 2, Valdivia, Santiago de Chile, 2013.
- Pêcheux, Michel, *Hacia el análisis automático del discurso*, Madrid, Gredos, 1978.

JAVIER SEPÚLVEDA REYES

- Robin, Regine, *Histoire et linguistique*, Paris, Armand Colin, 1973.
- Rodilla, Miguel Ángel (coautor), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Ciudad de México, Fontamara, 2012.
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1998.
- Welzel, Hanz, *El problema de la validez del derecho. Una cuestión límite del derecho*, Ciudad de México, Coyoacán, 2011.

La no discriminación de las personas con discapacidad: fundamento jurídico y estudio cuantitativo en la televisión mexicana*

Non-discrimination of people with disabilities: legal basis and quantitative study on the Mexican television

Clara Luz Álvarez**

RESUMEN

La diversidad humana exige presentar a las personas con discapacidad (PCD) como parte de la normalidad en los medios de comunicación. Este artículo presenta el fundamento jurídico y la argumentación que muestra que la ausencia o escasa participación de PCD en los medios es un tipo de discriminación. Adicionalmente, se exponen los resultados de un estudio cuantitativo realizado respecto de noticieros, mesas de análisis y publicidad en la televisión abierta mexicana para aportar evidencia empírica que comprueba la casi nula presencia y participación de PCD. En el artículo se muestra que el cambio para representar la normalidad como una que incorpore a las PCD en los medios no se dará por generación espontánea, para lo cual se presentan acciones para avanzar hacia una debida presencia y participación de las PCD en la televisión abierta y en otros medios de comunicación.

PALABRAS CLAVE

Discriminación, discapacidad, televisión mexicana, publicidad, derecho a la información.

ABSTRACT

Human diversity mandates the appearance in media of persons with disabilities (PWD) as part of the normality. This article presents the legal basis and reasoning which supports the claim that the absence or scarce participation of PWD in media is a type of discrimination. Also, the results of a quantitative study performed on news and current affairs debate programs, and advertisement in Mexican broadcast television, is presented to contribute with empirical evidence which demonstrates that there is almost no appearance, nor participation of PWD in television. This article shows that the change to consider normality as one that includes PWD in media will not occur by itself. Consequently, actions to advance towards a due appearance and representation of PWD in broadcast television and media are presented.

KEYWORDS

Discrimination, disability, television, advertising, right to information.

*Artículo de investigación postulado el 1° de febrero de 2022 y aceptado el 24 de marzo de 2022

**Profesora investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México. (calvarezg@up.edu.mx) orcid.org/0000-0002-5906-4450

CLARA LUZ ÁLVAREZ

SUMARIO

1. Introducción
2. Metodología
3. La diversidad en los medios de comunicación
4. Personas con discapacidad en los medios
5. Situación jurídico-normativa en la experiencia comparada
6. Resultados del estudio cuantitativo
7. Conclusiones y recomendaciones
8. Referencias
9. Anexo

1. INTRODUCCIÓN

Lograr la inclusión y la diversidad en los medios de comunicación en cuanto a personas con discapacidad (PCD) es un camino sinuoso, con obstáculos y resistencias. Esta investigación surgió a partir de observar que en los medios de comunicación en general y en la televisión en especial en la República Mexicana, las PCD estaban ausentes o solamente se les consultaba cuando se trataba sobre algún asunto de discapacidad. Asimismo, los temas relacionados con discapacidad eran escasos y normalmente bajo estereotipos.

Si la Organización Mundial de la Salud¹ estima que el 15% de la población mundial tiene alguna discapacidad, ¿por qué esa situación no se reflejaba en la televisión abierta mexicana? Si el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) de México reporta en el último censo de población que más de 20 millones de personas tienen discapacidad o alguna limitación para realizar actividades de la vida diaria, ¿dónde están presentes en la televisión abierta ese 16.54% de la población mexicana con discapacidad o alguna limitación?²

El objetivo de este artículo es presentar los fundamentos jurídicos y la argumentación respecto a si la ausencia o poca participación de PCD en la televisión

¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud, *Discapacidad y salud "Datos y Cifras"*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>

² El Censo Nacional de Población y Vivienda de 2020 refiere a población con discapacidad cuando una persona tiene mucha dificultad o no puede hacer al menos una de las actividades de la vida diaria como ver, oír, caminar, recordar o concentrarse, bañarse, vestirse o comer, hablar o comunicarse; mientras que la población con limitación es aquella que tienen poca dificultad para realizar al menos una de dichas actividades. El Censo muestra que el 4.9% de la población es una con discapacidad y el 11.06% tiene una limitación. Cfr. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de Población y Vivienda 2020*, "Población con limitación o discapacidad por entidad federativa y grupo quinquenal de edad según sexo, 2020", México, 2020.

puede constituir discriminación a las PCD por la falta de presentación de la discapacidad como parte de la normalidad humana³. Adicionalmente, se aporta evidencia empírica que hace patente la ausencia de PCD en los noticieros, en las mesas de análisis de temas de actualidad, y en la publicidad de la televisión abierta mexicana. Se eligió esta toda vez que tiene una elevada penetración en la gran mayoría de los hogares mexicanos (92.5% de los hogares tienen televisión abierta)⁴. No obstante ello, debe señalarse que este tipo de investigaciones deben ser un punto de partida y que, en un futuro, deberán realizarse también en relación a otros medios de comunicación vía internet.

La metodología seguida en la investigación que da origen a este artículo se describe en la sección siguiente. En la sección 3 se hará primeramente una breve referencia a la importancia de la diversidad en los medios de comunicación, para continuar con la sección 4 en relación a las personas con discapacidad en los medios que incluye la normalidad como una en la que está presente la discapacidad. Posteriormente se expone la situación jurídico normativa en la experiencia de Reino Unido, España y México en la sección 5. Para proceder en la sección 6 a exponer los resultados del estudio cuantitativo de esta investigación en cuanto al acceso directo a los contenidos audiovisuales de televisión abierta seleccionados. Finalmente se presentan las conclusiones y recomendaciones para México en el camino de lograr la presencia y participación de las PCD de manera cotidiana y proporcional. Estas recomendaciones también pueden ser útiles para otros países en situaciones similares a la de México.

³ Es importante explicitar el por qué en este artículo se utiliza mayormente el concepto de normalidad en lugar de diversidad. La diversidad reconoce que en una sociedad existen personas con distintas características (p. ej. étnicas, religiosas, de género, culturales), lo cual debe conducir a su inclusión en todos los ámbitos (p. ej. políticos, laborales, de medios) para forjar una sociedad democrática que sólo puede existir si es incluyente. Por su parte, la normalidad busca hacer énfasis en que cualquier sociedad necesariamente tiene personas con discapacidad (PCD), es decir, lo normal es que una sociedad tenga PCD. La antítesis de la normalidad es la exclusión de PCD, la ausencia de PCD en los espacios públicos y en los medios. Lo común, lo ordinario y lo normal es que una sociedad tenga PCD y personas sin discapacidad, por lo que no es dable pensar con lógica que una sociedad pueda ser sólo de PCD como tampoco lo es asumir que en una sociedad no hay PCD.

⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares "Hogares con equipamiento de tecnología y comunicaciones, según tipo de equipo, 2001 a 2019"*, México, 2019.

En la República Mexicana la penetración del servicio de internet en los hogares es de 56.4%. Sin embargo, el crecimiento del acceso a internet a través de teléfonos móviles y el despliegue de banda ancha fija a los hogares, sugiere que futuras investigaciones podrán abarcar también otros medios de comunicación vía internet.

CLARA LUZ ÁLVAREZ

2. METODOLOGÍA

La metodología seguida en esta investigación fue la revisión documental como parte medular del análisis de los fundamentos y la argumentación jurídica. La revisión documental incluyó la de artículos de investigación, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y observaciones del Comité de dicho tratado, así como normas aplicables en los países analizados (Reino Unido, España y México) e informes de sus autoridades.

Para la evidencia empírica se realizó un estudio cuantitativo mediante la técnica de observación al acceder directamente a los contenidos audiovisuales en televisión abierta para identificar en cuántos existió presencia o participación de una PCD o se trató algún tema de discapacidad en los programas. Para la realización de este estudio (1) se identificaron los tipos de programas en televisión abierta que serían los más adecuados para esta investigación por su vínculo/incidencia con la democracia, (2) se establecieron los criterios para seleccionar los canales y estaciones de televisión abierta, y (3) se escogieron de dichos canales, cuáles de los programas (noticieros y mesas de análisis de asuntos contemporáneos) serían específicamente materia del acceso y recopilación de información.

Los noticieros y mesas de análisis de asuntos contemporáneos se consideran vinculados a la democracia, dado que son fuentes naturales para que la sociedad acceda a información de interés público.⁵ En el caso de los noticieros, los criterios para seleccionar los canales de televisión abierta en la República Mexicana objeto de la investigación fueron aquellos con presencia en todo el territorio nacional, considerando tanto canales comerciales como de medios públicos.⁶ Las señales de los canales de televisión fueron las de acceso desde la Ciudad de México en televisión abierta.

Aun cuando existen noticieros a lo largo del día, se eligieron los noticieros nocturnos, dado que a esa hora son los mayores índices de audiencia.⁷ Con base

⁵ Cfr. Helberger, Natali, "Diversity by Design", *Journal of Information Policy*, volumen 1, 2001, pp. 441-469, pp. 448-459, Disponible en: <https://doi.org/10.5325/jinfopoli.1.2011.0441>,

⁶ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo octavo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en *Materia de Telecomunicaciones*, México, Diario Oficial de la Federación, 27 de febrero de 2014, Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334106&fecha=27/02/2014; Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Título de concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias para uso comercial que otorga el Instituto Federal de Telecomunicaciones*, en lo sucesivo el Instituto, a favor de Cadena Tres I, S.A. de C.V., México, 27 de marzo de 2015.

⁷ Cfr. Nielsen Ibope, *Los noticieros en tiempos de COVID "Noticieros incrementan su audiencia durante la semana 12 de la pandemia"*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <https://www.nielsenibopecom.com/2020/08/26/>

en lo anterior, se seleccionaron 4 noticieros de diferentes canales de televisión abierta que tienen cobertura en toda la República Mexicana, uno de ellos es de un medio público⁸.

En cuanto a las mesas de análisis, se escogieron aquellas que fueran permanentes y que fueran referentes ya sea por el alcance del canal de televisión o por ser un medio público. Con base en lo anterior, se seleccionaron 7 mesas de análisis de televisoras diferentes, 3 de ellas son medios públicos⁹.

Se utilizó la observación como técnica para obtener la información a través de un instrumento elaborado en formato de base de datos que permitió incorporar la información por noticiero y por mesa de análisis. El formato como lista de control identificó en cuanto a noticieros, si las personas que los conducían eran personas con alguna discapacidad visible, y en cuanto a las mesas de análisis si quienes moderaban o las personas invitadas tenían alguna discapacidad visible¹⁰. Asimismo, el formato contenía rubros que permitían identificar si durante el noticiero o las mesas de análisis se trataba o no algún tema relativo a PCD o a discapacidad, y si dicho tema era principal, era secundario o mencionado sin profundizar.

Por lo que respecta a la publicidad durante los noticieros/mesas, se dividió en publicidad comercial, de entidades públicas (gobierno, poder legislativo, poder judicial, otros entes públicos y partidos políticos) y de aquella que realiza la propia televisora respecto a sus programas (autopromoción). El formato para el acopio de datos permitió identificar si en cada tipo de publicidad había presencia de una persona con alguna discapacidad visible o se trataba algún tema de discapacidad, se identificó si era un tema principal, si era uno secundario o mencionado sin profundizar, así como si la persona con discapacidad actuaba como protagonista o no.

Si había una PCD, el formato permitía identificar si la discapacidad era auditiva, visual, motriz, intelectual, psicosocial o de otro tipo. Si se abordaba el tema de discapacidad, se identificaba si se presentaba como una enfermedad, como

los-noticieros-en-tiempos-de-covid-19/

⁸ Los canales y noticieros fueron el 1.1 de TV Azteca con Hechos; el 2.1 de Televisa con En Punto; el 3.1 de Imagen TV con Imagen Noticias; y el 11.1 de Canal Once que es un medio público con Once Noticias.

⁹ Los canales y mesas de análisis fueron del canal 2.1 de Televisa, Tercer Grado; del canal 4.1 de Grupo Televisa, Es la Hora de Opinar; del canal 10.1 de Heraldo TV, Análisis Político; del canal 11.1 de Canal Once que es un medio público, Dinero y Poder; del canal 14.1 del Sistema Público de Radiodifusión que es un medio público, Polémica en Redes; del canal 40.1 de Grupo Azteca, Primer Círculo; del canal 45.1 del Canal del Congreso que es un medio público, Incursionando.

¹⁰ Existen algunos tipos de discapacidad que pueden identificarse al observar los programas y la publicidad, mientras otros no son evidentes al televidente.

CLARA LUZ ÁLVAREZ

una situación desventajosa, como personas especiales por haber tenido logros o como titulares de derechos y con respeto a su dignidad.

Si se difundieron imágenes de PCD, se identificó si habían servido para visibilizar a las PCD, para ponerlas como personas dependientes de otras o como personas autónomas, para referir a la importancia de eliminar barreras o si las imágenes se basaban en estereotipos.

Se capacitó a cuatro personas para lograr la recolección de información con base en el formato (listas de control), realizándose ensayos previos a los periodos en los cuales se accedió a los noticieros y mesas de análisis. La recolección de información se realizó en 2 periodos del 16 de julio al 14 de agosto de 2020 y del 8 al 19 de febrero de 2021 para noticieros por un total de 101.35 horas, y del 31 de agosto al 30 de septiembre de 2020 y del 22 de febrero al 5 de marzo de 2021 para las mesas de análisis por un total de 85.71 horas. Posteriormente se procesó la información al conjuntarla en una base de datos única que contó con la validación posterior para asegurar una integración debida y confiable. Finalmente, los resultados fueron sintetizados en tablas del anexo a este artículo para presentar un resumen en las mismas en la sección 6 de este artículo.

3. LA DIVERSIDAD EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación a través de sus mensajes e imágenes “influyen en la construcción de las representaciones sociales y la cultura (...) tienen el poder de reproducir las prácticas sociales basadas en la discriminación y la desigualdad o bien, ofrecer narrativas para avanzar en la igualdad”.¹¹

La televisión es un importante agente socializador que se incluye entre los llamados “agentes impersonales”, es decir, fuerzas o influencias que actúan sobre los sujetos presentando una noción de la sociedad y también unos modelos de conducta. (...) Con independencia del discurso sobre si la televisión ejerce una influencia positiva o negativa, directa o indirecta, mayor o menor, lo que está claro es que transmite a la audiencia una estructura de significados y valores que contribuye a dar sentido y a interpretar lo percibido.¹²

¹¹ Documenta y CIMAC, *Manual de comunicación para la incidencia de mujeres con discapacidad*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2021/03/Manual.pdf>

¹² Dávila, María Celeste, Revilla, Juan Carlos y Fernández-Villanueva, Concepción, “Más allá de la mera exposición: Violencia en televisión en horario protegido”, *Revista Latina de Comunicación Social*, número 73, 2018, p. 534, Disponible en: <http://www.revistalatinacs.org/073paper/1259/18es.html>

(...) los medios de comunicación, y en especial los medios de comunicación audiovisual, desempeñan una función esencial para garantizar la libertad de expresión de las personas, en tanto sirven para difundir los propios pensamientos e informaciones y, al mismo tiempo, permiten acceder a las ideas, informaciones, opiniones y manifestaciones culturales de otras personas.¹³

De ahí que los Estados estén obligados a la promoción de una diversidad de medios y de contenidos “capaz de promover un debate crítico y una mayor participación democrática de personas pertenecientes a todas las comunidades y generaciones, al mismo tiempo”¹⁴.

La diversidad tiene como objetivos de política pública el permitir que las personas se confronten con ideas y opiniones diferentes a las propias, lo cual permitirá que exista una participación más informada sobre asuntos públicos que es benéfica para la existencia de un debate público vigoroso en una sociedad democrática.¹⁵ La presencia y participación en los medios de comunicación hace posible que las personas expresen ideas, necesidades y demandas, al tiempo que el resto de la sociedad se informa.¹⁶

Aun cuando el objetivo de que exista diversidad alcanza a medios públicos y privados, la diversidad en los medios públicos es un valor fundamental¹⁷ y estos se erigen como un foro para el debate público.¹⁸ Los medios públicos al dar espacio a personas que provienen de situaciones menos favorables y a voces críticas, aportan al discurso democrático¹⁹ y hacen posible “satisfacer las necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad”.²⁰

La diversidad precisa de la inclusión de personas con distintos contextos tanto reflejada en las pantallas como detrás de las cámaras. En Reino Unido a los radiodifusores públicos y privados se les estableció una obligación de tener diversidad en su fuerza laboral, toda vez que existe influencia de lo que aparece en

¹³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta, diversa, plural e inclusiva*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrafo 2, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/Informe%20Tem%C3%A1tico%20TV%20Digital.pdf>

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 26.

¹⁵ Cfr. Helberger, Natali, *op. cit.*, pp. 448-450.

¹⁶ Documenta y CIMAC, *op. cit.*

¹⁷ Goyanes, Manuel, Lestón-Huerta, Tania y Mazza, Barbara, “¿Qué hemos aprendido sobre la Radiodifusión de Servicio Público en el Mundo? Una Revisión Sistemática de la Literatura y Sugerencias para Investigaciones Futuras”, *Revista Latina de Comunicación Social*, número 79, 2021, pp. 66-88, Disponible en: <https://doi.org/10.4185/RLCS-2020-1489>

¹⁸ Helberger, Natali, *op. cit.*, pp. 448-450.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *op. cit.*, párrafo 84.

CLARA LUZ ÁLVAREZ

pantalla derivado de las personas que están detrás de las cámaras.²¹ Para efectos de esta investigación se está considerando la diversidad en pantalla respecto a PCD, reconociendo que se abren nuevas líneas de investigación sobre su participación detrás de las cámaras.

4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS MEDIOS

La diversidad humana exige presentar a las PCD como parte de la normalidad, es decir, de manera proporcional, sin prejuicios, con los distintos tipos de discapacidad y con intersección a otras condiciones (p. ej. género-mujeres con discapacidad)²². Esto es más relevante al considerar que la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México arrojó datos alarmantes al revelar que el 65.9% opinan que las PCD son una carga para la sociedad, el 71.5% estima que las PCD son rechazadas por la mayoría de la gente y el 66.2% considera que las PCD son tratadas con desprecio por la mayoría.²³

Lo anterior sirve para preguntar, ¿es discriminación contra las PCD su ausencia o escasa participación en los medios de comunicación y concretamente en la televisión abierta? Veamos.

4.1 Normalidad.

“El respeto por la diferencia y la aceptación de las PCD como parte de la diversidad y la condición humanas” es uno de los principios que rigen la CDPD (artículo 3 d de la CDPD). Los medios de comunicación en general y la televisión en particular son importantes para reflejar una visión normalizada de las PCD²⁴ por

²¹ Heumann, Judith, Salinas, Katherine y Hess, Michellie, *Road map for inclusion: Changing the face of disability in media*, 2018, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.fordfoundation.org/media/4276/judyheumann_report_2019_final.pdf; Ofcom, *Off-screen research: Interviews with BBC staff working in commissioning*, 2018, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0023/124259/craft-research-bbc-interviews.pdf; Ofcom, *Diversity and equal opportunities in television and radio 2019/20*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0022/207229/2019-20-report-diversity-equal-opportunities-tv-and-radio.pdf

²² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006, Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el seguimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad correspondiente al año 2018*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3062819_0.pdf; Heumann et. al., op. cit., p. 2.

²³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional sobre Discriminación “Distribución porcentual de la población de 12 años y más con discapacidad, por opinión sobre frases de prejuicio hacia su mismo grupo, según sexo”*, México, 2017.

²⁴ Cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el seguimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad correspondiente al año 2018*, op. cit., pp. 40-41.

lo que deben evitarse estereotipos y prejuicios al tiempo que deben aprovecharse como vehículos para neutralizar estos.²⁵

Si en la televisión no están presentes o no están proporcionalmente presentes o participando PCD, equivale a pretender reflejar la normalidad como una sin discapacidad. De ahí que la representación de la normalidad en la sociedad como una sin discapacidad es una forma de discriminación que quebranta los derechos previstos en la CDPD.²⁶ En ese sentido, los medios tienen un papel importante en las normas sociales y culturales que permiten la discriminación²⁷, Heumann *et al.* destacan el caso del presidente de EUA, Franklin D. Roosevelt, que tenía una discapacidad que se trató de ocultar, por ejemplo.

La ausencia o escasa presencia de PCD en los medios de comunicación y en especial en la televisión abierta es un tipo de discriminación. Esta discriminación no sólo atenta contra las PCD sino contra el derecho a la información de la sociedad en general.

Adicionalmente, la participación y representación de PCD en las pantallas debe ser proporcional e deben incluirse los diferentes tipos de discapacidad²⁸. El Comité CDPD hace énfasis en que los programas de radio y televisión pública deben comprender la diversidad de PCD²⁹, lo cual cobra relevancia al considerar los distintos tipos de discapacidad pues dentro de estos algunos tienen incluso una menor presencia en los medios. En un estudio de USC Annenberg se identificó que en las 100 películas que mayores ingresos habían generado en el año 2019, sólo el 2.3% tenían algún personaje con diálogo de una PCD, de los cuales el 65.7% era de discapacidad física, 29% de discapacidad cognitiva y 28% de discapacidad comunicativa³⁰.

²⁵ Chipre, Laura, Fernández, Minste, Vidal, Pau, *Tratamiento de la discapacidad en los medios de comunicación*, 2017, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.observatoridiscapacitat.org/sites/default/files/documents/monografic_9_cast_v6.pdf; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el seguimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad correspondiente al año 2018*, op. cit., p. 49.

²⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, 2017, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-5-Art%C3%ADculo-19-Vida-independiente.pdf>

²⁷ Heumann *et al.*, op. cit.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*, 2018, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-7-Articulo-4.3-Pa-rticipaci%C3%B3n-sociedad-civil.pdf>

³⁰ USC Annenberg, *Inequality in 1,300 Popular Films: Examining Portrayals of Gender, Race/Ethnicity, LGBTQ & Disability from 2007 to 2019*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://assets.uscannenberg.org/docs/aai-inequality_1300_popular_films_09-08-2020.pdf

CLARA LUZ ÁLVAREZ

La discapacidad puede atravesar transversalmente e intersectar con otras condiciones (p. ej. género, raza, religión, estatus socioeconómico, orientación sexual).³¹ En cuanto a la intersección de discapacidad con mujeres, en la investigación realizada por Documenta y Cimac en la República Mexicana evidenció la “baja representación de mujeres en los contenidos mediáticos y la nula presencia de las mujeres con discapacidad”³².

Dado lo expuesto, si la práctica en la televisión abierta en la República Mexicana es la no representación de las PCD como parte de la normalidad humana, ¿tendrá el Estado mexicano alguna obligación de implementar medidas encaminadas a cambiarla para evitar excluir de las pantallas a PCD? Sí, con base en la CDPD que obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas para hacer efectivos los derechos de la CDPD y para modificar costumbres o prácticas que discriminen a las PCD (artículo 4 de la CDPD).

4.2 Medios y contenidos.

La CDPD establece como obligación de los Estados parte el alentar a los medios de comunicación a difundir imágenes de PCD que sean compatibles con la propia Convención (artículo 8 de la CDPD). La representación en los medios de las PCD debe ser significativa y realista³³, así como abarcar diferentes tipos de contenidos como programas de noticias, entretenimiento, series, concursos, aquellos programas dirigidos a la niñez y juventud, documentales y campañas de publicidad.³⁴

La escasa -y en algunos casos nula- representación de personas de ciertos colectivos (p. ej. PCD, etnias) en los contenidos audiovisuales no es privativa de las PCD. Sánchez-Soriano y García-Jiménez³⁵ refieren que en el caso de la comunidad LGBT+, en las películas de Hollywood existe una escasa representación de personas LGBT+ por un tipo de autocensura para evitar pérdidas, siendo además dicha representación una no positiva y basada en estereotipos. En el caso de la subrepresentación de las PCD en contenidos audiovisuales pareciera estar

³¹ Heumann *et al.*, *op. cit.*

³² Documenta y CIMAC, *op. cit.*

³³ Heumann *et al.*, *op. cit.*

³⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad y presencia de las personas con discapacidad en los medios audiovisuales (2014-2015)*, 2016, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1313004_7.pdf; Chipre *et al.*, *op. cit.*

³⁵ Sánchez-Soriano, Juan-José y García-Jiménez, Leonarda, “La construcción mediática del colectivo LGTB+ en el cine blockbuster de Hollywood. El uso del pinkwashing y el queerbaiting”, *Revista Latina de Comunicación Social*, número 77, 2020, pp. 95-116, Disponible en: <https://doi.org/10.4185/RLCS-2020-1451>

ligada a una falta de sensibilización y conciencia respecto a la discapacidad y a la normalidad de esta en la sociedad.

Es de destacar que los Estados deben garantizar la inclusión y la participación en la comunidad (CDPD), por lo que debe estimarse que eso incluye la participación de las PCD en los medios de comunicación. Documenta y Cima³⁶ afirman que la participación de mujeres con discapacidad en los medios de comunicación serviría para expresar sus ideas, necesidades, demandas y verse reflejadas sus condiciones de vida en los medios lo cual potenciaría sus mensajes, al tiempo que habrán receptores de dichos mensajes con lo que se colmaría el derecho a la libre expresión y a la información.

4.3 Sensibilizar.

La efectividad de los derechos reconocidos en la CDPD está sujeta a una condición previa consistente en sensibilizar de los derechos y la dignidad de las PCD, y respecto de la importancia de combatir los estereotipos y prejuicios entorno a la discapacidad, así como generar conciencia de las capacidades y aportaciones de las PCD³⁷. Para lo cual se estima que los medios pueden contribuir activamente a esa sensibilización y toma de conciencia³⁸, debiendo los Estados realizar campañas de percepción positiva, de reconocimiento a las capacidades, méritos y aportaciones de las PCD (artículo 8 de la CDPD).

En el caso de México, la falta de sensibilidad ha sido manifiesta en diversos casos de la política pública mexicana como lo fue el de presentar en 2014 una propuesta de nueva ley de telecomunicaciones y radiodifusión donde la accesibilidad estuvo ausente. Gracias a la intervención de personas interesadas en derechos de las PCD, se logró incluir ciertas disposiciones para la accesibilidad a las telecomunicaciones y sitios web.³⁹ Asimismo, respecto a mujeres con

³⁶ Documenta y CIMAC, *op. cit.*

³⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 2. (2014): Artículo 9. Accesibilidad*, 2014, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Art%C3%ADculo-9-Accesibilidad.pdf>; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm 6. (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*, 2018, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-oportunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>

³⁸ Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 2. (2014): Artículo 9. Accesibilidad*, *op. cit.*

³⁹ Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, Posgrado en Derecho de la UNAM, 2018, pp. 384-385 Disponible en: http://derecho.posgrado.unam.mx/site_cpd/public/publicis_cpd/telecomyradiodifusionMX.pdf; y Álvarez, Clara Luz, "Telecom y accesibilidad, ¿dónde estamos?", *Reforma*, 8 de diciembre de 2021, México.

CLARA LUZ ÁLVAREZ

discapacidad en México, Documenta y Cimac⁴⁰ atribuyen su nula presencia en los contenidos mediáticos a la falta de sensibilización de la condición de vida y la invisibilidad en la agenda social de las mujeres con discapacidad.

5. SITUACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

5.1 Reino Unido

En Reino Unido han hecho una clara diferencia entre lo que es la diversidad en pantalla (*on-screen*) como detrás de las cámaras (*off-screen*); la primera se incorporó como obligación únicamente para la BBC en su carácter de medio público mientras que la segunda es una obligación establecida en las licencias de los radiodifusores, públicos y comerciales⁴¹. La diversidad incluye PCD, edad, género, grupo racial, orientación sexual, religión/creencias y contexto socioeconómico.

las personas quieren programas que auténticamente presenten la vida a lo largo del RU [Reino Unido]. Quieren shows que reflejen sus experiencias y contenidos en los que puedan confiar. Pero no podemos esperar que los radiodifusores realicen eso si sus empleados no nos representan con todas nuestras características e historias diversos.⁴²

Aun cuando la investigación objeto de este artículo se enfoca en la diversidad en pantalla relativa a PCD, es relevante mencionar la importancia de que exista diversidad en la fuerza laboral en atención a que se asume que para que exista diversidad en pantalla, es necesaria la diversidad a lo largo de la cadena de producción de contenidos audiovisuales (diversidad detrás de las cámaras). De ahí que las licencias obligan a los radiodifusores a implementar medidas para la igualdad de oportunidades de mujeres/hombres, PCD y etnias, lo cual incluye proveer capacitación. Adicionalmente, los radiodifusores deben informar a Ofcom, regulador de las comunicaciones de Reino Unido, sobre su personal en cuanto al género, grupo racial y si tiene alguna discapacidad como datos

84

⁴⁰ Documenta y CIMAC, *op. cit.*

⁴¹ Ofcom, *Off-screen research: Interviews with BBC staff working in commissioning*, *op. cit.*; Ofcom, *Diversity and equal opportunities in television and radio 2019/20*, *op. cit.*

⁴² "(...) people want programmes that authentically portray life across the UK. They want shows that reflect their experiences and content they can trust. But we can't expect broadcasters to do this if their employees don't represent us in all our diverse characteristics and backgrounds". Ofcom, *Diversity and equal opportunities in television and radio 2019/20*, *op. cit.*

obligatorios, y como datos voluntarios, sobre la edad, la orientación sexual y la religión/creencias.⁴³

La BBC como medio público está sujeta a cargas regulatorias adicionales a la del resto de los radiodifusores, por lo que en su licencia se incluyen obligaciones para la diversidad tales como el contar con una estrategia de diversidad e inclusión y un código de prácticas con metas a alcanzar en relación a diversidad e inclusión.⁴⁴

Conforme al Código de Prácticas sobre Diversidad en las Comisiones de Contenidos (*BBC Diversity Commissioning Code of Practice*) todas las producciones de contenidos tanto realizadas internamente como comisionadas a externos deben cumplir con compromisos de diversidad e inclusión, lo cual es aplicable para contenidos para televisión, radio, internet y medios digitales. Dentro de las acciones que debe realizar la BBC son: que exista diversidad en el personal de los equipos de producción y de los que comisionan la producción de contenidos a externos; y que exista diversidad en el reparto y en la representación en pantalla; entre otros. El objetivo de estas acciones es que se pueda garantizar que las diversas comunidades del Reino Unido estén representadas en todos los géneros de contenidos audiovisuales.⁴⁵

Ofcom reconoció que lograr la participación y representación de grupos subrepresentados o sin presencia en los medios, es un trabajo que continúa elaborándose.⁴⁶ Asimismo, en su revisión de BBC, Ofcom identificó que verificar el cumplimiento de las métricas en pantalla puede ser difícil, porque si no es evidente o expresa la pertenencia a algún grupo subrepresentado (p. ej. PCD), no cuenta para efectos de la métrica. En cuanto a discapacidad psicosocial asociada a salud mental, en muchas ocasiones las personas no declaran dicha discapacidad o se tienen estigmas en relación a ese tipo de discapacidad, por lo que suelen no reportarse para efectos de la evaluación.⁴⁷

5.2 España

En España la Ley General de la Comunicación Audiovisual establece en su artículo 8 lo siguiente:

85

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Ofcom, *Off-screen research: Interviews with BBC staff working in commissioning*, op. cit.

⁴⁵ BBC, *BBC Diversity Commissioning Code of Practice*, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://downloads.bbc.co.uk/diversity/pdf/diversity-code-of-practice-2018.pdf>

⁴⁶ Ofcom, *Off-screen research: Interviews with BBC staff working in commissioning*, op. cit.

⁴⁷ *Ibidem*.

CLARA LUZ ÁLVAREZ

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurarán ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las PCD, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. De igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.⁴⁸

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realiza periódicamente revisiones en seguimiento a las obligaciones en materia de accesibilidad. Debe destacarse que una comparación del informe de 2014-2015 respecto del de 2018 muestra avances significativos en: la normalización de la discapacidad; en la incorporación de PCD como protagonistas activos en programas de entretenimiento, deportes, actualidad y ficción con roles como tertulianos, deportistas, reporteros, concursantes y actores protagonistas. Sin embargo, la Comisión destaca que aún están muy lejos de alcanzar la proporcionalidad de la presencia de PCD en la programación en televisión abierta. La Comisión además refirió que futuros informes comprenderían no sólo la televisión abierta sino a otros prestadores de servicios audiovisuales.⁴⁹

5.3 México

México es Estado parte de la CDPD y en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión se establece que las audiencias con discapacidad tienen derecho “a que se promueva el reconocimiento de sus capacidades, méritos y habilidades, así como la necesidad de su atención y respeto” (artículo 258 fracción II). Además, se establece que el gobierno federal suscribirá convenios con los concesionarios de televisión para que incorporen programas de formación, sensibilización y participación de las PCD con fundamento en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.⁵⁰

86 El Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), regulador en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión, realizó un estudio mediante sesiones grupales

⁴⁸ Ley General de la Comunicación Audiovisual, España, Boletín Oficial del Estado, 01 de abril de 2010, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-5292-consolidado.pdf>

⁴⁹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el seguimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad correspondiente al año 2018*, op. cit.

⁵⁰ Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, México, Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2011, última reforma 12 de junio de 2018.

y entrevistas de PCD, así como de análisis de contenido de programas en televisión abierta. De los resultados de la investigación se identificó que las PCD que participaron en las sesiones y entrevistas se mostraron inconformes de que se les presente en los medios como personas disfuncionales o como superhumanos. Además, hubo consenso entre ellas de la falta de cultura sobre los diferentes tipos de discapacidad. En cuanto a los 12 programas de televisión analizados en el estudio del IFT, debe decirse que sólo uno fue una mesa de análisis y ninguno fue noticiero. Dentro de dichos programas el estudio identificó que la discapacidad motriz fue la mayormente presentada en los programas, seguido por la auditiva, la visual y finalmente la intelectual.⁵¹

6. RESULTADOS DEL ESTUDIO CUANTITATIVO

6.1 Noticieros

Se analizaron un total de 160 programas de noticieros nocturnos de 4 diferentes canales que tienen cobertura en toda la República Mexicana, uno de ellos es de un medio público. El total de tiempo fue de 101 horas con 21 minutos. Todos los noticieros proveen subtítulos ocultos (*closed caption*), pero únicamente el del medio público provee interpretación en Lengua de Señas Mexicana. Es importante destacar la importancia de la interpretación de Lengua de Señas Mexicana, en atención a que para muchas personas de la comunidad sorda es su lengua materna por lo cual los subtítulos no sustituyen la interpretación.

Existe equilibrio entre la participación de mujeres y hombres como conductores de noticias, sin embargo, ni uno era PCD. De las 232 personas que presentaron secciones en los noticieros (p. ej. de finanzas, clima, deportes), el 63.36% son hombres y el 36.64% son mujeres, ninguna es PCD. La ausencia de una PCD en los 4 noticieros tanto como conductores y como presentadores de secciones denota una falta de representación del colectivo de PCD, pues si se presentara la normalidad, debieran haber también PCD en las pantallas con algún rol, lo cual no aconteció.

Únicamente en 17 programas de noticias se hizo alguna referencia (ya sea como noticia o como tema) a la discapacidad, de esos casos en 5 programas el tema fue abordado como principal mientras que en los 12 programas restantes

⁵¹ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Estudio cualitativo "Relación de las audiencias con discapacidad y los medios y contenidos audiovisuales"*, 2019, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/medios-y-contenidos-audiovisuales/informefinalejecutivodiscapacidad111019_0.pdf

CLARA LUZ ÁLVAREZ

fue un tema mencionado de manera complementaria o sin profundizar. La discapacidad fue presentada como deficiencia en 4 programas, como una desventaja en 3, como personas especiales por lo que han logrado en 3 y como personas titulares de derechos y con respeto a su dignidad en 2 programas. Se mencionaron en esos programas la discapacidad auditiva en 4, la motriz en 3, la intelectual en 2, la visual en 1 y la psicosocial en 1.

Solamente en el 3.12% de los programas de noticias analizados tuvieron alguna noticia o evento cuyo tema de discapacidad fuera principal. Si los noticieros son el espacio natural para que la sociedad reciba información, el tema de discapacidad o de PCD está relegado. Una lectura de dicho porcentaje pudiera ser que no hay temas sobre discapacidad o no hay personas a entrevistar que tengan alguna discapacidad como para incluir en los noticieros, lo cual evidentemente se contrapone a la existencia en la República Mexicana de más de 20 millones de personas con alguna discapacidad o limitación.⁵²

Dentro de los programas de noticias que difundieron alguna noticia o tema sobre discapacidad o PCD, se utilizaron 12 imágenes, donde 3 fueron para visibilizar a las PCD, 2 para presentarlas como personas autónomas y el resto con fines diversos.

6.2 Mesas de análisis.

Se analizaron un total de 95 programas de mesas de análisis de asuntos contemporáneos de interés público de 7 mesas de análisis de 7 televisoras diferentes, 3 de ellas son medios públicos. El total de tiempo fue de 85 horas con 43 minutos. Únicamente en 4 de los programas de mesas de análisis se proveyó subtítulos ocultos (*closed caption*). Ningún programa de mesas de análisis proporcionó interpretación en Lengua de Señas Mexicana.

La importancia de las mesas de análisis para una democracia es que son espacios a través de la televisión abierta en los que se confrontan ideas, posturas y visiones sobre temas de relevancia contemporánea, con lo cual se enriquece el derecho a la información de las personas que acceden a ese tipo de programas. El que sólo 4 programas de mesas de análisis tengan subtítulos ocultos y ninguno interpretación en Lengua de Señas Mexicana refleja un claro perjuicio a las PCD auditiva y posible discriminación con base en la CDPD pues sus opciones para

⁵² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de Población y Vivienda 2020 "Población con limitación o discapacidad por entidad federativa y grupo quinquenal de edad según sexo, 2020"*, op. cit.

recibir información y opiniones de asuntos contemporáneos se reduce sin una razón que parezca justificada.

Predomina significativamente la conducción de mesas de análisis por hombres con un 88.8%. Ninguna PCD es conductora de una mesa de análisis. El 71.6% de los invitados fueron hombres frente al 28.4% de mujeres invitadas, sin que un solo invitado haya sido PCD. Sólo una vez se tocó el tema de discapacidad de todos los programas de mesas de análisis y se hizo sin profundizar.

Las mesas de análisis se nutren con la invitación de personas expertas en diferentes materias, según la temática que se pretenda abordar. La ausencia de PCD en las mesas de análisis líderes en la República Mexicana, tanto en medios públicos como comerciales, debe ser una llamada de atención para la sociedad mexicana. Las PCD deben estar presentes en todas las conversaciones y mesas de análisis y no únicamente en aquellas que tocan el tema de la discapacidad.

6.3 Publicidad

El caso de publicidad transmitida durante los noticieros y las mesas de análisis tampoco parece alentador en cuanto a representar la discapacidad como la normalidad, como parte de la diversidad humana.

Publicidad comercial. En los noticieros se difundieron 2,077 anuncios de publicidad comercial de los cuales únicamente en 8 apareció una PCD (0.38%) y de estos sólo en 4 fue la PCD protagonista (0.19%). El caso de publicidad transmitida durante las mesas de análisis va a tono con los resultados de los noticieros. Se difundieron 412 anuncios de publicidad comercial de los cuales únicamente en 1 apareció una PCD (0.24%) y lo hizo como protagonista.

Publicidad gubernamental. La publicidad gubernamental y de partidos políticos en noticieros fue de 77 anuncios, de los cuales únicamente en 2 apareció una PCD y lo hizo de fondo, sin un rol específico. La publicidad gubernamental y de partidos políticos fue de 227 anuncios, de los cuales únicamente en 1 apareció una PCD y lo hizo de fondo, sin un rol específico.

Autopromoción de la televisora. La publicidad o anuncios del propio canal de televisión (autopromoción de la televisora) fue de 254 anuncios en los noticieros y de 177 anuncios en las mesas de análisis, sin que en uno solo de esos anuncios apareciera una PCD.

Estos resultados en la publicidad por lo que respecta a la presencia de PCD ameritan futuras investigaciones acerca de las razones para excluirlas o de que su presencia sea casi nula. ¿Qué ha hecho que anunciantes comerciales, gubernamentales, de partidos políticos y los anuncios de la propia televisora puedan

CLARA LUZ ÁLVAREZ

prescindir de una manera tan evidente de PCD como protagonistas en los anuncios? ¿Es falta de sensibilidad? ¿Es discriminación? ¿Son ambas?

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La diversidad humana exige presentar a las PCD como parte de la normalidad, es decir, de manera proporcional, sin prejuicios, con los distintos tipos de discapacidad y con intersección a otras condiciones (p. ej. género-mujeres con discapacidad). Por lo cual constituye discriminación la ausencia o escasa presencia de PCD en los medios de comunicación y en especial en la televisión abierta por su penetración en la inmensa mayoría de los hogares mexicanos. Esta discriminación no sólo atenta contra las PCD sino contra el derecho a la información de la sociedad en general.

Es obligación de los Estados que sean parte de la CDPD el implementar medidas para cambiar costumbres y prácticas que discriminen, por tanto, si los medios de comunicación reflejan la normalidad como ausencia de discapacidad, entonces México debe realizar lo necesario para esa modificación. Si bien es fundamental sensibilizar y generar conciencia en cuanto a las PCD y el debido respeto a su dignidad, eso no basta para revertir la casi invisibilidad de las PCD en la televisión abierta.

La diversidad hace posible confrontar las ideas y las opiniones propias con otras diferentes y divergentes, lo que lleva a una mayor participación y a un debate crítico e informado en asuntos de interés público. Por su parte, la televisión abierta transmite significados y valores que contribuyen a la formación de la opinión y la cultura ciudadana, sin desconocer que está aumentando la presencia de las plataformas digitales en esa formación.

Debe reconocerse que el cambio hacia la normalidad que incorpore a las PCD no se dará por generación espontánea como lo muestra la experiencia comparada. En consecuencia, el Estado mexicano, el sector privado y la sociedad deben realizar acciones decididas y concretas para avanzar hacia una debida representación y participación de las PCD en la televisión abierta y en otros medios de comunicación.

Incluir a las PCD como parte de la diversidad humana es fundamental en especial en aquellos programas que tengan una incidencia en la democracia como los noticieros y las mesas de análisis de asuntos contemporáneos al contribuir este tipo de programación con el derecho a la información de la sociedad. Se abren nuevas líneas de investigación en cuanto a la diversidad en la cadena

de producción de contenidos (*off-screen*) y su influencia en lo que se refleja en pantalla.

Esta investigación mostró que la presencia y la participación de PCD en la televisión abierta en México es nula en cuanto a conductores de noticieros y presentadores de secciones en estos, así como de moderadores e invitados en las mesas de análisis de asuntos contemporáneos. La discapacidad abordada como un tema principal en los noticieros fue muy baja y nunca estuvo presente en las mesas de análisis.

Si bien los noticieros sí tenían subtítulos, sólo uno incluyó interpretación en lengua de señas. No todas las mesas de análisis contaron con subtítulos y ninguna tuvo intérprete en lengua de señas. Esto por sí mismo muestra una afectación a las PCD auditiva en contravención de los principios de la CDPD.

La publicidad siguió la línea de no presentar a las PCD como parte de la diversidad humana durante los programas analizados. La publicidad comercial presentó PCD en sus anuncios de manera muy excepcional y muy escasa. La publicidad gubernamental y de partidos políticos incluyó PCD de forma insignificante y cuando apareció alguna fue de fondo o de relleno, sin un rol específico. Ninguna televisora incluyó en sus propios anuncios de programas y de su canal, una sola PCD.

Dada la escasa y, en algunos casos, nula presencia y participación de PCD en la televisión abierta, México tiene mucha oportunidad de mejorar, aprendiendo de las buenas prácticas de la experiencia comparada y para cumplir con sus obligaciones bajo la CDPD. Por tanto, México podría al menos:

1. Evidenciar que la diversidad no sólo es una obligación en la CDPD, sino que es conveniente para que las audiencias se vean reflejadas en las pantallas.
2. Sensibilizar y generar conciencia en los medios de comunicación y en las audiencias respecto a la importancia para la democracia el que la discapacidad sea parte de la normalidad, reconociendo las capacidades, habilidades y aportaciones de las PCD.
3. Promover la adopción por parte de los medios de comunicación y televisoras de estrategias para la diversidad que busquen activamente la diversidad e inclusión de PCD como parte de la normalidad. Esto incluiría al menos que las PCD sean entrevistadas en los noticieros y sean invitadas a las mesas de análisis, sin importar el asunto y no únicamente cuando el tema sea discapacidad.

4. Deben establecerse métricas para evaluar los avances en diversidad, para lo cual deberán realizarse estudios y revisiones periódicas tanto de la accesibilidad a las telecomunicaciones por PCD como de la presencia y normalidad de las PCD en los diferentes géneros de programas.
5. Deben realizarse nuevas investigaciones sobre la presencia (ausencia) de PCD en distintos géneros de programas y en la publicidad, así como incluir además de la televisión abierta a otros medios de comunicación vía internet tales como portales de noticias y video en línea (*streaming*).

8. REFERENCIAS

- Álvarez, Clara Luz, “Telecom y accesibilidad, ¿dónde estamos?”, *Reforma*, 8 de diciembre de 2021, México.
- Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, Posgrado en Derecho de la UNAM, 2018, Disponible en: http://derecho.posgrado.unam.mx/site_cpd/public/publis_cpd/telecomyradiodifusenMX.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006, Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- BBC, *BBC Diversity Commissioning Code of Practice*, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://downloads.bbc.co.uk/diversity/pdf/diversity-code-of-practice-2018.pdf>
- Chipre, Laura, Fernández, Minste, Vidal, Pau, *Tratamiento de la discapacidad en los medios de comunicación*, 2017, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.observatoridiscapacitat.org/sites/default/files/documents/monografic_9_cast_v6.pdf
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad y presencia de las personas con discapacidad en los medios audiovisuales (2014-2015)*, 2016, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1313004_7.pdf
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el seguimiento de las obligaciones impuestas en materia de accesibilidad correspondiente al año 2018*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3062819_0.pdf
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 2. (2014): Artículo 9. Accesibilidad*, 2014, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Art%C3%ADculo-9-Accesibilidad.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, 2017, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en:

- <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-5-Art%C3%ADculo-19-Vida-independiente.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm. 6. (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*, 2018a, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-opor-tunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención*, 2018b, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-7-Articulo-4.3-Pa-rticipaci%C3%B3n-sociedad-civil.pdf>
- Dávila, María Celeste, Revilla, Juan Carlos y Fernández-Villanueva, Concepción, “Más allá de la mera exposición: Violencia en televisión en horario protegido”, *Revista Latina de Comunicación Social*, número 73, 2018, pp. 352-368, Disponible en: <http://www.revistalatinacs.org/073paper/1259/18es.html>
- Documenta y CIMAC, *Manual de comunicación para la incidencia de mujeres con discapacidad*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2021/03/Manual.pdf>
- Goyanes, Manuel, Lestón-Huerta, Tania y Mazza, Barbara, “¿Qué hemos aprendido sobre la Radiodifusión de Servicio Público en el Mundo? Una Revisión Sistemática de la Literatura y Sugerencias para Investigaciones Futuras”, *Revista Latina de Comunicación Social*, número 79, 2021, pp. 66-88, Disponible en: <https://doi.org/10.4185/RLCS-2020-1489>
- Helberger, Natali, “Diversity by Design”, *Journal of Information Policy*, volumen 1, 2001, pp. 441-469, Disponible en: <https://doi.org/10.5325/jinfopoli.1.2011.0441>
- Heumann, Judith, Salinas, Katherine y Hess, Michellie, *Road map for inclusion: Changing the face of disability in media*, 2018, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.fordfoundation.org/media/4276/judyheumann_report_2019_final.pdf
- Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo octavo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Telecomunicaciones*, México, Diario Oficial de la Federación, 27 de febrero de 2014, Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334106&fecha=27/02/2014
- Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Título de concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias para uso comercial que otorga el Instituto Federal de Telecomunicaciones, en lo sucesivo el Instituto, a favor de Cadena Tres I, S.A. de C.V.*, México, 27 de marzo de 2015.

- Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Estudio cualitativo “Relación de las audiencias con discapacidad y los medios y contenidos audiovisuales”*, 2019, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/medios-y-contenidos-audiovisuales/informe-finalejecutivodiscapacidad111019_0.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional sobre Discriminación “Distribución porcentual de la población de 12 años y más con discapacidad, por opinión sobre frases de prejuicio hacia su mismo grupo, según sexo”*, México, 2017.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares “Hogares con equipamiento de tecnología y comunicaciones, según tipo de equipo, 2001 a 2019”*, México, 2019.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de Población y Vivienda 2020 “Población con limitación o discapacidad por entidad federativa y grupo quinquenal de edad según sexo, 2020”*, México, 2020.
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, México, Diario Oficial de la Federación, 14 de julio de 2014, última reforma 20 de mayo de 2021.
- Ley General de la Comunicación Audiovisual, España, Boletín Oficial del Estado, 01 de abril de 2010, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-5292-consolidado.pdf>
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, México, Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2011, última reforma 12 de junio de 2018.
- Nielsen Ibope, *Los noticieros en tiempos de COVID “Noticieros incrementan su audiencia durante la semana 12 de la pandemia”*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <https://www.nielsenibope.com/2020/08/26/los-noticieros-en-tiempos-de-covid-19/>
- Ofcom, *Off-screen research: Interviews with BBC staff working in commissioning*, 2018, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0023/124259/craft-research-bbc-interviews.pdf
- Ofcom, *Diversity and equal opportunities in television and radio 2019/20*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0022/207229/2019-20-report-diversity-equal-opportunities-tv-and-radio.pdf
- Organización Mundial de la Salud, *Discapacidad y salud “Datos y Cifras”*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>
- Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta, diversa, plural e inclusiva*, 2014, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/Informe%20Tem%C3%A1tico%20TV%20Digital.pdf>
- Sánchez-Soriano, Juan-José y García-Jiménez, Leonarda, “La construcción mediática del colectivo LGTB+ en el cine blockbuster de Hollywood. El uso

del pinkwashing y el queerbaiting”, *Revista Latina de Comunicación Social*, número 77, 2020, pp. 95-116, Disponible en: <https://doi.org/10.4185/RLCS-2020-1451>

USC Annenberg, *Inequality in 1,300 Popular Films: Examining Portrayals of Gender, Race/Ethnicity, LGBTQ & Disability from 2007 to 2019*, 2020, [Consultado 21 de enero de 2022], Disponible en: https://assets.uscannenberg.org/docs/aii-inequality_1300_popular_films_09-08-2020.pdf

9. ANEXO

Noticieros nocturnos en la República Mexicana

Empresa / Institución	Canal	Nombre del Noticiero	Días	Hora de inicio
Azteca	1.1	Hechos	Lunes a viernes	22:30
Televisa	2.1	En Punto	Lunes a viernes	22:30
ImagenTV	3.1	Imagen Noticias	Lunes a viernes	22:30
Instituto Politécnico Nacional (medio público)	11.1	Once Noticias	Lunes a viernes	21:00

Noticieros					
Periodo	Número de noticieros	Número de programas de los noticieros analizados	Total de minutos de los noticieros	Noticieros con Lengua Señas Mexicana	Subtitulajes
I (16.07.2020 al 14.08.2020)	4	110	4,195	1*	4
II (8.02.2021 al 19.02.2021)	4	50	1,886	1*	4
Total	4	160	6,081	1*	4

*Sólo el noticiero del medio público contaba con interpretación en Lengua de Señas Mexicana

Conductoras(es) de noticieros				
Periodo	Mujer	Hombre	LGBT+	PCD
I	48	62	0	0
II	33	27	0	0

CLARA LUZ ÁLVAREZ

Conductoras(es) de noticieros				
Total	81	89	0	0

Personas que presentan secciones dentro de los noticieros				
Periodo	Mujer	Hombre	LGBT+	PCD
I	53	84	0	0
II	32	63	0	0
Total	85	147	0	0

Discapacidad como tema			
Periodo	I	II	Ambos periodos
¿En cuantos programas de noticias se refirieron al tema de discapacidad?	14	3	17
¿En cuántos mencionaron alguna discapacidad en específico?	9	2	11
Auditiva	3	1	4
Visual	1	0	1
Motriz	2	1	3
Intelectual	2	0	2
Psicosocial	1	0	1
¿En qué sentido se trató la discapacidad? (Puede ser en un sentido o más)			
Como enfermedad o deficiencia	3	1	4
Como persona en desventaja	2	1	3
Como personas especiales por lo que han logrado	1	2	3
Como titulares de derechos y con respeto a su dignidad	2	0	2
Otro	8	0	8
El tema fue:			
Principal	3	2	5
Complementario	6	1	7
Sin profundizar	5	0	5

LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FUNDAMENTO JURÍDICO...

Imágenes de PCD o sobre discapacidad			
Periodo	I	II	Ambos periodos
¿En cuantos programas de noticias incluyeron imágenes de PCD o sobre discapacidad?	9	3	12
Las imágenes fueron para:			
Visibilizar a las PCD	3	0	3
Presentarlas como personas dependientes	0	0	0
Presentarlas como personas autónomas	0	2	2
Sensibilizar sobre la importancia de eliminar barreras	0	0	0
Reforzar estereotipos	0	0	0
Otros	7	1	8
Publicidad Comercial			
Periodo	I	II	Ambos Periodos
Número de anuncios	1,436	641	2,077
¿En cuántos apareció una PCD?	1	7	8
La(s) PCD en el anuncio era:			
Protagonista	1	3	4
De fondo	0	4	4
Publicidad Gubernamental y de Partidos Políticos			
Periodo	I	II	Ambos periodos
Número de anuncios	38	39	77
¿En cuántos apareció una PCD?	0	2	2
La(s) PCD en el anuncio era:			
Protagonista	0	0	0
De fondo	0	2	2
Publicidad de la Propia Radiodifusora o Autopromoción			
Periodo	I	II	
Número de anuncios	169	85	254
¿En cuántos apareció una PCD?	0	0	0
La(s) PCD en el anuncio era:			

CLARA LUZ ÁLVAREZ

Publicidad de la Propia Radiodifusora o Autopromoción			
Protagonista	0	0	0
De fondo	0	0	0

Conductoras(es) de la mesa de análisis				
Periodo	Mujer	Hombre	LGBT+	PCD
I	9	73	0	0
II	4	30	0	0
Total	13 (11.2%)	103 (88.8%)	0	0

Invitadas(os) a las mesas de análisis				
Periodo	Mujer	Hombre	LGBT+	PCD
I	46	120	0	0
II	26	61	0	0
Total	72 (28.4%)	181 (71.6%)	0	0

Discapacidad como tema			
Periodo	I	II	Ambos periodos
¿En cuantos programas de mesas de análisis se refirieron al tema de discapacidad?	1	0	1
¿En cuántos mencionaron alguna discapacidad en específico?	1	0	1
Auditiva	0	0	0
Visual	0	0	0
Motriz	1	0	1
Intelectual	0	0	0
Psicosocial	0	0	0
El tema fue:			
Principal	0	0	0
Complementario	0	0	0
Sin profundizar	1	0	1

LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FUNDAMENTO JURÍDICO...

Publicidad Comercial			
Periodo			
Número de anuncios			
¿En cuántos apareció una PCD?			
La(s) PCD en el anuncio era:			
Protagonista	1	1	1
De fondo	0	0	0

Publicidad Gubernamental y de Partidos Políticos			
Periodo	I	II	Ambos periodos
Número de anuncios	111	116	227
¿En cuántos apareció una PCD?	0	1	1
La(s) PCD en el anuncio era:			
Protagonista	0	0	0
De fondo	0	1	1

Publicidad de la Propia Radiodifusora o Autopromoción			
Periodo	I	II	Ambos periodos
Número de anuncios	129	48	177
¿En cuántos apareció una PCD?	0	0	0
La(s) PCD en el anuncio era:			
Protagonista	0	0	0
De fondo	0	0	0

Relación entre ciencia jurídica y democracia*

The relation between legal science and democracy

Paula Angélica Cervantes Ayala**

RESUMEN

La falta de identidad hacia las leyes impide la conformación de una identidad política desde la cual sea posible ejercer de manera efectiva el oficio de la ciudadanía. La autora sostiene que esto se debe al rol que desempeña el conocimiento depositado en las leyes, en cuanto al funcionamiento de las relaciones políticas ciudadanas; así como a la complejidad que constituye el entendimiento del derecho por su falta de accesibilidad para conformarse como parte del conocimiento de lo común. Frente a esto, la autora discurre sobre un tipo de conocimiento no documentado, que parte de la relación que existe entre democracia y ciencia jurídica, desde la que transcurre la historia micro social del derecho. Historia, a partir de la cual sostenemos que es viable desarrollar la parte instrumental de la democracia en los procesos de formación cívica.

PALABRAS CLAVE

Ciencia jurídica inexplorada, mecanismo de control constitucional individualizado, micro aplicación del derecho, epistemología del civismo, aptitud institucional, democracia.

ABSTRACT

The lack of identity regarding the law prevents the formation of a policy to effectively practice the purpose of citizenship. In the present article we will discuss that this is due to the role knowledge plays when it is placed in the laws regarding the functioning of citizen political relations; as well as the complexity that constitutes the understanding of the Law by the people to whom they are directed, due to its lack of accessibility to be constituted as part of common knowledge. Hence, we will discuss knowledge that hasn't been documented yet, which starts from the relationship that exists between democracy and legal science, throughout the micro-social history of Law. History, from which, we contend that it is feasible to develop the instrumental part of democracy in the process of civic education.

KEY WORDS

Unexploited legal science, individualized constitutional control mechanism, micro-application of Law, civic epistemology, institutional ability.

*Artículo de investigación postulado el 31 de agosto de 2021 y aceptado el 22 de noviembre de 2021

**Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. (paulaac_2000@yahoo.com.mx)
orcid.org/0000-0002-4517-3752

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

SUMARIO

1. Introducción
2. Teoría del Progreso
- 3; Relación entre la ciencia jurídica y el establecimiento de la democracia
4. Las Instituciones, cimientos de la vida en sociedad
5. Teoría de la distribución del conocimiento
6. Teorías de la construcción social de la realidad y los fundamentos del conocimiento en la vida cotidiana
7. Conclusiones
8. Bibliohemerografía.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo es un fragmento de la investigación *Políticas educativas para la alfabetización jurídica, desarrolladas mediante el ejercicio de la ciudadanía temprana*¹, a partir de la cual se ha expuesto un panorama general de diversos antecedentes históricos, filosóficos y conceptuales del ejercicio de la democracia y la ciudadanía, y discriminado sus elementos constitutivos. Tomando como referente ese examen sabemos que, la ciudadanía se construye como forma de vida y como método de procedimiento, sin que de este último se haya construido un estudio formal, desde el cual se puedan establecer técnicas y procesos que se apliquen a la formación cívica, por lo cual, dedicaremos este apartado a esbozar las bases de un tipo de conocimiento no documentado, que parte de la relación que existe entre democracia y ciencia jurídica.

Para ello, nos apoyaremos en: la teoría del progreso, que nos servirá para demostrar la necesidad de desarrollar la base instrumental de la democracia, depositada en las leyes, a partir del establecimiento de una ciencia segura; la teoría de las instituciones como cimientos de la vida en sociedad, desde donde examinaremos que no existe un instinto de la patria, vivimos una vida jurídico institucional delimitada a partir de un sistema de leyes, la democracia se da gracias a las instituciones, por lo cual, es deseable que el saber científico dicte la práctica política; y, las teorías la distribución del conocimiento y los fundamentos de la vida cotidiana, para identificar los defectos en la opinión pública y la necesidad

¹ La investigación se dio a conocer en el artículo: "Aproximaciones hacia una política educativa de alfabetización jurídica", en el número 27 de Dikê, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica. Disponible en: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/download/764/pdf>

de conformar conceptos que integren el sentido de lo común de la vida política ciudadana.

Ello, con el propósito de visualizar la distribución de saberes básicos para integrarse a la sociedad y distinguir cuáles serían las competencias jurídicas pragmáticas, pensadas desde una epistemología del civismo, una teoría de saberes cívicos.

2. TEORÍA DEL PROGRESO.

Examinaremos la obra de Condorcet², específicamente, lo referente a que: la Ley y la Instrucción son los principales factores de cambio.

En sus proyectos de instrucción pública y educación nacional señala que, para instituir a un ciudadano es necesaria la educación, siendo pertinente aclarar que, con instituir refiere a la instrucción que debe darse a los niños. “Es necesario que el hombre se instruya y se eduque mediante una especie de contrato, a fin de construir un pueblo de soberanos.” (Citado por FILIPO ARAUJO, 2015). Sobre el tipo de instrucción que propone, refiere que la educación cívica entraña el conocimiento de las leyes, pues no sólo hay que amarlas, sino que hay que poder criticarlas y revisarlas.

De manera curiosa, su planteamiento sobre la importancia de regirnos por las leyes sociales, parte de un parangón que hace respecto de éstas y las leyes de la naturaleza, se pregunta:

“Si el hombre puede predecir con una seguridad casi total los fenómenos cuyas leyes conoce; si, incluso cuando le son desconocidas, puede, por la experiencia del pasado, prever con una gran probabilidad los acontecimientos del porvenir, ¿por qué habría de considerarse como una empresa quimérica la de trazar, con una cierta verosimilitud, el cuadro de los futuros destinos de la especie humana por los resultados de su historia? El único fundamento de la creencia en las ciencias naturales consiste en la idea de que las leyes generales, conocidas o ignoradas, que rigen los fenómenos del universo son necesarias

103

² El Marqués de Condorcet, uno de los máximos filósofos de la Luces y su último representante -debido a que todos los grandes ilustrados murieron antes del estallido de la Revolución Francesa, excepto él, a quien le tocó vivirla y tomar parte activa-, es considerado, el encargado de materializar toda la fuerza y las preocupaciones de su época con la finalidad política de transformar a la sociedad; el iniciador de la escuela pública como servicio público, gratuito y universal, y gran teorizador en el tratamiento integral de las cuestiones pedagógicas-educativas; precisamente, por la exigencia que planteó de instituir al ciudadano. FILIPO ARAUJO, Alberto. *Condorcet y la Educación: Aportes para la formación de un "hombre nuevo"*. Revista Educación y Pedagogía, Vol. XII, No. 26-27, Universidad de Antioquia, Colombia. Passim.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

y constantes. Y por qué razones habría de ser este principio menos verdadero para el desarrollo de las facultades intelectuales y morales del hombre, que para las otras operaciones de la naturaleza.”³

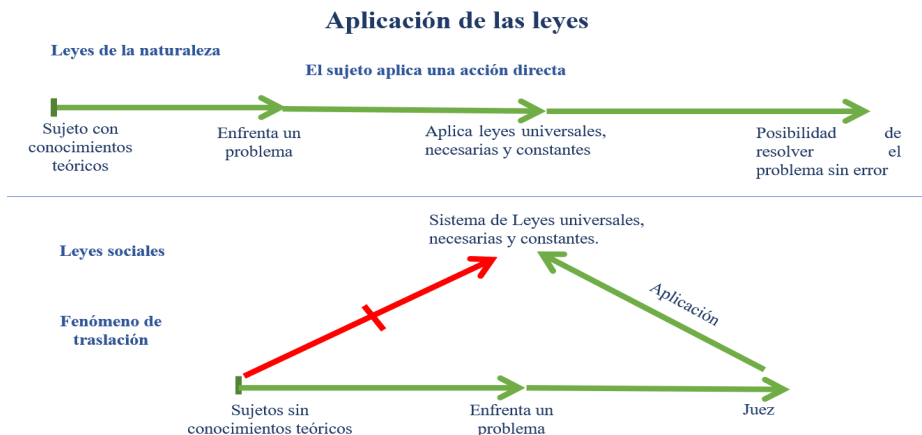
Bajo esa perspectiva, procuraremos clarificar la verdad de la premisa: si nos regimos a partir de las leyes del hombre, formuladas para entender los fenómenos físicos, por qué no deberíamos hacer lo mismo respecto de las leyes que rigen los fenómenos sociales, ambas son construcciones del hombre, útiles para la toma de decisiones en la resolución de los problemas de la vida cotidiana.

La premisa podría ser objetada a partir del argumento de que, los fenómenos de la naturaleza son previsibles en comparación con la acción del hombre, que no sólo está determinada por su naturaleza física, sino también por la artificial, que se adquiere a partir de una cultura específica; sin embargo, si consideramos que, mundialmente se ha llegado a un consenso sobre el reconocimiento de unos derechos mínimos, que se consideran universales, constantes y necesarios para la continuidad de la vida, depositados en las leyes, independientemente de la cultura a la que se pertenezca, la premisa se torna convincente.

Sin embargo, creemos que la verdad de esta premisa tiene una condición, está supeditada a que la aplicación de la ley ya sea física o social, se realice en forma directa por la persona que ha de solucionar un problema, tomando como fundamento los postulados que determina la ley en cuestión.⁴ Analicemos el argumento en forma gráfica. Diagrama 3. Aplicación de las leyes:

³ CONDORCET. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*. Edición preparada por A. Torres del Moral, Traducción de Marcial Suárez. Madrid, Editora Nacional, (1980 [1793]), p. 225.

⁴ Pensemos, por ejemplo, en la historia de William Kamkwamba, un ingeniero malauí que de joven construyó un aerogenerador para abastecer de energía eléctrica a Wimbe, su ciudad natal, donde es palpable cómo se soluciona un problema a partir del conocimiento de las leyes de la física: una persona detecta un problema y aplica los conocimientos teóricos que tiene sobre leyes universales, necesarias y constantes para resolverlo. Andrea Calderwood & Gail Egan, *The Boy Who Harnessed the Wind* [Película] Netflix, Reino Unido. 2019.



Como se ve, en la aplicación de las leyes físicas existe una acción directa por parte del sujeto que las utiliza con la finalidad de resolver un problema, haciendo uso del conocimiento teórico que tiene (está implicado con el problema y comprometido con su solución, participa de ésta). En cambio, la dinámica de aplicación de las leyes sociales es distinta, existe una traslación de la acción de aplicación conferida a los jueces para la resolución de los conflictos, y el camino hacia la aplicación directa de la ley está cerrado.

Que esto sea así parte de una razón objetiva, en tanto que, bajo el sistema de leyes a partir del cual funciona la sociedad, dicha traslación de la aplicación encargada a los jueces para la resolución de los conflictos, se sustenta bajo el principio jurídico de que *nadie puede hacerse justicia por propia mano*.⁵

Por lo tanto, la ciencia jurídica se ha encargado de determinar los parámetros de normativa epistémica respecto de dicha aplicación, para la conformación de teorías que provean de conceptos y modelos a partir de los cuales sea posible realizar una interpretación que pueda evitar los errores.

Sin embargo, lo que aquí sostendremos es que, todo ciudadano, previo a la necesidad de recurrir a una instancia judicial para dirimir sus conflictos, tiene la posibilidad interpretar la ley para ajustar sus actos, de manera que tenga la

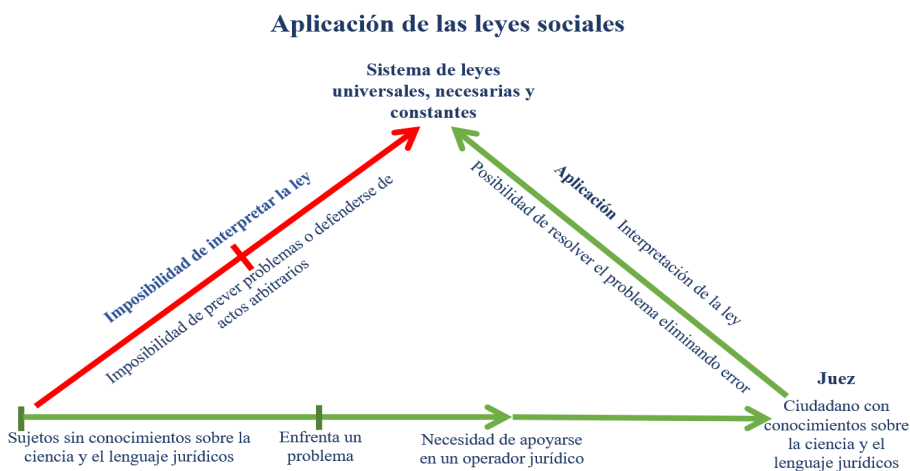
⁵ En México, este principio jurídico está depositado en el artículo 17 de la Constitución Federal, que entre otras cuestiones dispone que, ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

posibilidad de preverlos, o de frenar un acto de autoridad arbitrario, haciendo uso de las mismas herramientas que ocupan los jueces para la aplicación de la ley: el conocimiento teórico sobre la ciencia y el lenguaje jurídicos.

Cabe hacer la precisión de que, nos referimos a la aplicación de la ley, identificando al acto de interpretación que se hace de su texto, a partir de un procedimiento hermenéutico en donde el lenguaje sirve como interprete, y no así, al acto formal de emitir una decisión judicial bajo el poder coercitivo del Estado. Desde esa perspectiva, de observar la aplicación de la ley desde su aspecto interpretativo, sostenemos que es posible abrir ese camino cerrado hacia la “aplicación” directa de la ley por parte de los ciudadanos. Pero es preciso matizar esta premisa, para lo cual regresaremos a examinar el diagrama anterior, ahora desde una visión más detallada en cuanto a la aplicación de la leyes sociales.

Diagrama 4. Aplicación de las leyes sociales:



Como se aprecia, los elementos que permiten la interpretación de la ley son los conocimientos que se tienen sobre la ciencia y el lenguaje jurídico, lo cual tiene una implicación adicional a la traslación de la aplicación de la ley, que es la dificultad de acudir directamente ante un Juez a solicitar la resolución del conflicto, en la gran mayoría de los casos, requeriremos de la asesoría de un perito en Derecho que pueda actuar en nuestro nombre y representación; todo lo cual, ha convertido a las leyes en construcciones sociales que el grueso de los ciudadanos no alcanza a comprender correctamente, menos se tiene la

capacidad de utilizarlas en favor propio, y mucho menos, de identificarse con su contenido. Pero, además, y quizá todavía más importante, es el hecho de que se ha favorecido que las leyes sean usadas como instrumento de solución de conflictos y no de prevención de aquellos.

La existencia de órganos encargados del control de la Constitución no es la única vía que tienen los ciudadanos para defender sus derechos o frenar actos de autoridad ilegales; pero lograrlo se convierte complejo, pues se tiene la necesidad que acudir con profesionales del derecho que los hagan valer, pues únicamente los operadores jurídicos, incluidos los jueces, son los únicos ciudadanos que cuentan con la capacidad de interpretar las leyes.

Hasta donde hemos averiguado, no es posible determinar con certeza el por qué sólo los operadores jurídicos, incluidos los jueces, son los únicos con la posibilidad de saber leer la ley; pero sí podemos afirmar que, de origen, no fue previsto de esa manera, por el contrario, hemos hallado elementos dentro de las ideas a partir de las cuales se estableció la democracia como forma de gobierno, y la ciudadanía como unidad mínima de ese sistema, donde se establece la necesidad de que los ciudadanos cuenten con la capacidad de leer la Constitución. Repliquemos tres fuentes directas de Aristóteles, Alexis de Tocqueville y Benito Juárez.

Para Aristóteles es ciudadano “el que tiene participación legal en la autoridad deliberante y la judicial”⁶, sólo quien tiene la capacidad de ser Juez puede ser ciudadano y viceversa, por lo cual, el sentido que debemos dar a la expresión “participación legal en la autoridad judicial”, refiere a que ambos, juez y ciudadano deben ser guardianes de la Constitución. De ahí que, la construcción del concepto de ciudadano que aquí se pretenda formar es la de ciudadano constitucional.

Tocqueville sostiene que el ejercicio de la soberanía es una labor que incide todos los días en la vida de los ciudadanos, mayormente, a partir de las diferentes asociaciones civiles y políticas en que se ven implicados todos los días, y que están sujetas a la vigilancia del Estado, para garantizar la legalidad de sus actuaciones, y es así como puede afirmarse que es el pueblo el que gobierna; para lo cual se requiere hacer un estudio especial de las leyes:

107

“Depende de las leyes despertar y dirigir ese instinto vago de la patria que no abandona nunca el corazón del hombre y que, al ligarlo a los pensamientos, a las pasiones y a las costumbres de cada día, hace de él un sentimiento reflexivo

⁶ ESTÉVANEZ, NICOLÁS, “Aristóteles. La Política”. Casa Editorial Garnier Hermanos, s.a. PARÍS, 1920, p. 96.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

y durable. (...) ¿No veis que las religiones se debilitan y que la noción divina de los derechos desaparece?, ¿no descubris que las costumbres se alteran y que con ello se borra la noción moral de los derechos?, ¿no percibís que en todas las partes las creencias dejan lugar a los razonamientos y los sentimientos de cada uno? Si no lográis unir la idea de los derechos al interés personal, que se ofrece como único punto inmóvil en el corazón humano, ¿qué os quedará para gobernar sino el miedo?

Los ciudadanos que gozan de sus derechos son aquellos que saben servirse mejor de ellos, no exagero el valor de esta ventaja, las verdaderas luces nacen de la experiencia de gobernarse a si mismo, y los conocimientos literarios no son de gran auxilio. Los conocimientos especiales que los legistas adquieren estudiando la ley, les asegura un rango aparte en la sociedad y forman una especie de clase privilegiada, encuentran cada día la idea de esa superioridad en el ejercicio de su profesión, son los maestros de una ciencia necesaria, cuyo conocimiento no está difundido”.⁷

Benito Juárez declaró en el Manifiesto de 1859 que la instrucción es la primera base de prosperidad de un pueblo, y a la vez, el medio más seguro para evitar los abusos del poder, por lo que el gobierno debería promover y fomentar la publicación de manuales sencillos y claros sobre los derechos y obligaciones, que serían aprendidos por los más chicos para adquirir las “nociones útiles” de bienestar general de la sociedad.⁸

Como se ve, dichos postulados guardan correspondencia con la premisa de Condorcet, respecto a que la ley y la instrucción son los principales instrumentos para el progreso de las sociedad, sin embargo, la diferencia radica en que Condorcet trazó una forma de materializar esas ideas, analizó, como ningún otro teórico, la forma en que los ciudadanos deben apropiarse del poder que les confiere la soberanía, y que, a su juicio, deben ejercer en forma directa. La teoría del progreso soporta dos premisas que aquí se pretenden retomar:

⁷ Tocqueville, Alexis. “La democracia en América”. Traducción: Carlos Cerrillo Escobar, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1911, t. II, p. 350.

⁸ Tamayo, J.L. Selección y notas de Juárez, Benito. “Documentos, Discursos y Correspondencia”. Edición digital coordinada por Héctor Cuauhtémoc Hernández Silva. Versión electrónica para su consulta: Aurelio López López. [CD-ROM] editado por la Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco. Primera edición electrónica. México, 2006.

- 1) a partir de la instrucción y la ley, es decir, instruir a los niños para que tengan la capacidad de amar, criticar y revisar la ley, es posible equilibrar las desigualdades sociales, ser libres y lograr el progreso social;
- 2) la necesidad de ser capaces de amar, criticar y revisar las leyes tiene una finalidad práctica en la vida cotidiana, servir de contrapeso de poder dentro del orden constitucional.

Condorcet sostiene que, si los ciudadanos detentan el poder, han de tener una intervención directa que no sólo se traduce en el sufragio universal, pues puede darse el caso de que los representantes no cumplan con su función y dicten leyes injustas, en cuyo caso, los ciudadanos no tienen por qué obedecerlas, por lo cual, han de poder discriminar las leyes injustas e injustas. Incluso elabora un método que le parece accesible a los ciudadanos, con el propósito de facilitar el conocimiento de los propios intereses que contribuye a la igualdad entre los hombres, haciendo la ley más sencilla, rasgo de su idoneidad, que consiste en: identificar cuatro grupos de leyes según su objeto, para luego distinguir si cumple con seis propósitos determinados. Y señala que, dado que los ciudadanos no pueden participar por sí mismos en la función legislativa, tienen la obligación de ratificar las leyes a partir del referéndum.⁹

Argumenta que, sólo la instrucción libera de la ignorancia “sólo un ciudadano libre y emancipado del yugo de la tiranía y la ignorancia, mediante la educación, vuelve al hombre indefinidamente perfectible”. Distingue que la ciudadanía es un derecho de ejercer la voluntad propia dentro de los límites que marcan las leyes, por lo que es crucial poder juzgarlas.¹⁰

Tal es el peso que Condorcet confiere a las leyes, que su obra se sitúa como una tesis de la indiferencia a las formas de gobierno, en tanto sostiene que, lo que realmente importa no es la forma de gobierno, sino la representación, la igualdad y la libertad, que se logra una vez que los ciudadanos son capaces de ratificar la leyes más importantes -leyes reforzadas-, con la finalidad de que la opinión pública no quede demasiado alejada de la función legislativa: “una verdadera democracia es la combinación de elementos del sistema representativo con elementos del gobierno popular directo”. Parte de la postura de un Estado abstencionista, señala “un pueblo que quiera ser libre y tranquilo necesita unas leyes e instituciones que reduzcan la acción del gobierno a su menor cantidad

⁹ Op. cit. CONDORCET. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, p. 64.

¹⁰ Op. cit. FILIPO ARAUJO, Alberto. *Condorcet y la Educación: Aportes para la formación de un “hombre nuevo”*, p. 85

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

posible (...) Esta casi nulidad de acción de gobierno debe ser el resultado de un sistema de leyes sabiamente combinado”.¹¹

Un sistema de leyes sabiamente combinado es, en opinión de Condorcet, aquel que se extrae de la razón universal, que para él es muy clara y aplicable en todas partes del mundo, se conforma por: la verdad, la razón, la justicia, los derechos del hombre, el interés de la propiedad, libertad y seguridad. Refiere: “una buena ley debe ser buena para todos los hombres, como una proposición verdadera lo es igualmente para todos”.¹²

La universalidad legislativa se impone como una formula evidente bajo las ideas de uniformidad y seguridad, que constituyen entendimientos exactos. Por lo que advierte que, difícilmente puede llegarse a ese ideal legislativo e institucional sino es contando con hombres ilustrados e instruidos, los hombres no pueden disfrutar de sus derechos cuando los ignoran; en una nación mayoritariamente instruida no pueden arraigar leyes injustas ni imprudentes. La instrucción es igual a libertad e igualdad, pero más importante es el vehículo desde el que pueden materializarse tales principios; no una cualquiera, una instrucción que específicamente difunda las leyes, para que éstas sean usadas como armas del ciudadano, para que tenga la capacidad de regular sus actos y poner un límite a sus gobernantes, en caso de ser debido.¹³

Los hombres ilustrados son aquellos que pueden ser libres, pues tienen los conocimientos necesarios para no depender de nadie, sobre todo, a no ser subyugados por nadie; los hombres ilustrados son aquellos que están “demasiado difundidos y altamente profesados.” La instrucción es necesaria pues la tiranía parte de una oligarquía profesionalizada que ocupa el conocimiento para someter a otros, refiere: “dependencia hay cuando uno no es lo suficientemente instruido para ejercer por sí mismo sus derechos sin someterse a la razón de otro: los individuos desigualmente instruidos no ejercen ni disfrutan igualmente su derechos: “no combaten con armas iguales”.¹⁴

Las luces a las que se refiere parten de un conocimiento encaminado al mantenimiento y defensa de los derechos y libertades, el progreso, es el progreso de la libertad. La supremacía de las leyes extendida hacia la ciudadanía, con la finalidad de crear un contrapeso de poder -idea que no deja en el tinero, sino que cristaliza a partir de la educación- su preocupación por la seguridad de las

¹¹ Op. cit. CONDORCET. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, p.47.

¹² Idem p. 61.

¹³ Ibidem p. 227.

¹⁴ Ibidem p. 229.

personas está puesta en el conocimiento de la razón depositado en las leyes, sobre las que debe versar la instrucción.

Lo que Condorcet sugiere, al igual que Tocqueville, es que, la forma en que los ciudadanos pueden intervenir de forma directa en el gobierno es gobernarse a ellos mismos, de acuerdo con la ley, lo cual, los conducirá a ser libres y soberanos, en tanto contarán con la capacidad de ejercer sus derechos libremente y poner freno a sus gobernantes.

Y es así, como, a partir de estos postulados refiere la necesidad del establecimiento de una ciencia segura sobre las facultades morales y políticas de los hombres, pues afirma que, mediante la elección de conocimientos y métodos para enseñarlos, se puede instruir a la masa entera de un pueblo, acerca de todo lo que cada hombre tiene necesidad de saber.

En su proyecto de instrucción habla del establecimiento de dicha ciencia, sosteniendo que los hombres no pueden encontrar en su propia inteligencia un sistema de verdades que los defiendan contra el error, ni pueden ilustrarse sobre la naturaleza y el desarrollo de sus sentimientos morales naturales, de ajustar a él sus actos sobre sus intereses.¹⁵ Buscar la igualdad y la expansión de la luces, perfeccionar las leyes y las instituciones públicas, pues a través de la igualdad pasan todos los ejes de la política. Instruirse sobre las leyes es necesario pues los hombres no podrán ilustrarse sobre la naturaleza y el desarrollo de un sentimiento moral.¹⁶

La ciencia, que en su opinión debe construirse tiene dos objetivos fundamentales: desarrollar una serie de conocimientos sobre el perfeccionamiento de las leyes y las instituciones públicas, así como métodos para enseñarlos; y, el refinamiento del lenguaje para acceder a ellas, en tanto señala que, el uso de un lenguaje científico diferente del lenguaje común, necesariamente dividirá a las sociedades en dos clases desiguales entre sí: una compuesta de hombres que conociendo ese lenguaje tendrían la clave de todas las ciencias, la otra, formada por los que, no habiendo podido aprenderlo, se encontrarían en la casi absoluta imposibilidad de adquirir las luces.

¹⁵ "Todo ese ideal de instrucción no puede conseguirse si no se alumbra con una ciencia segura, firme incontrovertible, y si no hay libertad para buscarla (...) es deseable y posible la utilización de los método empíricos cuantitativos a las ciencias sociales. Se trata de adoptar en las ciencias del espíritu: cálculo de las combinaciones y de las probabilidades; hechos contados y pesados; efectos sometidos de medida exacta; grados de certidumbre y de verosimilitud, lenguaje simbólico-científico universal. Sólo así se puede progresar científicamente con seguridad. Porque claro está, no se trata tan sólo de la posibilidad de llegar a la verdad, sino también, y muy principalmente, de erradicar el error, de hacerlo imposible." *Ibidem* p. 67

¹⁶ *Ibidem* p. 70.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

La buena moral del hombre es resultado de su organización, de sus instituciones políticas, susceptible de perfeccionamiento indefinido. Los progresos de la ciencia, aquellas que todos los hombres pueden alcanzar, al hacerse cada vez más extensa, encerrará, de un modo más completo, lo que cada uno puede necesitar saber, para conducirse en la vida común y para ejercer su razón con total independencia.

Por todo ello, es importante cuestionarnos si contamos hoy con el tipo de ciencia que describe, ¿la educación ha sido esa ciencia? ¿la historia, como ciencia ha servido a la educación para lograr los propósitos de difundir el conocimiento de las leyes?

La hipótesis que sostenemos es que, el tipo de conocimiento que hace falta construir con la finalidad de establecer conceptos y modelos que permita a los ciudadanos adecuar sus actos al interés general sobre el particular, a partir del perfeccionamiento de las leyes y de las instituciones públicas, debe ser construida desde la ciencia jurídica, por la relación que guarda con el establecimiento de la democracia.

3. RELACIÓN ENTRE LA CIENCIA JURÍDICA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Para explicar la relación que existe entre el establecimiento de la democracia y la conformación de la ciencia jurídica, analizaremos dichas figuras en su aspecto fenomenológico. Desde esta perspectiva, nuestra consideración cuenta con un doble carácter: 1) la concreción por lo óntico (nomológico); y, 2) su naturaleza esencial, lo ontológico, lo fáctico de la experiencia.

Descripción de la ciencia jurídica:

El derecho como ciencia autónoma y sistemáticamente ordenada surgió con la presencia del Estado constitucional, es decir, cuando las instituciones políticas se rigen por una Constitución¹⁷ escrita. El establecimiento de la ciencia del derecho, entendida como conjunto de principios (axiomas, definiciones, postulados) y enunciados, es el resultado de la labor de científicos cuyas investigaciones versan sobre la aplicación del derecho.

¹⁷ "Un complejo normativo de naturaleza positiva, que tiene el carácter de ser suprema, de jerarquía superior, que prevé la existencia de órganos de autoridad, sus facultades y limitaciones, que establece derechos a favor de los individuos y vías para hacerlos efectos, principios y objetivos de la nación". GARCÍA PELAYO, MANUEL. Diccionarios jurídicos temáticos, Volumen 2. Derecho Constitucional. Elisur Arteaga Nava, Laura Trigueros Gaisman. Comps. Oxford, University Press, México, 2000, p. 14.

- Lo óntico: La finalidad del establecimiento de la ciencia jurídica es determinar la correcta aplicación de las leyes, cuyo origen está en las instituciones, pues a partir de éstas cobra legitimación el orden social; lo óntico radica en la justificación que subyace en cada una de normas establecidas en la ley.
- Lo ontológico: Es el funcionamiento de la ley, la ciencia jurídica entendida como sistema.

La ciencia del derecho como producto institucionalizado de la política nace de una situación histórica concreta producida por las transformaciones de la estructura jurídico-político-tradicional, dando lugar a un sistema de normas, material y formalmente diferenciado.

Todas las relaciones políticas cobran existencia gracias a su concreción en las leyes: las autoridades de todos los ámbitos – legislativo, ejecutivo y judicial – en todos sus niveles –federal, estatal y municipal-, tiene existencia gracias al orden establecido en la Constitución, y desde ahí, están estrictamente determinados los límites de su actuación para garantizar la estructura orgánica del gobierno. También, gracias a las leyes se han concretado los derechos de las personas, de hecho, sé es persona gracias a su reconocimiento explícito en la Constitución, desde el nacimiento hasta la muerte no podríamos concebir a una persona como tal, si no estuviera sujeta a las leyes a través de los derechos y las obligaciones que ahí le son reconocidos. Pensemos por ejemplo en la libertad, este concepto solo puede cobrar vida a partir de la realización del derecho que lo respalda, no podríamos pensar en la libertad como una característica intrínseca a los seres humanos, aunque de hecho debería de serlo, porque aún existen poblaciones donde se práctica la esclavitud.

Las características fundamentales a partir de las cuales nos es posible a los individuos constituirnos como personas e interactuar con nuestros semejantes, tienden a concebirse como intrínsecas a los seres humanos, pero no lo son, la humanidad no es anterior al orden establecido a partir de las normas jurídicas, es al revés, es gracias a las normas jurídicas que es posible que haya sido instituida. La humanidad es de hecho un producto instituido por el derecho, la idea que representa la institución es la forma en cómo los individuos hemos entendido la posibilidad de una convivencia, el establecimiento de la sociedad.

En este momento de la historia los derechos ya forman parte de la cultura de la mayoría de las poblaciones, por lo cual, existe una tendencia a darlos por sentados, y generalmente no se repara en la trascendencia que tienen en la vida cotidiana de las personas, justamente porque la idea que los respalda,

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

la institución política, no se concretó en ese escenario. Por ejemplo, casi cualquier persona identifica a la escuela como el escenario en donde se concreta la educación como institución; pero, para casi nadie reconoce que las leyes son el escenario en donde se concreta la institución política; de la misma manera, casi nadie se reconoce como protagonista de la política, aunque reconozca que tenga derechos que el Estado debe respetar, promover y proteger.

Descripción de la Democracia:

Forma de vida y método de procedimiento. La democracia es una forma de vida que transcurre a partir de hechos cotidianos, en donde todos los individuos que la conformamos estamos implicados en un sistema establecido como forma de gobierno, la calidad que detentamos como personas, nuestros derechos y obligaciones parten precisamente de esa estructura. Por ello, su ejercicio no puede darse solamente a partir de dogmas, sino de prácticas.

Lo óntico:

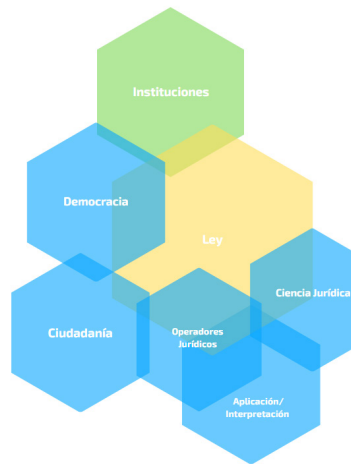
Base sustancial. La democracia se presenta gracias a las instituciones. La democracia es una invención o artificio, algo más cultural que natural, un efecto o consecuencia de la acción de los hombres, cuya naturaleza es esencialmente política, por lo cual exige una definición subjetiva, opciones de valor, referentes, normativos de ideales y aspiraciones.

Lo ontológico:

Base instrumental. Para que la democracia se constituya no basta el desarrollo de la justificación sustancial, adoptarla como una forma de vida, sino que es necesario regular el establecimiento de relaciones políticas a partir de las cuales funciona el Estado, por lo cual, su éxito o fracaso depende tanto de autoridades como de ciudadanos, concretamente, de su nivel de preparación para la participación, gestión y administración de los asuntos comunes.

Por lo tanto, de acuerdo con su descripción, desde su aspecto óntico: tanto la democracia como la ley se establecen a partir de las instituciones; igualmente, desde su aspecto ontológico, la ciencia jurídica se sirve de las leyes para regular la aplicación del derecho, así como la democracia se instaure como sistema de gobierno a partir de lo establecido en la ley. De ahí que, la relación que existe entre la ciencia jurídica y la democracia es la supremacía de la ley. Analicemos tales argumentos a partir del siguiente esquema: Diagrama 5. Instituciones y fenómenos sociales:

Diagrama 5.



A partir de la lectura del diagrama, es posible determinar diversas relaciones entre los fenómenos ahí plasmados, por ejemplo: la relación entre la ciencia jurídica y la aplicación de la ley, o la relación entre la aplicación de la ley y los operadores jurídicos, entre otras; sin embargo, lo que aquí nos interesa examinar es la enunciada relación entre ciencia jurídica y democracia, en tanto que, la ciudadanía -objeto de investigación- deriva de la forma en que se establece ésta última.

Cada hexágono muestra un fenómeno que se presenta dentro del orden social; de acuerdo con la forma en que están imbricados, la ley se encuentra en el centro de diversos fenómenos, en tanto que, desde su aspecto ontológico, tienen su origen en ésta, pues se materializan a partir del sistema que delimita.

Ahora bien, de entre los fenómenos enunciados en el diagrama, podemos reconocer que algunos se han desarrollado de manera más efectiva que otros, por ejemplo, la ciencia jurídica, y, en consecuencia, la aplicación/interpretación que deriva de ésta, son fenómenos cuya experiencia se encuentra más o menos reconocida dentro del orden social, y, por lo tanto, suponen herramientas efectivas para la continuidad del orden establecido. Sin embargo, la democracia y la ciudadanía que deriva de ésta, se consideran fenómenos cuya experiencia ha sido imperfecta, tanto es así, que son motivo de ésta y muchas más investigaciones.

Entonces, ¿cuál es el motivo de que aquí se retome la relación que existe entre la ciencia jurídica y la democracia, entendida como supremacía de la ley?

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

La supremacía de la ley se encuentra presente en diversos fenómenos a partir de los cuales se desarrolla el orden social, pues forma parte de su naturaleza esencial:

- la democracia encuentra en la ley su naturaleza esencial, pues se instituye a partir del sistema que prevé;
- la ciudadanía, que también se desprende de la democracia, es una forma de vida que cobra existencia a partir de la ley;
- la ciencia jurídica es un estudio especializado de la ley;
- la aplicación e interpretación de la leyes, es la forma de materializar su contenido;
- los operadores jurídicos son especialistas en la aplicación e interpretación de la ley.

Por ello, la aplicación de la ley, y, por ende, los conocimientos que derivan de la ciencia jurídica son fenómenos que no inciden en la construcción de la ciudadanía, y, en consecuencia, de la democracia; lo cual, sostenemos, representa una falla estructural en la instauración de dichas figuras (democracia y ciudadanía). Se considera una falla estructural porque ambos fenómenos (democracia y ciudadanía) participan de la naturaleza esencial de la ley; su existencia instrumental (ontológica), está sujeta a las formas y procedimientos que marca la ley, no sólo en cuanto a contenido óntico que subyace en sus disposiciones, y que constituye su justificación sustancial.

Según se ve en el diagrama en estudio, la democracia, y por ende la ciudadanía, al igual que la ley, dependen de las instituciones, se legitiman a partir de ellas, lo hacen a partir de una base ideológica, que hemos descrito como su justificación sustancial. Sin embargo, no tienen relación directa con la aplicación de la ley, objeto de la ciencia jurídica.

Creemos que, debido a que los fenómenos de la democracia y la ciudadanía únicamente se conciben a partir de su aspecto óntico, depositado en la instituciones, como una consecuencia natural, en su construcción sólo se ha contemplado ese aspecto, que sostenemos, resulta insuficiente para llevar a la experiencia de dichos fenómenos en su máxima efectividad, en tanto que, es necesario construir a la par, su carácter ontológico, que determina la forma en que se materializa en la vida cotidiana.

Una demostración de que es así, parte del fenómeno descrito como “operadores jurídicos”, ciudadanos que se ubican en un rango especial dentro del orden social, por los conocimientos que tienen sobre la ciencia jurídica, y, en

consecuencia, de su aplicación/interpretación, cuyo rol no fue delimitado desde la teoría, es decir, en el establecimiento de la democracia no se esbozó dicha figura como una condición necesaria. La figura del operador jurídico surgió a partir de la distribución del conocimiento, se estableciéndose a partir del rol específico que desempeña, como un intérprete para posibilitar la aplicación/interpretación de la ley, y su utilidad dentro del orden social es mayor a la que reportan los ciudadanos.

Por lo tanto, bajo la consideración de que los fenómenos enunciados comparten una misma naturaleza esencial, la ley, reflexionaremos sobre lo siguientes hechos:

- Si, la construcción de la ciudadanía se realiza a partir de la justificación sustancial de la democracia, constituida desde una base ideológica que encuentra su legitimación en la instituciones, ¿qué hace falta concretar en dichas instituciones, con la finalidad de que esa construcción sea efectiva?;
- Si, a partir de la experiencia del desarrollo de la ciencia jurídica y su aplicación se ha constituido un fenómeno conformado por operadores jurídicos, quienes, al instituirse como intérpretes de la ley, se han posicionado dentro del orden social con una utilidad práctica, ¿sería posible incluir dentro de la construcción ciudadana, los conocimientos a partir de los cuales se constituyen como intérpretes de las leyes?

Con la finalidad de examinar tales cuestiones, recurriremos a indagar sobre el funcionamiento de la instituciones y el lugar que ocupa la ciencia jurídica en la distribución del conocimiento.

4. TEORÍA DE LAS INSTITUCIONES, COMO CIMIENTOS DE LA VIDA EN SOCIEDAD

Procuraremos clarificar la siguiente cuestión: si la democracia y, por ende, la ciudadanía, se construyen a partir de las instituciones, ¿qué hace falta concretar en éstas, con la finalidad de que dicha construcción sea efectiva?

Lo primero es ubicar que, en el imaginario social se piensa en la institución como una entidad externa a los individuos que organiza la vida en sociedad, incluso se confunde con la organización, mientras que, dentro de las ciencias sociales, refiere a los conceptos -cimientos- que surgen de normas, creencias y valores comunes para una sociedad en una época determinada: representaciones

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

colectivas que se articulan sobre la noción de obligación social creada mediante el consenso.¹⁸

De acuerdo con Fischer, quien recupera el concepto de institución de Henri Mendras, la institución es “el conjunto de normas que se aplican en un sistema social y que definen lo qué es legítimo, y lo qué no lo es, dentro del mismo.” (1992, 169)

Esto quiere decir que, las instituciones están constituidas por dos elementos: consenso y representación colectiva, porque la calidad de legítimo se logra gracias al consenso, y al objetivarse la idea -institución- mediante la representación colectiva, se integra al cumulo de conocimientos sociales, con base en el cual, la mayoría de los sujetos de una sociedad toman decisiones para resolver problemas que se les presentan, justificándolas a partir del sentido de lo común. Es así como las instituciones reproducen el orden social.

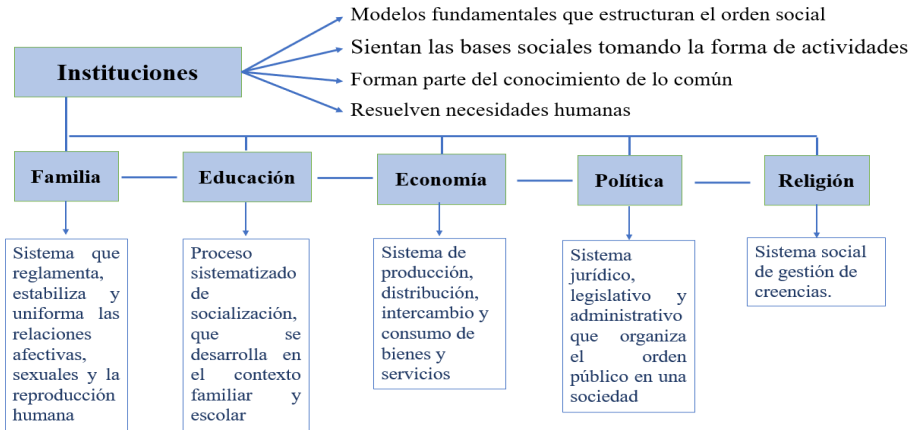
De lo que se deduce que, a partir de las instituciones está construido el orden cultural y la estructura social. Es así, porque se considera que la institución impone a los individuos un sistemas de roles y posiciones -sistemas tipificados- que los llevan a tener frente a sí un panorama ordenado, que aporta certeza. Ahora, dado que las instituciones toman la forma de actividades que organizan las relaciones sociales y humanas frente a la necesidad de sobrevivencia, se pueden construirse varias tipologías de la institución.

Veamos algunas de acuerdo con el siguiente esquema.

¹⁸ “En sentido amplio y general, una institución es lo que da comienzo, lo que establece, lo que forma. Las instituciones poseen un valor fundador con relación al sistema social, mientras que las organizaciones constituyen aplicaciones diversas de estos principios. Las instituciones sientan las bases que se dan en las relaciones sociales que se establecen en una comunidad, con el fin de dar estructura de la actividad humana con fines de sobrevivencia”. FISCHER, GUSTAVE-NICOLAS, *Campos de Intervención en Psicología Social*, Narcea, S. A de Ediciones, Madrid, 1992, p. 273.

Diagrama 6. Reproducción del orden social:

Reproducción del orden social



Las ideas que representan las instituciones se materializan a partir de actividades humanas, mediante la creación: de organizaciones, mecanismos culturales, regulaciones, redes de roles, posiciones y convenciones, costumbres, etc., que conforman sistemas, cuya finalidad es la de ordenar las relaciones entre los miembros de la sociedad. Es importante señalar que, cada institución contiene otras y se imbrica en otras.

Como lógicas regulatorias de las actividades humanas, las instituciones a veces se presentan de forma explícita, pero no siempre es así; como ya se dijo, comúnmente se identifica a las instituciones como las organizaciones observables en espacios y tiempo concreto, sin embargo, no toda institución tiene un establecimiento como forma de concretización específica, no se realizan en un establecimiento, no tienen normativa explícita y expresión jurídica, hay formas sociales y culturales instituidas que no se realizan en un establecimiento, por ejemplo, el noviazgo, pues de hecho establece un compromiso íntimo entre dos personas, que conlleva responsabilidades.¹⁹

La característica más importante de las instituciones -entendidas como configuraciones de ideas, valores, significaciones con diferentes grados de formalización que se expresan en leyes, normas y pautas de conducta-, dada su

¹⁹ GARAY, L. *Los Conceptos, Instituciones y Grupos* -Blogspot- 2007. Recuperado de: <http://institucionesygrupos.blogspot.com/2007/06/los-conceptos.html>.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

trascendencia en la vida del ser humano y la sociedad, es que constituyen un proceso en cuanto a su dimensión, planteamiento, proyecto y diagnóstico.

Para concretarse en la realidad de la vida cotidiana, las instituciones se institucionalizan como productos. Las formas más singulares de concretar a las instituciones son las prácticas cotidianas y las representaciones mentales, pues son instancias simbólicas para su producción y reproducción. La institucionalización como proceso concreto queda inscrito en las estructuras, dinámicas, prácticas, logros, fracasos, lo cual se identifica con la etapa de difusión de signos críticos, que se espera queden inscritos en la mentalidad de las personas. Una ideología, para instituirse debe quedar plasmada en proyectos, junto con las condiciones objetivas que los hagan posibles -objetivas y subjetivas-, al interior de la institución y en la sociedad.²⁰

En suma, las instituciones son un movimiento de fuerzas que hacen y des-hacen formas con tres momentos reconocibles: universalidad de la ideología de las instituciones dada en lo instituido; particularidad, como momento de la base social que encarna las fuerzas instituyentes; y, singularidad, como momento de la base material (constituyente), a partir del cual se garantiza su legitimidad y duración.

Esta manera de conceptualizar a la institución cuenta con dos niveles de funcionamiento: algunos componentes institucionales son claramente perceptibles y otros tienen un carácter inconsciente. Fischer lo describe en los siguientes términos:

- Un nivel en donde la forma y el contenido de la institución son manifiestos;
- Un nivel en donde el contenido es inconsciente, fantasmático y permanece, en consecuencia, no identificado por los miembros de la institución.²¹

Estos niveles de funcionamiento son establecidos de acuerdo con el grado de conocimiento que se tiene sobre las cosas.

Es indispensable tener en cuenta que, por cada sistema que se establece de acuerdo con el tipo de institución, se han conformado conocimientos que lo soportan, de manera que, las actividades humanas por las que se materializan las instituciones se convierten en construcciones sociales que se integran al cumulo

²⁰ Ídem.

²¹ Op. cit. FISCHER, GUSTAVE-NICOLAS, *Campos de Intervención en Psicología Social*, p. 277.

de conocimientos que conforman el sentido de lo común. De hecho, la efectividad de cada sistema depende los conocimientos que se construyen para explicar su funcionamiento.

Entonces, surge una cuestión a diferenciar, ¿podríamos considerar que las actividades a partir de las cuales se despliega una determinada institución son inherentes a los fines que persigue, a las necesidades que resuelve?

Tomando como base las especificaciones anotadas parece que así es, pues hemos analizado que la institución es una idea que se materializa a partir de actividades humanas. Pensemos en un ejemplo donde ocurre de esta manera: la figura del juez, pues es una construcción social materializada en una actividad humana, que se instituye y se desarrolla en el sistema al que corresponde el ideal de justicia del que deriva y está depositado en la institución política, su reproducción se fundamenta en los conocimientos que se construyen a partir de dicho sistema, ciencia jurídica, lo que garantiza niveles de eficiencia en cuanto a la forma en que se desarrolla esa forma social.

Sin embargo, la ciudadanía, como construcción social se comporta de otra manera, su proceso de institucionalización está imbricando en dos instituciones, la política y la educativa.

La ciudadanía es la mínima unidad de un sistema a partir del cual se materializan los ideales de la democracia depositados en la institución política²², sin embargo, su reproducción no se sustenta en los conocimientos desarrollados en el sistema al que pertenece, sino a partir de los contenidos elaborados desde la institución educativa²³.

Este hecho es trascendente, pues impacta:

1. la forma en que se determina el rol a partir del cual se asume dicha forma social, pues las actividades humanas por las que se despliega no corresponden al sistema creado a partir de la institución que pretenden materializar, la política.
2. los conocimientos a partir de los cuales se reproduce dicha figura tampoco guardan correspondencia con el sistema creado a partir de la institución política, lo que implica un menor nivel de efectividad en cuanto al desempeño del rol que se asume a partir de la institución, en tanto que éste deriva del grado de conocimiento que se tiene sobre las cosas

²² Sistema jurídico, legislativo y administrativo que organiza el orden público en una sociedad.

²³ Sistema en el que se desarrolla en el contexto familiar y en el marco complejo del dispositivo escolar creado por la sociedad.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

3. la forma en que se conforma el sentido de lo común dentro del cúmulo de conocimientos sociales;
4. la forma de lograr su institucionalización a partir de la habituación;
5. la idea de la ciudadanía depositada en la institución política, en su proceso de reproducción, únicamente funciona como lógica subyacente, oculta, subsidiaria o periférica a los propósitos que se despliegan en la institución educativa.

Por lo tanto, consideramos que es pertinente analizar el proceso de institucionalización de la ciudadanía, con la finalidad de determinar si su funcionamiento cumple con su propósito, de materializar un concepto que sirve de sustento al orden social.

Con tal propósito, a fin de identificar la ciudadanía como proceso en cuanto a su dimensión, planteamiento, proyecto y diagnóstico, partiremos de los siguientes cuestionamientos:

- *En cuanto a lo instituyente -forma en que fue gestada-*:

¿Es posible determinar un contexto, con la sociedad y una etapa histórica determinada, a partir del cual se hayan creado las conductas objetivas y subjetivas para darle vida a la figura de la ciudadanía?

Sí es posible, de hecho conocemos a los actores que representan la voluntad general instituida a partir de la democracia como sistema de gobierno, y por ende, de la ciudadanía, y ubicamos los momentos históricos específicos sobre cómo actuaron los artífices en ese proceso de transformación; desde el cual se establecieron modelos para su reproducción, mediante una planificación específica, que se concretó en normas jurídicas, y se lleva a cabo en términos de la vida cotidiana, a través de asociaciones, programas, políticas, reformas, entre otros instrumentos gubernamentales.

- *En cuanto al instituido -creación de mecanismos y condiciones objetivas-*.

122 ¿A partir del establecimiento de la ciudadanía, se crearon mecanismos y condiciones que aseguren su reproducción?

Se establecieron de forma parcial, en tanto que se considera que se crearon los mecanismos adecuados, pero no las condiciones objetivas que aseguraran su reproducción. Lo creemos así, dado que, en la fase del proceso de instauración de la ciudadanía, se utilizaron mecanismos y organizaciones que lo harían posible, pero no quedaron establecidos los patrones que asegurarán ese fin a partir de la habituación, elemento indispensable para la institucionalización.

Veamos, para la reproducción de la ciudadanía se hizo uso de un mecanismo y organización previamente establecidos: el proceso de aprendizaje formal, que debería de desarrollarse a partir de la escuela, por ser el escenario perfecto para ejercer líneas de influencia directa, por lo cual el Estado tomó el control en el desarrollo de la institución educativa, que según vimos, antes fue monopolizada por la Iglesia, y que después de la Revolución Francesa, Condorcet, con la finalidad de instituir la democracia, le da el carácter a dicha institución educativa de servicio público, universal y gratuito²⁴, que a la postre, se le reconocería desde la teoría como un derecho fundamental, cuya categoría deberían adoptar los Estados en sus Constituciones.

Sin embargo, sabemos que ha sido muy complejo crear patrones para su habituación desde ese proceso de aprendizaje, necesarios para su institucionalización.

Lo que aquí sostenemos es que de entre las dificultades para establecer esos patrones está el hecho de que, los modelos que se ha desarrollado guardan correspondencia con los conocimientos creados desde el sistema en que se aseguró su reproducción, la institución educativa, y no, a partir de los conocimientos creados desde la institución política, cuya idea es la que se pretende materializar: una forma social que asegure el orden social, y quizá constituya el mayor de los problemas.

Pero también, hay otro hecho importante que relacionar dentro de dichas dificultades, la construcción de la ciudadanía dentro de los objetivos de la educación es sólo uno de los aspectos de la formación integral del ser humano, con la finalidad de que realice su proyecto de vida.

La forma en que se fue configurando la institución escolar que hoy conocemos, tienen origen en la ideología que se ha ido imprimiendo en las reformas educativas, con la finalidad de resolver las necesidades de las personas y de la sociedad, para hacer viable la vida y su consecución.

En México, por ejemplo, el sistema educativo con el que se instauró la educación fue la Escuela, y fue configurándose como instrumento de progreso y desarrollo económico, al instalarse el modelo desarrollista, a través de la Educación Nacional se desarrolló un nuevo proyecto para establecer el orden y la concordia. Entre diversos acontecimientos importantes destaca, por ejemplo, el carácter técnico que se implementó en la educación secundaria y en el nivel medio superior, con el fin de que, desde la Escuela, se preparara a los individuos

²⁴ Recordemos, que, la idea de Condorcet de instituir al ciudadano tiene origen en los contratos, pues al sustentó, sosteniendo que el Estado aportaría los recursos necesarios para instituir al ciudadanos, con la finalidad de constituir un pueblo de soberanos, que, llegado el momento, servirían a los intereses de la sociedad.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

para el trabajo, la educación para capacitar y crear bienes económicos de manera pronta.²⁵

La institución educativa es la encargada de materializar la idea de diversas instituciones, la economía, la recreación, etcétera, no sólo la idea de la institución política. Esto, nos lleva de vuelta al problema sobre la distribución del conocimiento.

-En cuanto a su institucionalización -plano de ejecución-.

¿cómo proceso concreto, ha quedado inscrito en las estructuras, dinámicas, prácticas, logros, fracasos, a partir de la etapa de difusión de signos críticos, que se espera queden inscritos en la mentalidad de las personas?

No es así, dentro del entorno de la vida cotidiana no es palpable. Si la institucionalización es la “historia viva, la imposición, el reforzamiento y mantenimiento de la institución”²⁶, que se refiere a la socialización de los individuos con la propia idea, la forma en que la internalizan es dable afirmar que la idea de la ciudadanía no se ha consolidado en el conocimiento de lo común de manera que pueda ser legitimada.

Ahora, de acuerdo con el examen descrito, podemos identificar dos dificultades en el proceso de instauración de la ciudadanía que se encuentran relacionadas entre sí:

- El problema de la construcción de patrones para la habituación de la ciudadanía, elemento indispensable para su institucionalización; y,
- El problema de la distribución del conocimiento.

Sobre la primera dificultad, es preciso señalar que, la característica más importante de las instituciones -entendidas como configuraciones de ideas, valores, significaciones con diferentes grados de formalización que se expresan en leyes, normas y pautas de conducta-, dada su trascendencia en la vida del ser humano y la sociedad, es que, para concretarse en la realidad de la vida cotidiana, han de ser institucionalizadas como productos.

Las instituciones implican historicidad y control, por lo cual, las tipificaciones recíprocas de acciones habitualizadas se construyen en el curso de una historia compartida.

²⁵ MORALES HERNÁNDEZ, A. “Estado, modernización y educación”. (Documento editado para la Licenciatura en Educación e Innovación Educativa, inédito). UPN, México. 2014.

²⁶ Op. cit. GARAY, L. *Los Conceptos, Instituciones y Grupos*.

Las instituciones siempre tienen una historia de la cual son producto, por ello, es imposible comprender adecuadamente qué es una institución, si no se conoce el proceso histórico que la produjo.

Las instituciones por el hecho de existir controlan el comportamiento humano, estableciendo pautas definidas, que de antemano canalizan al individuo a una acción determinada, tienen un carácter controlador inherente, previo y/o aislado de cualquier sanción.

Institucionalizar significa someter a control; la experiencia concreta de las instituciones se manifiesta generalmente en colectividades. El proceso institucionalizador de tipificación recíproca se realiza en la interacción de dos o más. Es en la interacción de la vida cotidiana donde las tipificaciones expresan pautas específicas de comportamiento. Lo más importante de establecer tipificaciones es que, cada individuo estará en condiciones de prevenir las acciones del otro. Las tipificaciones recíprocas de acciones habitualizadas se comparten, son accesibles a todos los integrantes de determinado grupo social.

Mediante la institucionalización surgen una colección de acciones tipificadas recíprocamente, que cada uno habitualizará en roles –unos separados, otros en común–, de manera concomitante, la interacción de ambos llegará a ser previsible; para que ello sea posible, debe existir una institución social continua, en la que, las acciones individualizadas de dos o más individuos se entrelacen. Así, las instituciones se presentan en los individuos como hechos innegables.²⁷

De ahí que, el orden institucional elabora legitimaciones, mediante una interpretación cognoscitiva y normativa; mientras que la internalización se da en el mundo social, es ahí donde se manifiesta, en la conciencia de las personas durante la socialización. La lógica de las instituciones reside en cómo son tratadas cuando se reflexiona sobre ellas, no en sus funcionalidades. Dado que el individuo bien socializado “sabe” que su mundo social es un conjunto coherente, se verá obligado a explicar su buen o mal funcionamiento en términos de dicho conocimiento.

El sentido de lo común tiene origen en las instituciones, porque los individuos lo adquirimos al formar nuestra identidad mediante la incorporación de una colección de acciones tipificadas recíprocamente; luego, al formarse la identidad de cada persona se va construyendo la identidad colectiva.²⁸

125

²⁷ BERGER, PETER L. Y THOMAS LUCKMAN, “La construcción social de la realidad”. Traducción: Zuleta, Silvia. Amorrortu editores. 18ª Reimp. Buenos Aires, Argentina, p. 74.

²⁸ La construcción de la identidad importa en términos del establecimiento de pautas de conducta, en tanto que éstas se van incorporando mediante un procedimiento gradual –en niveles fisiológico, psicológico y social– que trans-

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

Las pautas de conducta consisten en la reproducción de las instituciones a partir de las cuales está estructurada la vida en sociedad. El comportamiento social es el resultado de la influencia recíproca -conciencia colectiva-. De acuerdo con los significados otorgados por el hombre a su actividad, la habituación torna innecesario volver a definir cada situación de nuevo, paso por paso. Por ello se elige confiar en las instituciones preestablecidas que indican el sentido de lo común en el grupo al que pertenecemos.

Esto ocurre a partir de la legitimación. La Legitimación, es un instrumento a partir del cual se producen nuevos significados que sirven para integrar los ya atribuidos a procesos institucionalizados. Su función es lograr que las objetivaciones “de primer orden” -ya institucionalizadas-, lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles. La legitimación explica el orden institucional, atribuyendo validez cognoscitiva a sus significados objetivados; justifica el orden institucional adjudicando dignidad normativa a sus imperativos categóricos; e indica al individuo el por qué realizar una acción y no otra, da las razones de por qué las cosas son como son. Los roles institucionales -tipificaciones de las acciones habituales- se convierten en el modo de participar en el mundo. Para demostrar cómo se presenta el nivel de legitimación a partir del grado de significación que tenemos sobre las cosas en términos del conocimiento, véase el Diagrama 5. Niveles de Legitimación:

Diagrama 7. Niveles de legitimación

Sistema de significatividades compuesto de cuatro regiones decrecientes:	Relaciones posibles	Niveles de legitimación del conocimiento
1. La parte del mundo a nuestro alcance, la que tenemos de modo inmediato, podemos cambiarla y reordenarla mediante nuestras acciones, aquí se ubica el conocimiento de la vida cotidiana, el sentido de lo común.	1=b	a) Legitimación sustentada en teorías explícitas. Es un cuerpo de conocimientos diferenciado, conformado por un sector institucional.
1. Campos de conocimiento vinculados con la parte del mundo a nuestro alcance, brindan herramientas ya creadas que deben emplearse para alcanzar el fin proyectado, o, establecen las condiciones de las que depende nuestra planificación y ejecución, aquí se ubican los parámetros de las opiniones razonablemente fundadas.	2=c	a) Legitimación insipiente. Aparece tan pronto se transmite un sistema de objetivaciones lingüísticas de la experiencia humana, es el fundamento del conocimiento autoevidente.
1. Zonas No Significativas. Conocimientos con los cuales, por el momento, no se tiene vinculación con el interés a la mano.	3=d	a) Legitimación sustentada en proposiciones teóricas en forma rudimentaria. Son esquemas explicativos que se refieren a grupos de significado objetivado (tipificaciones de conductas habituales); son pragmáticas y se relacionan directamente con acciones concretas, como los proverbios, las máximas morales, sentencias, entre otras.
1. Zonas Absolutamente No Significativas. Ningún cambio posible dentro de ellas influirá con nuestro interés a la mano.	4=a	a) Legitimación de los Universos Simbólicos -campos semánticos-. Es la matriz de todos los significados objetivados, sociales y subjetivamente reales. Los procesos simbólicos son procesos de significación.

Por lo tanto, se considera que, todo conocimiento de la vida cotidiana que tenga una trascendencia mayor en la conformación del individuo, como ente

curre en las personas desde que comienza su vida hasta llegar a la edad adulta. Barreiro, Telma. *Trabajos en Grupo*, Novedades Educativas, Buenos Aires, 2005.

sujeto a la sociedad, debe ser explicado en teorías explícitas, como cuerpos de conocimientos diferenciados, a partir de los cuales se construyen conceptos por medio de los cuales se explica su funcionamiento de acuerdo con su utilidad, que aporte los conceptos que integren un lenguaje con un mínimo grado de abstracción y alto nivel de explicación.

5. TEORÍA DE LA DISTRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO

De acuerdo con Schutz existe un acervo de conocimiento teóricamente disponible para todos, integrado por conceptos fundamentales establecidos a partir de la experiencia práctica, la ciencia y la tecnología; un sistema compuesto por diversos conocimientos que no está integrado, pues los conocimientos ahí depositados son, por su parte más o menos coherentes, pero entre sí no lo son, ni siquiera compatibles. El mundo natural refiere a la vida cotidiana de los hombres adultos en sociedad, en la cual se aceptan sin discusión conceptos que han sido transmitidos, y sólo se cuestionan algunas partes.²⁹

Pero ¿por qué algunas partes son obedecidas sin discusión y otras son desobedecidas por ser cuestionadas?, la respuesta tiene que ver con el grado de conocimiento que tenemos sobre las cosas. Para explicarlo, Schutz construyó tres tipos -arquetipos- del hombre, distinguiéndolos de acuerdo con su forma de asimilar el conocimiento: el hombre experto; el hombre común; y, el ciudadano bien informado.

El hombre experto. Se limita a un campo restringido de conocimiento, sus opiniones se basan en afirmaciones fundamentales, sus juicios no son meras conjeturas, ni suposiciones vagas. El hombre común. Tiene un conocimiento fundamental de muchos campos de conocimiento que no son necesariamente coherentes entre sí. Esos conocimientos son para él como una receta de cocina, que le indican cómo obtener resultados típicos en situaciones típicas, de manera que puede confiar, aunque no comprenda claramente el por qué, que puede obtener el resultado deseado, sin tener que cuestionar el porqué de cada paso. El ciudadano bien informado. Es un individuo que se ubica en el medio de esos dos hombres -experto y común-, porque no posee, ni aspira a tener un conocimiento experto, pero no se satisface con la vaguedad de un mero conocimiento de receta, ni con la irracionalidad de sus pasiones y sentimientos no clarificados.

²⁹ SCHUTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*. Natanson, Maurice (Compilador). Traducción: Miguez, Néstor. Amorrortu Editores 2ª Ed. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pp. 85

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

Se mantiene bien informado, lo que significa que, puede llegar a opiniones razonablemente fundadas en sus campos de interés inmediato.³⁰

En la vida cotidiana, todos somos simultáneamente alguno, en cada caso se es, respecto a los campos del conocimiento en cuanto a su disposición a suponer las cosas (disciplinas). Todos nuestros posibles cuestionamientos de lo desconocido surgen sólo dentro de ese mundo de cosas supuestamente ya conocidas, de las que se presupone su existencia.

Ahora, existe un sistema de significatividades compuesto de cuatro regiones decrecientes:

- 1) La parte del mundo a nuestro alcance. La que tenemos de modo inmediato, podemos cambiarla y reordenarla mediante nuestras acciones.
- 2) Campos de conocimiento vinculados con la primera región. Instrucciones ya creadas, que brindan herramientas que deben emplearse para alcanzar el fin proyectado, o, establecen las condiciones de las que dependen nuestra planificación y ejecución.
- 3) Zonas No Significativas. Conocimientos con los cuales no se tiene vinculación con el interés a la mano, el interés a la mano es un elemento dentro del sistema jerárquico dentro de los que conforman la totalidad de los intereses de la vida cotidiana -nuestros planes-, cada interés adquiere un peso diferente, no son homogéneos, y aun siendo simultáneos pueden ser dispares.
- 4) Zonas Absolutamente No Significativas. Las zonas o regiones de diversas significatividades se superponen, presentando variadas interpretaciones y enclaves.³¹

Dentro de esos sistemas de significatividades hay dos tipos: impuestas e intrínsecas. Las significatividades impuestas son significaciones, situaciones y sucesos que no se vinculan con nuestro interés elegido, no derivan de nuestra voluntad y no podemos modificarlas mediante nuestras acciones, por ejemplo, las leyes y la forma de gobierno, entre muchas otras. Las significatividades intrínsecas son el resultado de nuestros intereses elegidos, establecidos por nuestra decisión espontánea de resolver un problema mediante nuestra acción, o de concretar un estado de cosas proyectadas.³²

³⁰ SCHUTZ, ALFRED. *Estudios sobre teoría social*. Brodersen, Arvid, (Compilador). Amorrortu Editores 2ª Ed. Buenos Aires, Madrid. 2012. p. 11.

³¹ *Ibidem* p. 37.

³² *Ibidem* p. 46.

Las significatividades impuestas lo son, porque de hecho imponen a los individuos un significado que no forma parte de ellos, que no fue construido o apropiado; al no formar parte de su construcción mental, no puede reproducirse como una pauta de conducta, porque no ha sido legitimado. Es decir, un *significado impuesto* no otorga razones que puedan justificar su uso para la toma de decisiones, justamente porque para el individuo a quien se le impone no significa nada. La imposición implica la no legitimación. En cambio, un *significado construido* a partir de un proceso de legitimación, a partir de una significación intrínseca, otorga las justificaciones y explicaciones que requerimos los individuos para que un concepto se constituya como un parámetro de conducta en la toma de nuestras decisiones. De tal suerte que, existe una relación entre las significatividades de los individuos y la distribución social del conocimiento a la que tienen acceso, que constituyen los parámetros bajo los cuales se toma una decisión.

Las decisiones que cualquier tipo de hombre realiza en la sociedad todos los días con el fin de cubrir sus necesidades -tanto de subsistencia como de existencia- tienen como objetivo resolver situaciones que se presentan en el entorno en que transcurre su vida cotidiana, ya sea por la continuidad ininterrumpida o una disrupción. Así se construye el conocimiento de la vida cotidiana, y una vez que un concepto ha sido integrado al cúmulo de conocimientos sociales, adquiere tal peso, que se convierte en un presupuesto del mundo natural, del sentido de lo común.

6. TEORÍAS DE LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA REALIDAD Y LOS FUNDAMENTOS DEL CONOCIMIENTO EN LA VIDA COTIDIANA

Ahora bien, a partir de esta acumulación se forma el acopio social de conocimiento que se transmite de generación en generación y está al alcance de todo individuo en la vida cotidiana, el *sentido de lo común* expresado en cuerpos de conocimiento específicos. Sé que los otros comparten ese conocimiento y ellos saben que yo lo sé. Gracias a la interacción con los otros en la vida cotidiana se construye el sentido de lo común, por nuestra participación en ese acopio social del conocimiento -el conocimiento de mi situación y sus límites-.

La participación en el cúmulo social del conocimiento permite la *ubicación* de los individuos en la sociedad y el *manejo* apropiado de esos conocimientos. Esto no es posible para quien no participa de este conocimiento. A este tipo de participación, lo denominaremos como: competencias pragmáticas en quehaceres rutinarios.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

Desde este acopio social del conocimiento, se establecen diferentes formas de percibir la realidad, según los grados de familiaridad -grados de conocimiento- pues el cúmulo de conocimientos se integra por datos complejos y detallados respecto a los sectores de la vida cotidiana con los que debo tratar frecuentemente; y, datos mucho menos generales e imprecisos, respecto de los sectores más alejados.

Entonces, dicho cumulo social del conocimiento se presenta como un todo integrador, ofrece medios para integrar elementos aislados del propio conocimiento, ordenar las diversas cosas que se saben, de acuerdo con lo que todos saben. El cumulo de conocimiento social se presenta en el mundo cotidiano de manera integrada, diferenciado de acuerdo con zonas de familiaridad y lejanía. El conocimiento de la vida cotidiana se estructura en términos de relevancia: intereses pragmáticos y mi situación general en la sociedad.

La distribución social del conocimiento opera a partir de estructuras de relevancia de los otros. Vivimos en un mundo de personas identificables. Esto implica que, las personas tomamos decisiones, ya sea por acción u omisión, aplicando diferentes parámetros de acuerdo con nuestras áreas de interés, de la siguiente manera:

- los problemas que han de resolverse respecto de las áreas lejanas a nuestros intereses -significaciones impuestas-, generalmente, no pasan por un proceso de razonamiento complejo, los individuos preferimos guiarnos por el sentido de lo común que se construye a partir de la habituación que se presenta en la realidad de la vida cotidiana;
- en cambio, cuando hemos de resolver problemas que están cercanos a nuestros intereses -significativades intrínsecas- cuya solución requiere de una serie de conocimientos especializados que no son accesibles, salvo para los expertos, requeriremos forzosamente de un intérprete de ese sistema.

130 Esto ocurre en gran medida debido al lenguaje, la vida cotidiana se establece a través del lenguaje que comparto con los otros, por lo cual, es esencial que por medio de él logre su comprensión. El lenguaje es progresivo, pues se origina en una situación *cara a cara*, pero puede separarse de ella fácilmente.³³

La separación del lenguaje radica en su capacidad para comunicar significados que nos son expresiones directas del *aquí* y el *ahora*, es decir, puede

³³ BERGER, PETER L. Y THOMAS LUCKMAN, "La construcción social de la realidad", p. 55.

constituirse en un vasto depósito de significados y expresiones que pueden trascender el tiempo y el espacio. En la situación *cara a cara* el lenguaje adquiere una cualidad inherente: la reciprocidad, que lo distingue de cualquier otro sistema de signos. El lenguaje presenta una posibilidad ya hecha para las continuas objetivaciones que necesita la propia experiencia; tiene expansividad y es tan flexible para tipificar experiencias, que permite incluirlas en categorías amplias mediante las cuales adquieren significado para mí y mis semejantes.³⁴

Debido a que la vida cotidiana de todo individuo transcurre a partir de dos escenarios: lo público y lo privado, es posible agrupar las construcciones sociales que se forman de acuerdo con: “lo institucional” y “mi interés personal”.

Hacer esta notación es importante dado que, los conocimientos que se construyen a partir de nuestro interés personal se convierte en un imperativos categóricos, por el nivel de subjetividad con el que se forman criterios de lo que es bueno y nos dan a los individuos la sensación de que hacemos lo correcto –punto de estabilidad máxima del ser humano–, y, por tanto, forman nuestra identidad, marcando pautas de comportamiento, por la relación que existe entre los intereses propios/elegidos y la necesidad que tenemos de resolver los problemas para la satisfacción de nuestras necesidades, haciendo uso del conocimiento que tenemos sobre las cosas. Los imperativos categóricos se construyen a partir de interacciones conscientes.

Mientras que, los conocimientos que tienen que ver con el orden institucional, se construyen de manera inconsciente, generalmente, los individuos nos apropiamos de ellos con diversos niveles de pertenencia, es decir de importancia, por lo tanto, son conocimientos del mundo natural que pueden ser tomados en cuenta o no, de acuerdo con el nivel de conciencia que tenemos sobre las cosas. Así, la relación de significatividades y el grado conocimiento de las cosas operan como parámetros de conducta para la resolución de los problemas, porque basamos la toma de nuestras decisiones en justificaciones que construimos a partir del conocimiento que tenemos sobre las cosas, el grado de interés y pertenencia que tenemos hacia *lo demás*.

Analicemos mediante un esquema cómo funcionan dichos parámetros en la toma de decisiones, así como, que el tipo de decisión que se toma se hace en cuanto a los grados de conocimiento específico, validado, e integrado al cúmulo de conocimientos sociales.

A partir del esquema es visible cómo opera el sentido de lo común como parámetro que se utiliza en todas las combinaciones posibles, en cuanto al contexto

³⁴ Ídem p. 59.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

en que se presenta la vida cotidiana, con exclusión de aquellas situaciones en las que tenemos la capacidad de desempeñarnos como expertos. Sin embargo, ¿cuántos chances hay de que podamos desempeñarnos como expertos en todas las áreas del conocimiento?, de acuerdo con la teoría de la distribución social antes analizada parece ser que muy pocos. Por ello, es determinante que, en la construcción del sentido de lo común, de una manera consciente e intencionada, se construyan conocimientos sobre los intereses públicos.

Diagrama 8. Parámetros en la toma de decisiones:

Contexto del problema, incide en:	Interacciones en la vida cotidiana		Parámetros en la toma de decisiones	Calidad de la decisión (de acuerdo con la validez del conocimiento)
Significatividades impuestas, se desarrollan a partir de interacciones inconscientes	Zonas No Significativas o absolutamente no significativas: Formas de organización preestablecidas, tienen un grado de afectación aceptada en los individuos.	Tipificaciones Recíprocas: La organización política, la producción de bienes y servicios, la escolarización, el tiempo, la calendarización, roles y clases sociales, entre muchas otras estructuras que marcan la forma que rige la sociedad de manera preestablecida y como realidad ya dada.	Sentido de lo común, como aquella actitud natural que el hombre utiliza para actuar.	Opiniones comunes/presupuestos del mundo natural
Significatividades intrínsecas -las que se vinculan con nuestros intereses elegidos, se desarrollan a partir de interacciones más o menos conscientes.	Parte del mundo a nuestro alcance, donde se involucran: Interacciones privadas, públicas y sociales	Relaciones íntimas: Subcomunidades donde se establecen los pequeños mundos: Familia; trabajo; amigos; vecinos	Sentido de lo común y apoyo en conocimientos de analistas.	Opiniones subjetivas razonablemente fundadas en lo objetivo.
		Habilidades de experto: Referentes a la actividad que se desarrolla como medio de subsistencia o se ha disciplinado en algún sistema de significatividades específico.	Conocimientos validados por algún sistema de significatividades (campo de la experiencia, la ciencia o la tecnología).	Opiniones objetivas y fundamentadas
	Campos de conocimiento vinculados con la parte del mundo a nuestro alcance: Interacciones necesarias para la consecución de la vida de la sociedad, responsabilidades de comportamiento sociales para la consecución de esta, como el pago de impuestos, ejercer la libertad de acuerdo con las normas jurídicas, entre muchos otros. De acuerdo con el grado de afectación:	Continuidad ininterrumpida:	Sentido de lo común	Opiniones comunes/presupuestos del mundo natural
		Disrupción	Sentido de lo común y apoyo en conocimientos de analistas.	Opiniones subjetivas razonablemente fundadas en lo objetivo.

Asimismo, es visible que la vinculación con lo *institucional* representa para la mayoría de las personas una significatividad impuesta, por lo que, generalmente, no pasa por un proceso de razonamiento complejo, los individuos preferimos guiarnos por el sentido de lo común que se construye a partir de la habituación que se presenta en la realidad de la vida cotidiana.

La política es una de las instituciones que se incorporan en los individuos de una manera inconsciente y fantásmica, debido a que su existencia está sujeta

a un sistema de significatividades impuestas de difícil acceso, que no otorga un grado de significación suficiente para que pueda integrarse a sus pautas de conducta, a su realidad cotidiana, y, en consecuencia, para integrarse al sentido de lo común. La razón por la cual la mayoría de los ciudadanos no toma el contenido de las leyes, normas jurídicas como parámetros de conducta, es por su falta de accesibilidad. El contenido de las leyes no forma parte del conocimiento de lo común.

Se considera que, la incorporación de la institución política en la construcción de la ciudadanía es necesaria pues, si la vida de todos los individuos sujetos a una sociedad está determinada por la ley, es pertinente que la ciencia jurídica, regule dicha *micro aplicación de la ley*, que transcurre a partir de estructuras, dinámicas y prácticas que protagonizan los ciudadanos todos los días, a partir de cumplir con la necesidad de cumplir con las obligaciones que les corresponden dentro del orden público, así como, la autotutelar sus derechos, constituyéndose de paso, en un *mecanismo de control constitucional individualizado*.

Con tal propósito, es necesario desarrollar conceptos y modelos a partir de los cuales sea posible desplegar el aspecto ontológico de la democracia, la funcionalidad del sistema a partir del cual se establece, que permita esa *micro aplicación de la ley*.

7. CONCLUSIONES

La interpretación de la ley no debería estar destinada únicamente a los operadores jurídicos, pues se requiere que los ciudadanos participen de dicho, como mecanismo de prevención de conflictos, de autocontrol y autotutela, para guardar y hacer guardar el orden constitucional desde el ámbito privado, legitimando la toma de las propias decisiones de acuerdo con el contenido de la ley.

Debido a que los conocimientos, conceptos y modelos que se han construido desde la ciencia jurídica están encaminados a validar la correcta aplicación del derecho que realizan las autoridades, mayormente los jueces, resulta inaccesible para establecer técnicas y procedimientos a partir de los cuales sea posible enseñar a los individuos a interpretar la ley desde un lenguaje accesible.

Por lo tanto, es pertinente que la ciencia jurídica, regule la *micro aplicación de la ley*, que transcurre a partir de estructuras, dinámicas y prácticas que protagonizan los ciudadanos todos los días, con la finalidad de cumplir con las obligaciones que les corresponden dentro del orden público, así como, la autotutelar sus derechos, aspectos que constituyen necesidades fundamentales en la vida de los seres humanos.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

8. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ANDREA CALDERWOOD Et GAIL EGAN, *The Boy Who Harnessed the Wind* [Película] Netflix, Reino Unido. 2019.
- ESTÉVANEZ, NICOLÁS, "Aristóteles. La Política". Casa Editorial Garnier Hermanos, s.a. PARÍS, 1920.
- BARREIRO, TELMA. *Trabajos en Grupo.*, Novedades Educativas, Buenos Aires, 2005.
- BERGER, PETER L. Y THOMAS LUCKMAN. "La construcción social de la realidad". Traducción: Zuleta, Silvia. Amorrortu editores. 18ª Reimp. Buenos Aires, Argentina. 2003.
- CERVANTES AYALA, PAULA ANGÉLICA. "Aproximaciones hacia una política educativa de alfabetización jurídica", en el número 27 de Dikê, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica. Disponible en: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/download/764/pdf>
- CONDOCERT. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano.* Edición preparada por A. Torres del Moral, Madrid, Editora Nacional, (1980 [1793]).
- FILIPO ARAUJO, Alberto. *Condorcet y la Educación: Aportes para la formación de un "hombre nuevo"*. Revista Educación y Pedagogía, Vol. XII, No. 26-27, Universidad de Antioquia, Colombia, 2015.
- FISCHER, GUSTAVE-NICOLAS, *Campos de Intervención en Psicología Social*, Narcea, S. A de Ediciones, Madrid, 1992.
- GARAY, L. *Los Conceptos, Instituciones y Grupos* -Blogspot- 2007. Recuperado de: <http://institucionesygrupos.blogspot.com/2007/06/los-conceptos.html>.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. Diccionarios jurídicos temáticos, Volumen 2. Derecho Constitucional. Elisur Arceaga Nava, Laura Trigueros Gaisman. Comps. Oxford, University Press, México, 2000.
- TAMAYO, J.L. Selección y notas de Juárez, Benito. "Documentos, Discursos y Correspondencia". Edición digital coordinada por Héctor Cuauhtémoc Hernández Silva. Versión electrónica para su consulta: Aurelio López López. [CD-ROM] editado por la Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco. Primera edición electrónica. México, 2006.
- MORALES HERNÁNDEZ, A. "Estado, modernización y educación". (Documento editado para la Licenciatura en Educación e Innovación Educativa, inédito). UPN, México. 2014.
- SCHUTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*. Natanson, Maurice (Compilador). Traducción: Miguez, Néstor. Amorrortu Editores 2ª Ed. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- SCHUTZ, ALFRED. *Estudios sobre teoría social*. Brodersen, Arvid, (Compilador). Amorrortu Editores 2ª Ed. Buenos Aires, Madrid. 2012.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Traducción: Carlos Cerrillo Escobar, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1911. Pp. 603.
- VANDER ZANDEN, JAMES. *Manual de Psicología Social*, Barcelona, Paidós, 1986.

La figura del comiso en la legislación penal ecuatoriana*

The concept of confiscation in Ecuadorian criminal law

Katerin Gabriela Vallejo Vaca**

RESUMEN

Una de las principales estrategias en la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada impulsada desde las Naciones Unidas y otros organismos internacionales ha sido la recuperación de los activos provenientes del cometimiento de un hecho ilícito para evitar que los autores y su entorno disfruten de las ganancias obtenidas a consecuencia de este. La Asamblea Nacional del Ecuador con la finalidad de otorgar mayores herramientas jurídicas que permitan cumplir este objetivo, en el 2019 reformó el Código Orgánico Integral Penal introduciendo importantes cambios a la figura del comiso, siendo uno de los más significativos la previsión del comiso a terceros, el comiso ampliado y el comiso sin condena, aun cuando con posterioridad este fue declarado inconstitucional, y en el 2021 aprobó la Ley de Extinción de Dominio aplicable sobre los bienes de origen ilícito o injustificado mediante un proceso civil independiente de la investigación penal. El presente artículo desarrolla un estudio del comiso y la extinción de dominio analizando las posibles vulneraciones a derechos que se podrían inferir a causa de la aplicación de estas leyes en el entorno de la regulación jurídica interna.

PALABRAS CLAVES

Comiso, extinción de dominio, responsabilidad penal, sentencia condenatoria, bienes de terceros, Ecuador, legislación.

SUMMARY

One of the main strategies in the fight against corruption and organized crime promoted by the United Nations and other international organizations has been the recovery of assets derived from the commission of an illicit act to prevent the perpetrators enjoying the profits obtained from it. The National Assembly of Ecuador to grant greater legal tools to meet this objective, in 2019 reformed the Organic Integral Criminal Code introducing important changes to the figure of confiscation, one of the most significant is the provision of confiscation to third parties, expanded confiscation and confiscation without conviction, even though it was subsequently declared unconstitutional, and in 2021 approved the Law of Extinction of Domain applicable to assets of illicit or unjustified origin through a civil process independent of the criminal investigation. This article develops a study of the confiscation and extinction of domain analyzing the possible violations of Rights that could be inferred due to the application of the same in the environment of internal legal regulation.

KEY WORDS

The confiscation, extinction of ownership, criminal liability, conviction, property of third parties.

*Artículo de investigación postulado el 19 de noviembre de 2021 y aceptado el 29 de marzo de 2022

**Doctoranda en Derecho, Ciencia Política y Criminología en la Universidad de Valencia, España. (kgvallejo@utn.edu.ec) orcid.org/0000-0002-1238-8335

KATERIN GABRIELA VALLEJO VACA

SUMARIO

1. Introducción
2. Crimen organizado y delitos de cuello blanco
3. Regulación del comiso en la legislación ecuatoriana
4. Ley Orgánica de Extinción de Dominio
5. Conclusiones
6. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Las penas privativas de libertad ya no son suficientes para enfrentar las nuevas amenazas que plantea el riesgo global y la sociedad de la información, como el crimen organizado, delitos de cuello blanco, cibercrimen y otros desafíos complejos. La sociedad exige nuevas soluciones que, sobre todo prevengan de manera efectiva en lugar de castigar el crimen. Estas nuevas soluciones se encuentran principalmente en nuevas formas del Derecho Penal preventivo, así como en la combinación con otros regímenes jurídicos en las áreas de Derecho Público y Civil y con normas autorreguladoras del Derecho Privado.

En la búsqueda de estas soluciones innovadoras y eficaces para prevenir la delincuencia y evitar que quien cometa el ilícito disfrute de los beneficios obtenidos, se estudió la necesidad de incorporar una herramienta para la recuperación de activos a partir del análisis de varios Proyectos de Ley¹ presentados en la Asamblea Nacional del Ecuador. El discurso político partía tomando como referencia la supuesta inexistencia de alguna figura jurídica que permita recuperar los bienes de procedencia o destino relacionados con actividades ilícitas, aun cuando el comiso se encuentra regulado en la legislación ecuatoriana desde el Código Penal de 1871.

La problemática en torno a la recuperación de los bienes no se ha producido por falta de regulación normativa interna, sino porque el comiso se encuentra regulado en el Código Orgánico Integral Penal como una pena restrictiva de los derechos de propiedad, y para su ejecución requiere de manera indispensable

¹ Proyecto de Ley de Extinción de Dominio, presentado por el Fiscal General del Estado Carlos Bladimir Baca Manchano el 20/12/2017 (Cod. AN-2021-2026/311647). Proyecto de Ley Reformativa el Código Orgánico Integral Penal para la Identificación, Recuperación, Repatriación y Extinción de Dominio de Bienes de Origen Ilícito, presentado por el Presidente Constitucional de la República Lenin Moreno Garcés el 26/07/2018 (Cod. AN-2021-2027/335804). Proyecto de Ley Orgánica de Recuperación de Bienes de Origen y Destino Ilícito e Injustificado, presentado por el asambleísta nacional Pedro Fabricio Villamar Jácome el 22/10/2019 (Cod. AN-2021-2028/382831).

que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada. En virtud de ello, y tomando como referencia la Ley Modelo de Extinción de Dominio como iniciativa del programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, se planteó la necesidad de regular una forma de comiso civil en la que la culpabilidad del propietario no sea relevante, pues el procedimiento se llevaría en contra del inmueble.

Sin embargo, se plantean serias amenazas de la protección de las libertades civiles al ignorar los derechos humanos tradicionales, en particular las garantías del debido proceso, por las que los ciudadanos han luchado desde hace cientos de años. Por lo tanto, las distintas modalidades de comiso deben tratar de equilibrar y combinar la eficacia del desarrollo de nuevas soluciones, con la protección adecuada de los derechos consagrados constitucionalmente.

El presente artículo aplicará una metodología descriptiva y analítica, que facultará a conocer el comiso penal y la extinción de dominio como mecanismos de recuperación de bienes, sus límites, alcances, deficiencias y posibles vulneraciones a las garantías fundamentales tales como el debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República. Para desarrollar esta postura y dar respuesta al problema jurídico planteado, se abordará un análisis del crimen organizado y delitos de cuello blanco que han servido como fundamento para la creación de nuevas figuras jurídicas, la regulación del comiso penal y el proceso de extinción civil reconocidos en la legislación ecuatoriana.

2. CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE CUELLO BLANCO

El crimen organizado y la corrupción son dos fenómenos que se encuentran estrechamente relacionados, afectan a las sociedades en todas las épocas y bajo cualquier tipo de gobierno. Si bien estas formas de criminalidad no cuentan con una definición exacta, podemos hacer referencia a que la corrupción alude a una conducta que se aleja de la normativa vigente en determinado contexto, y cuya motivación es el beneficio privado. Sus elementos son: la violación de un deber, la contradicción de intereses, la obtención de un beneficio que no se hubiere podido obtener cumpliendo la norma de deber previamente establecida, y el ocultamiento del acto². Sin embargo, desde el aspecto sustantivo penal, hace

137

² NASH, Claudio, AGUILÓ, Petro y otros. Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 16.

referencia a la entrega de una dádiva o recompensa a cambio de la concesión de un beneficio por parte de un funcionario, manifestándose generalmente en sobornos y cohechos³.

El crimen organizado, por su parte, tampoco cuenta con una acepción uniforme, ya que no es posible especificar la diversidad de formas que éste puede asumir y las conductas que puede realizar en función del contexto o incluso la localidad geográfica⁴. No obstante, se han podido determinar elementos comunes, como: existencia de una organización criminal, finalidad económica, implicación preferente en la provisión y el suministro de bienes y actividades ilegales complementadas con negocios legales⁵.

Algunos rasgos básicos de ese tipo de criminalidad son su versatilidad y flexibilidad. El objetivo casi siempre es la obtención de un lucro, la búsqueda de las mayores ganancias posibles con los menores riesgos, por lo que se buscan los sectores más vulnerables y menos controlados, y pretenden ingresar al mercado legal a través del lavado de activos. Esto tiene un efecto nocivo a nivel estatal y el desarrollo económico, lo que genera una gama de problemas como la desestabilización de las instituciones de Gobierno, pues merman las arcas públicas, generan encarecimiento en los servicios básicos y dificultan el acceso a los mismos, debilitan las instituciones democráticas y por consiguiente generan la pérdida de la confianza de la sociedad en el Estado de Derecho, adicional al gasto público destinado a perseguir este tipo de delitos.

En el desarrollo de un proceso penal, el enfoque siempre ha estado orientado en torno al elemento punitivo del delito⁶. El objetivo principal era y continúa siendo el lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y ha estado dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto, a la recuperación de los bienes ilícitamente obtenidos. Los instrumentos jurídicos internacionales⁷ han insistido constantemente en la necesidad de regular

³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, «Delimitación del concepto penal de corrupción». En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 25, 2004, p. 342.

⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Tecnocrimen». En José Luis GONZÁLEZ, María Luisa CUERDA (directores), Antonio FERNÁNDEZ (coordinador), Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

⁵ Ídem.

⁶ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos». En Revista de Derecho Penal, núm. 34, 2011, p. 85.

⁷ En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, o Convención de Viena, se introducen por primera vez medidas para la neutralización de los patrimonios de origen criminal. Las Partes en el preámbulo declaran su intención de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad, partiendo de dos bases: por un lado la conexión del narcotráfico con la delincuencia organizada, con capacidad para socavar las economías lícitas y poner en riesgo la estabilidad, seguridad y soberanía de los estados; por otro, que este tráfico genera

las legislaciones internas a fin de que se desarrollen herramientas que permitan prevenir y reprimir las conductas de lavado de activos, y en la incautación de los beneficios conseguidos mediante actividades criminales, a fin de obtener la anulación de las posibilidades de volver a cometer el delito y a la supresión de todo rédito o beneficio económico que la actividad delictiva pudiera dejar en el patrimonio de los responsables.

Un aspecto de la delincuencia económica que hoy preocupa en Ecuador es el de la corrupción. Actualmente en los tribunales se investigan numerosos casos relacionados con corrupción política y económica, todos ellos en la órbita de las relaciones ilícitas entre empresarios y gestores públicos o políticos⁸. Al considerar que la corrupción y criminalidad organizada existe y actúa, esencialmente, por ánimo de lucro, y con el fin de que la comisión de delitos no resulte provechoso, el comiso y la recuperación de bienes de origen delictivo ha tomado cada vez mayor relevancia en la legislación ecuatoriana, y con el objetivo de contar con las herramientas más eficaces en la lucha contra dicha manifestación criminógena⁹, a fin de reducir su influencia y producir un efecto disuasorio, el 2019 se reformó el Art. 69 del Código Orgánico Integral Penal¹⁰, ampliando las modalidades de comiso, dejando de lado su tratamiento tradicional; es decir, a los efectos y productos del delito, dotándole de nuevas características que permiten que sea usado como un instrumento de política criminal para que pueda enfrentar a estas nuevas macro criminalidades.

El comiso debe ser considerado como un elemento que permita reforzar la eficacia preventiva de las penas, no en el sentido preventivo general o especial, sino en un sentido práctico y de supresión de costes económicos derivados de la delincuencia, al tener una finalidad material de retirada de los objetos y bienes que pueden propiciar nuevos delitos¹¹, evitando que los beneficios se inviertan en posteriores actividades delictivas y que infiltren y capturen el sistema económico legal.

El comiso se constituye como el medio eficaz contra estos fenómenos, pues actúa directamente sobre el patrimonio del crimen organizado, es decir, sobre

grandes rendimientos financieros, lo que permite a las organizaciones invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles.

⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. La recuperación de activos frente a la corrupción. (La oficina de recuperación y gestión de activos). Dykinson, Madrid, 2016, p. 19.

⁹ ZARAGOZA, Javier. «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado». En, Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, N.º. 10, Madrid, 2006, p. 17.

¹⁰ Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial N°107 de 24 de diciembre de 2019.

¹¹ GORJÓN BARRANCO, María Concepción. «El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho Penal». En Revista Penal, N.º 38, Valencia, julio de 2016, p. 128.

KATERIN GABRIELA VALLEJO VACA

las ganancias de estas estructuras criminales¹², por lo que se pretende evitar que el delito resulte provechoso y así desincentivar su comisión.

3. REGULACIÓN DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En el Código Penal ecuatoriano de 1871, el comiso especial estaba configurado como una pena común a las infracciones¹³, que solo podía ser impuesta en virtud de una sentencia condenatoria, y recaía sobre las cosas que forman el objeto de la infracción, y sobre las que han servido o han sido destinadas a cometerla cuando eran de propiedad del condenado; y, sobre las que han sido producidas mediante infracción. Similar redacción llegó hasta el Código Penal de 1971, con la única modificación que ya no se hacía referencia al condenado sino al autor o cómplice. Es decir, desde 1871 se ha reconocido el comiso como una pena común a todos los delitos, destinada a retirar de la sociedad únicamente los instrumentos y los efectos del ilícito. El término “comiso especial” cambió por el término “comiso” en 2014 con la adopción del Código Orgánico Integral Penal.

La evolución y trascendencia que han adquirido diversas formas de delincuencia; la económica, la delincuencia organizada, la vinculación a nuevas formas de actuación en el ámbito político o económico, han puesto de manifiesto el interés de privar a quienes incurrieran en conductas delictivas de aquellos elementos con los que los cometían o podían cometerlos.

Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso. García Pablos¹⁴ considera que el mismo no está previsto como una amenaza destinada a la disuasión de la comisión del delito ni como castigo merecido, así como tampoco busca la prevención de otros hechos del sujeto peligroso, por lo que sostiene que este es una consecuencia accesorio de naturaleza particular cuya finalidad es únicamente privar al sujeto de los medios con los que cometió el delito, o de sus efectos económicos¹⁵.

Gracia Martín, a su vez, indica que el comiso es, más bien, una medida de carácter administrativa o de naturaleza civil, en razón de que, su fundamento es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos

¹² HASSEMER, Winfried. «Localización de ganancias: Ahora con el Derecho Penal». En Revista de Ciencias Penales, Vol. I, núm. 1, 1998, p. 220.

¹³ CÓDIGO PENAL. Decreto Legislativo 0. Registro Auténtico de 3 de noviembre de 1871. ▢Art. 1.- Las infracciones de ley penadas por ella, constituyen los crímenes, delitos y contravenciones:▢

¹⁴ GARCÍA PABLOS, Antonio, Introducción al Derecho Penal, General. Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, Madrid, 2005, p. 148.

¹⁵ MIR, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Editorial Reppertor, 8ª edición, Barcelona, 2008, p. 796.

delitos¹⁶, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos.

Esto ha justificado la incorporación en la normativa penal de las nuevas modalidades orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva. Por lo tanto, el carácter retributivo con que se concibió históricamente la institución, más cercana a una pena pecuniaria, ha quedado relegada a un segundo plano, y ahora parece predominar la finalidad preventiva¹⁷.

3.1 Modalidades de comiso

El artículo 69.2¹⁸ del Código Orgánico Integral Penal recoge distintas modalidades del comiso que tienen características y especificidades que recae sobre los bienes cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito, y ya no se limitan solo a los instrumentos empleados o a los efectos del delito, sino que se estructuran de acuerdo con los requerimientos internacionales abarcando también las ganancias indirectas. Sin embargo, el mismo se aplica únicamente en los casos de delitos dolosos.

¹⁶ GRACIA, Luis, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 562.

¹⁷ Como refiere JAEN VALLEJO, Manuel, y PERRINO PÉREZ, Ángel, La recuperación de activos frente a la corrupción, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 149, el objetivo final es disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos, por lo que el comiso y la recuperación de activos tienen indudablemente, en el ámbito europeo, un claro efecto preventivo general.

¹⁸ Art. 69.2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos. En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de: a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible. b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal. c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal. d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal. f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada. Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal. En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

El listado de bienes sobre los que se puede imponer esta pena restrictiva de los derechos de propiedad incluye el comiso de los bienes en los que se haya podido transformar los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción, el comiso de bienes por un valor equivalente a esos efectos, instrumentos y ganancias; y el comiso ampliado que recae sobre el patrimonio de los condenados por infracciones relacionadas con la criminalidad organizada, contra la administración pública, terrorismo, etc. Los motivos por los cuales se priva al titular de los derechos patrimoniales que tiene sobre estos bienes varía según se trate del comiso de efectos, instrumentos o ganancias, de ahí que sea indispensable hacer un análisis pormenorizado de las distintas clases de comiso.

3.1.1 Comiso de efectos e instrumentos:

Es la forma más básica de la figura del comiso, entendido como el acto por el cual a quien se le imponga una pena por intermedio de una sentencia ejecutoriada a causa de la comisión de un delito doloso, debe también serle impuesta una pena que conlleve a la pérdida de las ganancias, bienes y efectos provenientes de la actividad ilegal por la cual fue sentenciado. El Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal en sus literales a, b y c, reconoce el comiso a los bienes, fondos o activos y otros utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible, al contenido digital y productos que procedan de la infracción penal y los productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal, respectivamente.

Al hablar de instrumentos, se hace referencia a aquello que sirve para hacer algo y comprende tanto los bienes materiales como inmateriales. Son los objetos usados para la realización de la acción delictiva¹⁹, los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal²⁰, o los objetos que puestos en relación de medio a fin con la infracción hayan sido útiles para su ejecución²¹, por ejemplo: las armas con que se haya ejecutado la muerte o las lesiones corporales, balanzas de precisión, los útiles que se hayan empleado para la falsificación de tarjetas (computador, puertos, alimentadores, cables, y lectora-grabadora de bandas magnéticas), etc. Este comiso se basaría en un juicio de peligrosidad del bien,

¹⁹ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Judel y PIÑOL RODRÍGUEZ José, Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 5.ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 468.

²⁰ PRATS CANUT, Josep y MORÁN MORA, Carolina, "Título VI. De las consecuencias accesorias". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.): Comentarios al Nuevo Código Penal. 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 649.

²¹ GRACIA MARTÍN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel y ALASTUEY DOBÓN, Carmen, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 450.

pues estaría orientado a evitar el cometimiento de nuevos delitos al impedir que el autor de los hechos tenga acceso al bien con el que los cometió.

De manera unánime, la doctrina²² considera efectos provenientes de los delitos, a aquellos bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción penal, contempla aquellos que son originados por el delito, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como también de aquellos que, si bien preexistían a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de esta. Por objeto producido por el delito se entienden tanto los bienes originados por el delito, como aquellos transformados por la acción delictiva, por ejemplo, el dinero o documentos falsificados. El objeto amplio de efecto del delito tiene unos límites demasiado difusos, entrando incluso en el terreno de las ganancias del delito. Por ello, es mejor tomar el concepto restringido, pues la diferente naturaleza de los bienes hace que el fundamento difiera.

En general la función de este comiso, adicional a lo anteriormente señalado, es prevenir la ejecución de delitos a través de medidas restitutivas de bienes dirigidas a neutralizar el peligro, lo que la doctrina²³ ha denominado la peligrosidad objetiva de los bienes que provienen de las actividades delictivas.

3.1.2 *Comiso de ganancias:*

Se reconoce la posibilidad de sustraer los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos procedentes de la infracción penal, el provecho económico obtenido directa o indirectamente cualquiera que sea la transformación que haya experimentado, los beneficios obtenidos por el hecho objeto de la condena. El comiso de las ganancias derivadas del delito es la piedra angular de la política criminal de recuperación de activos a nivel internacional y un foco de discusión en la doctrina.

Algunos autores²⁴ consideran que por ganancias se abarca la recompensa, entendida como la ventaja patrimonial que el autor o partícipe del hecho recibe como contraprestación, por ejemplo, el dinero recibido en el delito de cohecho, así como la ganancia definida como el beneficio logrado directamente por la acción criminal, es decir, el valor de lo estafado o el dinero sustraído. El comiso de

143

²² Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, Borja, Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Aranzadi S.A., 5ª edición, 2011, p.p. 413 y 414. GALLEGOS SOLER, José Ignacio, □Art. 127□. En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, MIR PUIG, Santiago (Dir.), Comentarios al código penal: reforma 5/2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 299.

²³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, □Decomiso, incautación y secuestro□. Lima, Valleta Ediciones, 2015, p. 40 y ss.

²⁴ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, □Capítulo 33. Comiso□. En ORTIZ DE URBINA, Gimeno Íñigo, Memento experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, Santiago de Compostela, Ediciones Francis y Taylor, 2010, p. 694.

ganancias constituye una medida de no tolerancia de una situación patrimonial ilícita o que busca impedir el lucro ilícito²⁵.

Puede hacerse referencia a las ganancias que derivan directa y necesariamente de la realización del tipo, pues la existencia de todos los elementos que configuran el tipo penal de determinados delitos conlleva la aparición de una ganancia, por ejemplo, el beneficio económico obtenido mediante la explotación sexual de una persona, el dinero logrado con el tráfico de órganos, con la comercialización, distribución, importación de medicamentos deteriorados, etc. También en aquellos supuestos, en lo que la realización del tipo de determinados delitos no lleva inmersa necesariamente una ganancia para el autor o partícipe, aunque puede aparecer tras la consumación del delito. En el primer caso, se puede distinguir aquellos en los que la ganancia queda abarcada por un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo. Tal es el caso del dinero pagado al receptor a cambio de la ayuda prestada a los responsables de un delito contra el patrimonio, diferenciándose de aquello en los que ni siquiera se exige este requisito, por más que el beneficio económico no sea el propósito que mueva al sujeto, como el caso de los honorarios percibidos por quien ejerce ilegalmente su profesión.

Sus posibilidades como medida disuasoria son innegables, pues si el sujeto conoce que cuando se descubra el delito cometido, adicional a su declaración de culpabilidad, se le condenará a devolver lo obtenido probablemente no adecúe su conducta a lo descrito en un determinado tipo penal, evidenciándose así, el efecto preventivo. Se podría pensar en el comiso de ganancias como una forma de indemnización social para atenuar los daños que estas formas tan graves de criminalidad. Sin embargo, esta no es una función que vaya a realizar per se, pues no es un efecto inherente a esta modalidad. Será la localización y utilización de los bienes, el destino que se les otorgue, el que consiga esta función social de reparación, que hasta la actualidad ha sido mínima en el Ecuador²⁶.

²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La pena del comiso en el proyecto de Código Penal". En *Anuario de Derecho Penal*, vol. XXXIV, fasc. II y III, p. 616.

²⁶ De acuerdo con el comunicado oficial de 14 de agosto de 2020 la Procuraduría General del Estado (PGE), indicó que sólo en dos de los siete principales casos de corrupción se ha llegado al embargo de bienes. En cuanto a montos: de los \$ 89,3 millones que busca recuperar, hasta la fecha apenas ha logrado medidas para retener activos por \$3,9 millones; es decir, el 4,4 %. El resto aún se encuentra en el rastreo de bienes y en disputa legal.

1.3 Comiso de valor igual o equivalente o el comiso impropio

Según lo establecido en el segundo inciso del Art. 69.2 literal f)²⁷ del Código Orgánico Integral Penal, si por cualquier circunstancia no fuere posible el comiso de las ganancias provenientes del delito, según el *numerus clausus* que se reconoce, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito. Su finalidad es reemplazar o completar al comiso de ganancias cuando este no puede cumplir o solo puede cumplir parcialmente el fin asignado. Estas dos modalidades de comiso encuentran su fundamento en el enriquecimiento forjado por la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal, únicamente en los delitos dolosos. Si al aplicar el comiso de ganancias se elimina totalmente el enriquecimiento patrimonial ilícito producido por la conducta antijurídica, el comiso de otros bienes por un valor equivalente ya no tendría razón de ser. La privación del dominio²⁸ de los bienes sin contraprestación alguna obedece y se justifica debido a que sólo el trabajo y las actividades lícitas pueden ser fuente de riqueza, más no así el delito ni los comportamientos que vayan en desmedro del erario o de la moral social.

En aquellos casos en que no sea posible el comiso de bienes, se acordará el mismo por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los responsables del hecho, es decir, en el caso exista algún impedimento para comisar los instrumentos, efectos, las ganancias del delito en cuestión, el juez tendrá la facultad de confiscar bienes del condenado que poseen el mismo valor, bienes que haya adquirido de forma lícita. El comiso de valor equivalente pretende superar aquellos supuestos en donde el comiso se limita, como cuando las cosas pasan a terceros no decomisables, terceros de buena fe, o cuando las ganancias se hayan consumido o se hayan ocultado por tratarse de bienes muebles²⁹, en estos casos se ha previsto la posibilidad de cubrir bienes lícitos del autor. Sin embargo, frente a ciertas estrategias elusivas, esta herramienta, al igual que el comiso directo,

²⁷ Art. 69. 2. f) En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal.

²⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal Parte General, Tercera edición, Bogotá D.C.: Librería Jurídica COMLIBROS, 2007. p. 658.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, □El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana□. En Revista PUCP, N° 81, 2018, p. 125.

pierde su eficacia, ya que existe la posibilidad de que no logre conseguir decomisar efectivamente ningún bien, pues seguramente el sentenciado no tendrá ningún bien legalmente inscrito a su nombre que el Estado pueda decomisar.

3.1.3 Comiso de bienes de terceros

Esta herramienta recogida en el Código Orgánico Integral Penal otorga la capacidad de efectuar el comiso de los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada³⁰, cuando exista motivo suficiente para demostrar la carencia de buena fe³¹ en la traslación del dominio. Históricamente, la figura del comiso ha precautelado los derechos de los terceros no responsables del delito que tengan sobre bienes o efectos involucrados con un sentenciado por la comisión de un injusto penal, respetándose tanto el principio de confianza, como la presunción de inocencia.

Dando por hecho que es justo que el tercero no responsable penal que haya adquirido efectos u obtenido ganancias de mala fe deba sufrir su pérdida en favor del Estado, resulta fundamental que esta herramienta sea utilizada únicamente si puede demostrarse, en un proceso contradictorio jurisdiccional, que los presuntos bienes ilegales fueron adquiridos con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita. Se presume ausencia de mala fe cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito, o que de ese modo se dificultaba su posible decomiso.

En Ecuador se establece una presunción *iuris tantum* sobre el origen de dicho patrimonio, susceptible de modificación, mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o al menos que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización o grupo criminal³². Si bien no existe una regulación clara sobre la propiedad de esos terceros, no debería caber duda de que, si la propiedad se cede a un tercero de buena fe, la transferencia debe respetarse por razones de orden en el tráfico patrimonial. Sin embargo, cuando exista la posibilidad de que la persona consintió en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen se podría

³⁰ Art. 69. 2. f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.

³¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, El decomiso de activos ilícitos. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2017, pp. 205ss.

³² JAEN VALLEJO, Manuel, y PERRINO PÉREZ, Ángel, La recuperación de activos frente , op. cit., p. 130.

iniciar una investigación penal por el delito de testaferrismo tipificado en el Art. 289 del Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo, la problemática que se presenta con la regulación del Código Orgánico Integral Penal es que, a través de esta disposición, se facilita acordar el comiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de lavado de activos, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad de estos, por la vía de considerarlos terceros a efectos del comiso.

3.1.4 Comiso sin condena

El 17 de septiembre de 2019 la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó, en segundo debate, el proyecto de reformas del Código Orgánico Integral Penal, que pretendía incorporar un artículo que permita regular el comiso sin condena, con el siguiente texto:

“Artículo 69.1. Comiso sin condena. - La o el juzgador, dentro de los procesos por lavado de activos, delincuencia organizada, trata de personas y tráfico de migrantes, enriquecimiento privado no justificado, testaferrismo, terrorismo y su financiamiento o delitos por tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, podrá ordenar el comiso de bienes de la persona procesada previsto en el artículo anterior, aunque no exista sentencia condenatoria. Para el efecto se determinará la ilicitud de los bienes y su monto en un proceso de conocimiento y contradictorio, cuando concurran todas las siguientes condiciones:

- 1) Que se haya emitido auto de llamamiento a juicio y el mismo haya sido notificado a la persona procesada.*
- 2) Que la persona en contra de quien se ha emitido auto de llamamiento a juicio no haya comparecido de manera injustificada, en al menos dos ocasiones a la audiencia de juicio.*
- 3) Que la persona procesada se encuentre en condición de prófuga.*

147

Sin perjuicio de lo previsto en el siguiente artículo, cuando se demuestre que el bien objeto del comiso sin condena no tiene conexión con el cometimiento del delito las o los juzgadores ordenarán la restitución del mismo”.

El Art. 66.26 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas, sin embargo, el legislador ecuatoriano y

KATERIN GABRIELA VALLEJO VACA

autodenominados expertos en el tema³³, intentaron tomar como obligatorios los argumentos de la sentencia C-374 de 13 de agosto de 1997 de la Corte Constitucional colombiana, en la cual el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo razonó acerca de la procedencia de la acción sobre bienes equivalentes, partiendo del hecho de que (...) *“quien adquirió bienes gracias al ejercicio de actividades ilícitas, intentará darles apariencia de licitud transfiriéndolos a terceros y adquiriendo con su producto otros no vinculados directamente al ejercicio de tales actividades. En estos supuestos, de no proceder la extinción sobre bienes equivalentes, se estaría permitiendo la consolidación de un patrimonio adquirido mediante títulos injustos y este efecto, desde luego, es contrario a la pretensión del constituyente de que sólo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto”*. (“Sentencia C-740/03 - Corte Constitucional de Colombia”) Al no existir pronunciamientos de carácter similar por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, esos argumentos solo deberían ser tomados como referencia, no como jurisprudencia que genere la obligación de adecuar la normativa a dichos conceptos, más aún cuando son contradictorias a lo dispuesto en la Carta Magna.

Respecto a esta disposición, existió una objeción presidencial³⁴, pues acusa la inconstitucionalidad de la norma propuesta, porque se pretendería imponer una pena de carácter patrimonial sin que exista previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada, vulnerando los principios constitucionales de presunción de inocencia, principio de legalidad, el derecho a la defensa, el derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso, ya que inclusive se priva al procesado de la posibilidad básica de ser siquiera escuchado en el momento procesal oportuno. Se recalcó, además, el error normativo en el que incurrió el legislador al pretender incluir esta reforma a continuación de la descripción de la pena de comiso penal, ya que ésta, al ser una pena debe ser impuesta mediante sentencia, lo que la hace incompatible con el procedimiento propuesto en dicha reforma. Las objeciones de fondo acusan que la falta de contenido procesal que tiene la

³³ Oficio No. 320 PR-CEPPCCS-AN-2020, de 8 de julio de 2020, suscrito por el presidente de la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social, remitiendo el Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Orgánica de recuperación de bienes de origen o destino ilícito o injustificado al presidente de la Asamblea Nacional.

³⁴ Oficio T 539-SGJ-19-0814, de 18 de octubre de 2019, suscrito por el Presidente de la República del Ecuador, remitiendo sus objeciones parciales al proyecto de reformas al Código Orgánico Integral Penal al Presidente de la Asamblea Nacional.

propuesta de reforma vulnera ya de por sí misma una serie de derechos y garantías constitucionales³⁵.

Las causales en las que se hubiere podido utilizar dicha herramienta, no versaban en la licitud o ilicitud de la forma adquirida de los bienes a ser comisados, sino con ciertas circunstancias que pueden acontecer con el titular de los bienes, que impidan que pueda comparecer a juicio. El comiso sin condena se hubiera convertido en una especie de pena retributiva que opera como consecuencia de la ausencia del acusado en la etapa de juicio, por motivos que van desde la muerte hasta la fuga, pretendiendo castigar su ausencia con el comiso de sus bienes. La atribución potestativa que se da al juzgador respecto de la facultad de devolver un bien producto del decomiso sin sentencia y la omisión de incluir un mecanismo idóneo que garantice el derecho a impugnar son igualmente inaceptables. La objeción añade, además, que el derecho a recurrir es una garantía para la persona procesada que crea afectado su derecho por una decisión judicial, por lo tanto, debe estar expresamente en todo proceso judicial. El mecanismo indicado debe contener como elemento transversal para su ejecución el debido proceso, incluyendo un detalle de plazos, actuaciones y resoluciones.

En opinión de la Corte Constitucional del Ecuador, las indeterminaciones que aquejan a la figura del comiso sin sentencia, en la forma en la que se pretendían incorporar al Código Orgánico Integral Penal, no son simples defectos de técnica legislativa, sino que por su envergadura desembocan en algo mucho más grave, el quebrantamiento de la seguridad jurídica, derecho reconocido en el Art. 82 de la Constitución de la República, por lo que procede con el Dictamen de Inconstitucionalidad³⁶, determinando que la Asamblea Nacional deberá proceder con las enmiendas necesarias exclusivamente dirigidas a eliminar la inconstitucionalidad dictaminada, bien a través de la supresión del numeral, o mediante la modificación de su texto. Finalmente, el numeral que hacía referencia al comiso sin sentencia fue eliminado del paquete de reformas aprobado por el legislativo.

A pesar de las supuestas bondades que se manifestaron respecto al comiso sin condena penal como mecanismo de lucha eficaz contra la delincuencia organizada, y en particular contra la corrupción, lo cierto es que esa eficacia vulneraba las garantías y derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

³⁵ Párrafo 18. 4-19-OP/19 En el Caso N.º 4-19-OP Dictamen sobre las objeciones de inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Integral Penal. Publicado en el Registro Oficial N.º 28, de 19 de diciembre de 2019.

³⁶ 4-19-OP/19 En el Caso N.º 4-19-OP Dictamen sobre las objeciones de inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Integral Penal. Publicado en el Registro Oficial N.º 28, de 19 de diciembre de 2019.

4. LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

La crisis política y debilidad institucional emergen sentimientos de indignación y sensaciones de impunidad como resultado del bajo número de casos que se investigan, los procesos que se archivan, el tiempo que tardan en llegar las sanciones penales, la baja intensidad de las penas en casos de corrupción relevantes y los pocos recursos económicos que se recuperan generan una sensación de ineficiencia procesal.

Frente al acelerado crecimiento de los delitos de corrupción, crimen organizado y delincuencia transnacional, ante la declaratoria de inconstitucionalidad del comiso sin condena, y con la finalidad de dotar con las herramientas que permitan limitar el accionar delictivo en el espacio financiero, se presentaron varios Proyectos de Ley para regular el procedimiento de extinción de dominio que faculte la recuperación a favor del Estado los bienes adquiridos ilícitamente.

El Proyecto que dio origen a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio³⁷ tomó como referente a la Ley Modelo de Extinción de Dominio para América Latina, y las normas emanadas de la Convención de Naciones Unidas, de la Convención contra la Delincuencia Organizada y Transnacional, haciendo eco de las iniciativas internacionales³⁸ que han marcado el rumbo de la estrategia de recuperación de activos, cuya pretensión es conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo, de aplicación general, prescindiendo de la responsabilidad del autor, porque el juicio va dirigido en contra de la cosa *in rem*, constituyéndose en una consecuencia patrimonial determinada por sentencia judicial de bienes.

Se trata de un texto bastante detallado de 67 artículos, que se dividen en tres títulos dedicados respectivamente a: generalidades, procedimiento de extinción de dominio y formas de cooperación. El objeto de la Ley declarado en el primer artículo es la regulación de procedimiento de extinción de dominio de los bienes de origen o destino ilícito o injustificado, entendiendo por extinción de dominio a una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración jurisdiccional de titularidad a favor del Estado, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para el afectado.

³⁷ Quinto Suplemento del Registro Oficial No.452, 14 de Mayo 2021

³⁸ Convenciones de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. La Convención Interamericana contra la corrupción.

Al igual que la Ley Modelo, el Proyecto de Ley inicialmente presentado pretendía que su aplicación sea retroactiva, implicando la declaración de la instrucción de dominio, aunque se base en supuestos anteriores a la aprobación de la Ley, además reconocía la imprescriptibilidad de la acción, considerando la nulidad ab initio de los actos y contratos que versan sobre los bienes demostrado origen ilícito objeto del proceso de extinción de dominio, a salvo los derechos de terceros de buena fe. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Dictamen No. 1-21-OP/21, declaró procedente la objeción de inconstitucionalidad respecto a la aplicación retroactiva de una sanción patrimonial, por ser contraria a la seguridad jurídica contenida en el artículo 82³⁹ de la Constitución y al principio de legalidad contenido en el artículo 76 numeral 3⁴⁰ del texto constitucional.

Los elementos de operatividad que podemos tomar de la extinción de dominio son:

1. El proceso de extinción de dominio es de carácter civil, pero investigado por la Fiscalía General del Estado.
2. La finalidad es extinguir el dominio de los bienes particulares recuperados a favor del Estado.
3. La supuesta ilicitud o falta de justificación sobre el bien es prueba plena y revierte la carga de la prueba al titular.
4. El proceso civil de extinción de dominio es autónomo del de carácter penal, es decir, es irrelevante el hecho de que se ratifique el estado de inocencia en materia penal, pues la extinción de dominio continúa su curso.

Se establece que el proceso de extinción de dominio procede sobre los bienes que forman parte de un incremento patrimonial no justificado, si es de origen directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando proviene de la transformación o conversión parcial o total física o jurídica del producto instrumento u objeto material de actividades ilícitas, cuando forman parte de un incremento

151

³⁹ Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

⁴⁰ 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas, cuando han sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas y los bienes de la sucesión hereditaria cuando hayan sido producto de actividades ilícitas.

La Ley contempla tres sujetos procesales⁴¹ la Procuraduría General del Estado, el o los afectados y la Fiscalía General del Estado. Tiende únicamente a regular el procedimiento de extinción de dominio de los bienes de origen o destino ilícito o injustificado, a favor del Estado, por lo que es una ley eminentemente procesal y de carácter investigativo, cuyo procedimiento consta de dos fases, investigación patrimonial y judicial. La primera, llevada a cabo por fiscales especializados, tendrá como objetivo la identificación y localización de los bienes, la acreditación de la concurrencia de las causales de extinción, la acreditación del vínculo entre posibles titulares de derechos y la obtención de los medios de prueba necesarios. En la segunda fase se llevará a cabo la audiencia de extinción de dominio que en un primer momento verificará la legitimación de las partes procesales y resolverá las cuestiones formales que se plantearen, para posteriormente calificar la prueba, practicarla, exponer alegatos y finalmente el Juez Anticorrupción dicta la sentencia. Al crearse un juzgador específico para estos casos, podríamos indicar que nos encontramos frente a la aplicación del Derecho Penal del Enemigo

Una de las críticas a esta Ley es que se producirá la inversión de la carga de la prueba, pues serán los citados o terceros de buena fe quienes tengan que probar durante la fase judicial la licitud de la obtención u origen del bien, por lo que bastaría con que la fiscalía aporte algún indicio sobre la procedencia ilícita del bien, para otorgar un nivel de certeza en el Juez. En este sentido, se debería solicitar la declaración de inconstitucionalidad, pues la Corte Constitucional mediante Sentencia No.14-15-CN/19 al analizar la reversión de la carga de la prueba en el delito de receptación⁴², señaló que esto se contrapone a lo que la norma constitucional pues vulnera la presunción de inocencia, declarando

⁴¹ Art. 15.- Sujetos procesales. - Serán parte en el procedimiento de extinción de dominio los siguientes sujetos procesales: a) La Procuraduría General del Estado; b) El o los afectados; y, c) La Fiscalía General del Estado.

⁴² Art. 62.- La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venta o transfiera a la tenencia en todo o en parte de bienes, muebles, cosas o semovientes, conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia, será sancionada con pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años. Si por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos, o contratos, son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad de 2 a 6 meses.

además que la Asamblea Nacional, al tipificar esas conductas, viola su deber de adecuar el sistema jurídico a la Constitución.

Se reconoce la posibilidad de presentar únicamente recurso de apelación, con lo que vulneraría el derecho a recurrir⁴³. La sentencia ejecutoriada constituirá título legal suficiente para la inscripción a favor del Servicio de Administración de Bienes o Activos Especiales, lo cual parece errado, pues lo lógico sería que se realice la inscripción ante el Registro de la Propiedad correspondiente.

La Ley regula adecuadamente la cooperación nacional⁴⁴ entre las entidades, organismos e instituciones públicas y privadas, así como también de la cooperación internacional, la cual servirá para dar cumplimiento a las obligaciones de cualquier forma de cooperación judicial, penal, policial o administrativa, bajo la aplicación del principio de reciprocidad, de conformidad a los procedimientos establecidos en los convenios, tratados o acuerdos suscritos y ratificados por el Ecuador.

Finalmente, la monetización de los bienes constituidos como activos especiales y que cuenten con sentencia ejecutoriada de extinción de dominio a favor del Estado, será invertida en programas destinados a la protección integral de niñas, niños y adolescentes en condiciones de doble vulnerabilidad. Se reconoce la posibilidad de destruir bienes⁴⁵, en determinados casos: aquellos que por su estado de conservación no se les puede dar otro destino, los que se encuentren en evidente estado de descomposición los que, por su volumen, la enajenación, disposición o donación resulte inviable, las que el juez determine que deben ser destruidos y respecto de los cuales exista disposición legal de destrucción, en cuyo caso, deberemos remitirlos a los dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal.

⁴³ Art. 76, m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

⁴⁴ Art. 57.- Obligación de cooperar. En todas las etapas del procedimiento de extinción de dominio, las entidades, organismos e instituciones públicas y privadas estarán obligadas a cooperar y deberán remitir la información o documentación requerida por la o el Fiscal o la jueza o juez en el término de dos (2) días, o señalar el lugar en donde pueda encontrarse, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que tuviere lugar.

⁴⁵ Art. 73.- Bienes sujetos a destrucción. Se considera como bienes respecto de los cuales se podrá proceder a su destrucción los siguientes:

1. Los que por su estado de conservación no se les pueda dar otro destino;
2. Los que se encuentren en evidente estado de descomposición, adulteración o contaminación que no los hagan aptos para ser consumidos o que puedan resultar nocivos para la salud de las personas;
3. Los que, por su volumen, la enajenación, disposición o donación resulte inviable por las repercusiones negativas que se pudiesen tener en el mercado interno;
4. Los que la jueza o el juez determine que deban ser destruidos; y,
5. Respecto de los cuales exista disposición legal que ordene su destrucción.

En toda destrucción se deberán observar las disposiciones de seguridad, salud, protección al medio ambiente y demás que resulten aplicables. La Autoridad Administradora, deberá probar fehacientemente la destrucción de dichos Bienes.

El hecho de que la ciudadanía tenga la ocasión de constatar, a través de sus propios sentidos que los bienes adquiridos mediante la comisión de cualquier delito, pero especialmente delitos de corrupción, no se quedan en poder de los sentenciados, quienes además del escarnio público y de las penas privativas de la libertad que se les puedan imponer en el proceso penal correspondiente, no gozarán de sus ganancias, hace que sea menos atractivo incursionar en ese rumbo, sin embargo el proceso no debería generarse vulnerando los derechos constitucionales⁴⁶.

5. CONCLUSIONES

La bandera de la lucha contra la corrupción y criminalidad organizada, así como la necesidad de ir adecuando la normativa de conformidad a los requerimientos de la sociedad, genera que los poderes públicos reaccionen con acciones legislativas inmediatas, sin embargo, en ocasiones precipitadas y poco reflexivas, eficaces al menos en teoría, porque la práctica⁴⁷ desmiente las bonanzas de muchas de las creaciones del legislador.

Una de las cuestiones que más exacerban a la opinión pública es constatar que en los asuntos relacionados con la corrupción y el crimen organizado que llegan a juicio, terminan con sentencias condenatorias que distan mucho de ser ejemplarizantes y de cumplir de manera integral con los efectos preventivos generales y especiales, y retributivos de las penas. Ha sido notorio el fracaso en la política de recuperar los elementos patrimoniales relacionados y derivados de esos ilícitos, aun cuando si existen las figuras jurídicas para realizarlo, pero en la práctica han sido poco aplicadas por las barreras que se presentan, por lo que el delito sigue resultando provechoso para los infractores.

La localización, identificación, seguimiento y finalmente el comiso o recuperación de los medios, instrumentos y productos del delito, ya sea en el ámbito

⁴⁶ Hasta la entrega del presente artículo, la Presidencia de la República no ha expedido el Reglamento a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio y la Fiscalía General del Estado no ha brindado a sus fiscales la capacitación que se establece en la disposición transitoria tercera, por lo que aún no se puede ampliar la posible problemática que se presente en un proceso de extinción de dominio.

⁴⁷ Sobre los fines del comiso, Guillermo Jorge destaca lo siguiente: "En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que "el crimen no debe pagar" (restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aun en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas es un fenómeno socialmente peligroso." *Recuperación de Activos de la Corrupción*, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008. P. 74.

civil o penal, deben ser estructurados tomando como antecedentes los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de otras legislaciones, pero adecuados a la realidad jurídica del Ecuador. Se deben evitar las posibles vulneraciones de derechos consagrados en la Constitución de la República, pues siempre estará latente la posibilidad de consultar la constitucionalidad de la norma aprobada por el legislativo.

La recuperación de bienes probablemente sea la mejor manera de combatir el crimen organizado reduciendo, de manera infalible, su capacidad operativa. Sin embargo, es indispensable que el legislador tenga claro que estos procesos no se deben llevar a cabo vulnerando los derechos constitucionales consagrados, pues estaríamos frente a una regresión de derechos, populismo penal y derecho penal de autor, todo en aras de la lucha contra la corrupción.

Aun cuando se considere que la Ley Orgánica de Extinción de Dominio será la herramienta que permita la recuperación de bienes que el comiso penal no ha logrado por las limitaciones que se reconocen en la práctica, para que los organismos encargados de aplicarla tengan éxito, deberían estar dotados de personal especializado, tanto formado en investigaciones financieras para poder rastrear los bienes, como juristas experimentados para la efectiva aplicación de la extinción de dominio. Deberán contar con accesos a bases de datos, o la posibilidad de investigar juntamente con otros organismos. Y a pesar de todo ello, la falta de recursos con los que cuentan las instituciones públicas probablemente haga que la Ley quede en letra muerta como ha pasado en reiteradas ocasiones en nuestra realidad jurídica.

6. REFERENCIAS

- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, "Capítulo 33. Comiso". En ORTIZ DE URBINA, Gimeno Íñigo, *Memento experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre S.A., 2010.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, "Art. 127". En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- GARCÍA CAVERO, Percy, "El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana". En *Revista PUCP*, N° 81, 2018.
- GARCÍA PABLOS, Antonio, *Introducción al Derecho Penal, General*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Tecnocrimen". En José Luis GONZÁLEZ, María Luisa CUERDA (directores), Antonio FERNÁNDEZ (coordinador), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

KATERIN GABRIELA VALLEJO VACA

- GORJÓN BARRANCO, María Concepción, “El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho Penal”. En *Revista Penal*, N.º 38, Valencia, julio de 2016.
- GRACIA MARTÍN, Luis. BOLDOVA PASAMAR, Miguel y ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GUILLERMO, Jorge, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- HASSEMER, Winfried, “Localización de ganancias: Ahora con el Derecho Penal”. En *Revista de Ciencias Penales*, Vol. I, núm. 1, 1998.
- JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, *La recuperación de activos frente a la corrupción. (La oficina de recuperación y gestión de activos)*. Dykinson, Madrid, 2016.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos”. En *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena del comiso en el proyecto de Código Penal”. En *Anuario de Derecho Penal*, vol. XXXIV, fasc. II y III.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Aranzadi S.A., 5ª edición, 2011.
- MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 8ª edición, Barcelona, 2008.
- NASH, Claudio, AGUILÓ, Petro y otros. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- PRATS CANUT, Josep y MORÁN MORA, Carolina, “Título VI. De las consecuencias accesorias”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Delimitación del concepto penal de corrupción”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 25, 2004.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2017.
- SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Judel y PIÑOL RODRÍGUEZ José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 5.ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tercera edición, Bogotá D.C.: Librería Jurídica COMLIBROS, 2007.
- ZARAGOZA, Javier. “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, N.º. 10, Madrid, 2006.

Los mecanismos alternos de solución de conflictos en las bases de datos de Acceso Abierto*

Alternative conflict resolution mechanisms in Open Access databases.

Blanca Noemí Silva Gutiérrez*

RESUMEN

Esta investigación tuvo como objetivo presentar un análisis bibliométrico de la producción científica relativa a la Justicia Alternativa y los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) en las bases de datos de acceso libre en Iberoamérica.

Es un estudio cuantitativo, descriptivo y longitudinal que incluyó la búsqueda de información en las bases de datos de Acceso Abierto, además de la sistematización y el análisis de la totalidad de documentos existentes. Se aplicó el procedimiento y los indicadores que se consideran en la realización de un análisis bibliométrico en la base de datos Scopus, la diferencia consistió en que el análisis se llevó a cabo de manera manual después de obtener los documentos electrónicos.

El periodo de producción académica analizado comprende un total de 40 años. Los resultados indican que la producción científica de los términos de búsqueda tuvo un incremento en el periodo del 2010 al 2016 y a partir del año 2017 la producción científica decreció. Colombia fue el país que presentó el mayor número de publicaciones seguido por México. Se confirmó que el auge en las investigaciones sobre Justicia Alternativa estuvo presente a mediados de la década comprendida entre 2011 y 2020; no obstante, el número de investigaciones publicadas disminuyó a partir del 2017. En la producción científica predominaron estudios documentales, por lo que destaca la necesidad de incrementar la investigación desde enfoques empíricos.

PALABRAS CLAVE

Análisis bibliométrico, Justicia Alternativa, MASC, Bases de datos abiertas.

ABSTRACT.

The objective of this research was to present a bibliometric analysis of the scientific production related to Alternative Justice and Alternative Dispute Resolution Mechanisms (ADR) in open access databases in Ibero-America.

It is a quantitative, descriptive and longitudinal study that included the search for information in open access databases, in addition to the systematization and analysis of all existing documents. The procedure and indicators considered in conducting a bibliometric analysis in the Scopus database were applied, the difference being that the analysis was carried out manually after obtaining the electronic documents.

The period of academic production analyzed covers a total of 40 years. The results indicate that the scientific production of the search terms had an increase in the period from 2010 to 2016 and from 2017 the scientific production decreased. Colombia was the country that presented the highest number of publications followed by Mexico. It was confirmed that the boom in research on Alternative Justice was present in the middle of the decade between 2011 and 2020, however, the number of published research decreased from 2017. Documentary studies predominated in the scientific production, highlighting the need to increase research from empirical approaches.

KEYWORDS

Bibliometric analysis, Alternative Justice, ADR, Open databases.

*Artículo de investigación postulado el 21 de febrero de 2022 y aceptado el 3 de mayo de 2022

**Profesora investigadora en la Universidad de Guadalajara, México. (bsilva@cucea.udg.mx) orcid.org/0000-00001-8851-7079

BLANCA NOEMÍ SILVA GUTIÉRREZ

SUMARIO

1. Introducción. La Justicia Alternativa y los MASC
2. El Análisis Bibliométrico como Técnica de Investigación
3. Metodología
4. Resultados
5. Producción Científica por Año
6. Producción Científica por Autor
7. Producción Científica por Afiliación Institucional de los Autores
8. Producción Científica por País
9. Producción Científica por Tipo de Documento
10. Producción Científica por Área Disciplinar
11. Producción Científica por Base de Datos
12. Discusión
13. Conclusiones
14. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

LA JUSTICIA ALTERNATIVA Y LOS MASC

Desde una perspectiva social, la justicia juega un papel primordial en el desarrollo de cualquier país, es gracias a ésta que los ciudadanos pueden percibir la sensación de seguridad o falta de ella al llevar a cabo sus labores diarias, especialmente cuando surgen eventualidades que pueden representar un riesgo para su estabilidad desde distintas aristas.

Para Castillo y Bautista el acceso a la justicia como derecho que tienen los individuos y grupos sociales puede ser entendido como el atributo, facultad, reconocimiento, condición y capacidad que surge y se soporta en la naturaleza misma del ser humano, sus necesidades individuales y sociales, en cuanto tiene la posibilidad de contar con un sistema o institución que represente la justicia y a la cual pueda acudir en caso de tener un conflicto, en pro de obtener una decisión objetiva, pronta y efectiva. Adicionalmente, ese derecho al acceso es también un deber del Estado.¹

En este sentido, la impartición de justicia como comúnmente se conoce, se proporciona casi siempre por instancias gubernamentales, cuyo propósito fundamental es el de garantizar a la sociedad respaldo jurídico a través de los

¹ Castillo & Bautista, 2018

distintos procesos basados en las leyes establecidas según el contexto territorial y legal en el que se encuentre con la intención de dar solución a las disputas o diferencias que se pueden suscitar como resultado de la convivencia en sociedad. Lo antes expuesto es lo también conocido como justicia tradicional.

A pesar de que esta modalidad de impartir justicia es la más conocida por la población, especialmente en países de habla hispana, la realidad es que no es la única. La justicia alternativa, es una modalidad que de igual forma tiene el propósito ofrecer la posibilidad de resolver las controversias que surgen en la cotidianidad, con algunas diferencias que permiten tener ciertas ventajas al momento de resolver los conflictos.

De acuerdo con la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, la justicia alternativa, hace referencia a un sistema de justicia cuyo propósito es lograr un acuerdo entre los involucrados en el conflicto a través de la voluntad, la cooperación y el diálogo, lo que les permite resolver sus problemas de forma rápida y eficaz sin necesidad de acudir a las instancias tradicionales, es decir, ir con un juez².

En esta modalidad, uno de los factores principales que permite generar una ventaja competitiva es precisamente lo que señala la Secretaría de Gobernación, la voluntad de las partes, utilizando el diálogo como la principal herramienta, aspecto que al ser ejecutado adecuadamente y en función de las circunstancias, propiciará una solución eficaz y eficiente.

Por otro lado, para Magallanes la justicia alternativa representa un eslabón que resulta trascendental en relación con la prevención y solución armónica y pacífica entre todos los actores que conforman la sociedad.³

Este enfoque de acceso a la justicia fue reconocido por el Estado ante la poca eficacia y saturación de los tribunales en los procedimientos jurisdiccionales, así como también mencionan que la justicia tradicional se vuelve tardía para las partes en conflicto, sin mencionar también el costo económico y desgaste emocional que dicho procedimiento representa.⁴

La justicia alternativa “nace como una respuesta al reclamo de una sociedad profundamente dañada por la forma de resolver implementada por la justicia tradicional, pues las autoridades jurisdiccionales basan sus resoluciones en un método que cada vez es más complejo de determinar”⁵.

² Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, 2016.

³ Magallanes (2018)

⁴ Silva Et Martínez (2019)

⁵ Cabrera Et Aguilera (2019, pág. 247)

Es por ello que se dice que ésta surge precisamente como una nueva posibilidad que busca coadyuvar al proceso de impartición de justicia tradicional, así como además ofrecer algunas ventajas sobre ésta a través de distintos métodos.

A través de esta modalidad se pretende descongestionar las cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales, así como también buscar una participación activa de las personas involucradas en una controversia y, en ese sentido el realce de la autonomía de la voluntad.⁶

Es por ello que al hablar de justicia alternativa, quienes entran en dicho procedimiento pasan a ser los actores principales en la resolución de sus diferencias, y de forma implícita se presenta la oportunidad de llegar a un acuerdo por las personas involucradas en un conflicto, participando de manera colaborativa con relación a alguna afectación en sus bienes o sus derechos, y en donde el fin principal es que las partes alcancen una solución que satisfaga sus intereses bajo un sentido recíproco.⁷

Dentro del proceso de justicia alternativa se desprenden cuatro métodos o mecanismos de aplicación, a través de los cuales se pone en práctica dicha modalidad y que, tanto de manera aislada como en conjunto tienen el mismo propósito, la impartición de justicia de forma colaborativa con las partes en conflicto. Estos mecanismos son los que se conocen como; mediación, conciliación, negociación y arbitraje.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (también conocidos como MASC) son sistemas que buscan solucionar conflictos sin entrar en el ámbito del Poder Judicial, estos métodos se ubican paralelos al sistema judicial. De manera general se puede decir que en ellos se aprecia gran protagonismo en las partes en conflicto para la solución del mismo, quienes con ayuda de un tercero neutral encuentran una solución acorde a sus necesidades. Uno de los propósitos fundamentales es acercar la justicia a los ciudadanos mediante el respeto y entendimiento de los conflictos, generando un impacto favorable en las relaciones sociales y alentando conductas pacificadoras⁸.

Los MASC se consideran como una alternativa al sistema de toma de decisiones que se denomina convencional, es decir, el sistema judicial tradicional. Cualquier proceso que lleve a las partes en conflicto a buscar y aceptar una solución para poner fin a un conflicto se considerará una alternativa.⁹

⁶ Sánchez, Márquez & Camarillo (2020)

⁷ Cabrera & Aguilera, 2019

⁸ Cervantes, 2015

⁹ Jansen, 2021

Gracias a la utilización de estos mecanismos alternos para la solución de conflictos, se ha buscado generar un cambio de paradigmas no solo en la manera en la que se imparte justicia, sino también en la manera en la que nos desenvolvemos en sociedad a través del conflicto y desde sus diferentes perspectivas, propiciando así una cultura en la que el eje central sea la solución de los mismos a través del diálogo y la equidad.

Tabla 1
Descripción de los MASC

Método	Descripción
Mediación	Procedimiento en el cual un especialista denominado mediador facilita la comunicación directa, respetuosa y confidencial entre las partes, éste funge como puente de comunicación con el propósito de que sean las partes quienes lleguen al acuerdo total o parcialmente de forma voluntaria y autónoma. En el proceso de mediación el mediador no propone soluciones.
Conciliación	Procedimiento en el que las partes involucradas son guiadas por un especialista que propone soluciones con el objetivo de facilitar el diálogo y la búsqueda de acuerdos. La función del conciliador es facilitar la comunicación entre las partes, este profesional puede proponer, recomendar o sugerir acuerdos que las partes puedan considerar para el convenio y así poner fin de forma parcial o total al conflicto.
Negociación	Proceso de comunicación desarrollado entre personas, donde al menos una de ellas busca obtener un resultado específico. La negociación funciona como un medio alterno por sí sólo; pero se debe mencionar que esta forma de solucionar conflictos va a ser utilizada a menudo en combinación con otros medios alternos en la búsqueda de finalizar un conflicto.
Arbitraje	Procedimiento en donde las partes se aseguran una solución, que no será logrado por ellas mismas, sino por un tercero profesional denominado "árbitro" dicha decisión tiene carácter de obligatorio para las partes. La flexibilidad de este mecanismo es como las partes solicitan y asisten de forma voluntaria al proceso, sin embargo, es más limitada en el sentido que tienen que acatarse a lo que determine el árbitro

Fuente: elaboración propia a partir de Silva & Martínez (2019) y Cabrera & Aguilera (2019).

A pesar de las diferencias en la práctica de los distintos mecanismos alternos, los cuatro tienen en común el propósito fundamental de solucionar las controversias bajo un esquema de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad. Tales aspectos, entre otros, forman parte de los principios rectores de la justicia alternativa.

En el contexto nacional, la incorporación de los MASC al Poder Judicial se dio por primera vez en el estado de Quintana Roo en el año de 1997, cuando se publicó la Ley de Justicia Alternativa y, asimismo, se creó el primer Centro de Asistencia Jurídica, cuyo objetivo era que los particulares resolvieran sus conflictos de carácter jurídico de naturaleza exclusivamente privada; por lo que posteriormente muchas de las entidades federativas del país siguieron el ejemplo de Quintana Roo, implementando una ley de justicia alternativa y creando instituciones pertenecientes al Poder Judicial con la intención de ofrecer servicios de mediación y conciliación ¹⁰.

No obstante, es hasta el año 2008 en que los mecanismos alternos de solución de controversias toman fuerza jurídica y se incorporan al sistema judicial con la reforma constitucional, cuyo artículo 17 señala que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias¹¹.

Actualmente y a nivel estatal, Jalisco cuenta con su propia Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, la cual tiene como objetivo “promover y regular los métodos alternos para la prevención y en su caso la solución de conflictos, la reglamentación de organismos públicos y privados que presten estos servicios, así como la actividad que desarrollen los prestadores de dichos servicios”¹²

La importancia que tiene la aplicación de estos mecanismos no solo para el estado o el país, sino para la sociedad en general, radica principalmente en el mejoramiento que brinda a su calidad de vida, es por ello que resulta relevante dentro del campo de la investigación, conocer el panorama general acerca de la producción científica en estos temas a través de técnicas especializadas como lo es el análisis bibliométrico.

2. EL ANÁLISIS BIBLIOMÉTRICO COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

La producción científica es el resultado de las amplias investigaciones que existen alrededor del mundo sobre temas diversos, éste tiene como función principal difundir el conocimiento y propiciar discusiones que, a su vez, sirvan para generar nuevos saberes.

Es por ello que resulta de gran importancia conocer cuál es el estado actual de dicho conocimiento con respecto a sus niveles de producción, factores como; quiénes son los principales investigadores que trabajan y publican determinados

¹⁰ Nava & Breceda (2017)

¹¹ Roque (2018)

¹² Gobierno de Jalisco, (2007, art. 2)

temas, cuáles son los países con mayor producción científica o qué tipo de documentos se están generando a raíz de dichas investigaciones son elementos que permiten obtener una visión general acerca del conocimiento generado a través del tiempo.

La bibliometría o también conocido como análisis bibliométrico, trata de un concepto que hace referencia a una herramienta estadística que permite asignar y generar distintos indicadores de gestión de la información y del conocimiento, principalmente en los sistemas de comunicación científica, tecnológica y de la productividad, necesarios para la planificación, evaluación y gestión de la ciencia.¹³

El análisis bibliométrico es conocido por ser una herramienta útil a nivel global que mide el impacto y la calidad de la producción científica, y que, al mismo tiempo permite acercarse a la realidad de ésta, a datos que se necesitan utilizar para mostrar cómo se puede evaluar el desarrollo de la ciencia. Este tipo de análisis está relacionado con datos cuantitativos, los cuales permiten identificar el avance de la investigación, a través de un recorrido en algún tema particular.¹⁴

El origen de esta técnica surge en el año de 1934 por Paul Otlet. “En su trabajo, Otlet resalta la necesidad e importancia de esta ciencia de medición y describe los primeros indicadores que hacen posible la cuantificación de la producción, así como de su organización”.¹⁵

La bibliometría busca características cuantitativas de investigaciones científicas de un tema estudiado, elementos como el título, las palabras clave, autores, afiliación institucional, revistas o países de origen, estas características permiten identificar patrones que ayudan a comprender el avance de la investigación y del desarrollo científico, así como las tendencias de un campo estudio.¹⁶

Estos elementos son los que resaltan al momento de realizar un análisis bibliométrico, ya que gracias a ellos es posible identificar las características principales de la producción científica en el campo seleccionado, conociendo tanto la evolución como las tendencias de las investigaciones formales.

Este tipo de estudios utilizados como herramienta cuantitativa de la producción científica, tienen buena aceptación académica, debido a su proceso de realización y a la combinación de elementos estadísticos, aspectos que han llevado a extender su uso y aplicabilidad a diversos campos disciplinares.¹⁷

¹³ Ramos Et Chávez (2019)

¹⁴ Moreno, Hernández Et Suárez (2016)

¹⁵ Silva Et Chávez (2020, pág. 5)

¹⁶ Jiménez, Villa Et Bermúdez, (2020)

¹⁷ Valencia Et Marulanda (2019)

Independientemente del campo disciplinar en el que se aborde, el análisis bibliométrico surge como resultado de una extensa investigación que propicia un cúmulo de conocimientos sistematizados cuya ventaja principal radica en obtener un panorama general en el avance de la producción científica a través de una metodología cuya validez y confiabilidad permiten respaldar cualquier investigación. Dentro de sus principales usos o beneficios destaca su papel en el diseño de políticas científicas y tecnológicas, así como en la evaluación al desempeño de la investigación, aspectos que de acuerdo con diversos investigadores se han traducido en elementos cuantitativos que permiten medir el desempeño de aquellos que se ven involucrados en el desarrollo científico de manera objetiva¹⁸.

Un nuevo conocimiento adquiere valor cuando se da a conocer, pues de esta manera va progresando la ciencia; es por esto que las publicaciones de tipo científico se convierten en el resultado final y tangible del proceso de la investigación y los indicadores bibliométricos van adquiriendo validez como una medida de la actividad científica que se realiza.¹⁹

Es por ello que, en consideración con lo expuesto previamente acerca de la importancia que toma la justicia alternativa y los mecanismos alternos de solución de conflictos para la sociedad, el presente trabajo tuvo como objetivo principal realizar un análisis bibliométrico acerca de la evolución que presenta la producción científica en la temática señalada incluida en las principales bases de datos de acceso libre, con la intención de conocer la actividad científica en el área descrita y mostrar sus principales características, alcances y limitaciones, conocimiento que a su vez servirá de guía para futuros estudios.

3. METODOLOGÍA

Para alcanzar el objetivo del estudio se llevó a cabo el análisis bibliométrico de la producción científica relativa a la Justicia Alternativa y los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) a partir de la búsqueda de documentos publicados en las bases de datos de acceso libre en Iberoamérica.

El diseño del estudio es de carácter cuantitativo, descriptivo y longitudinal e incluye el total de las publicaciones localizables en las bases de datos de acceso libre. La delimitación de estas bases de datos se fundamenta en la necesidad de

¹⁸ Aguado & Becerril (2016)

¹⁹ Moreno, Hernández & Suárez (2016, Pág. 66)

complementar el estudio existente a nivel internacional de la producción de documentos en torno a los MASC en la base de datos Scopus.²⁰

Se trata de un estudio que se realizó a partir de la descripción de las tendencias sobre la temática señalada.²¹ La metodología que se siguió para el análisis bibliométrico es similar al procedimiento que se realiza de manera automática para el análisis cuantitativo de la producción en la base de datos Scopus, de acuerdo con los elementos que identifican siete indicadores de la producción científica agrupados por año, autor, afiliación institucional, país, tipo de documento, área disciplinar y base de datos en la que se localizan los documentos; la diferencia esencial para el análisis de datos en las bases de acceso libre consistió en que la búsqueda y la sistematización de información se realizó de manera manual, lo que implicó un proceso cuidadoso y prolongado, debido a que se consideró la totalidad de documentos existentes en texto completo hasta el mes de diciembre del año 2020.

Para llevar a cabo el análisis se seleccionaron las principales bases de datos de acceso electrónico libre. Diversos autores señalan que dentro de las bases de datos acceso libre con mayor reconocimiento a nivel internacional se encuentran: Redalyc, Dialnet, Scielo, Latindex y Google Académico, por lo que dichas bases de datos fueron las que se tomaron en consideración para la búsqueda de información del presente estudio.²²

Una vez que se seleccionaron las bases de datos se procedió a la búsqueda específica de documentos alusivos al tema de investigación en cada una de ellas, ya que no se contó con herramientas o programas que arrojaran el procesamiento de las búsquedas, como ocurre en otras bases de datos como Scopus. Los términos para los análisis se delimitaron a través de dos palabras clave; “Justicia Alternativa” y “Mecanismos alternos de solución de conflictos”. Por lo que se hizo uso de los operadores lógicos a fin de evitar aquellos documentos que incluyeran alguna de las palabras seleccionadas de manera aislada y que, por ende, los documentos arrojados por las bases de datos no cumplieran con la delimitación propuesta.

Se realizó la búsqueda de documentos con los términos antes mencionados, teniendo como criterio que los resultados incluyeran las palabras clave dentro del título, el abstract, las palabras clave de los documentos, esto con la intención de garantizar que el resultado fuera confiable. Gracias a lo anterior se obtuvo

²⁰ Silva Et Chávez (2020)

²¹ Arias (2014) Et Arias (2017).

²² Universidad Veracruzana (2021), Consorcio Nacional de Recursos de Información Científica y Tecnológica [CONRICyT] (2018), la Universidad Complutense (2021).

la información necesaria que permitió conocer la evolución de la producción científica a través de las bases de datos de acceso libre, destacando entre otros aspectos la información sobre los países que más han contribuido en el conocimiento de los MASC y los tipos de documentos que se han publicado.

4. RESULTADOS

La búsqueda en las bases de datos de acceso libre previamente mencionadas permitió identificar un total de 696 documentos publicados referentes a los temas de Justicia Alternativa y los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, de los cuales se descartaron 115 por duplicidad entre las mismas bases, por lo que el total de documentos quedó en 581 archivos.

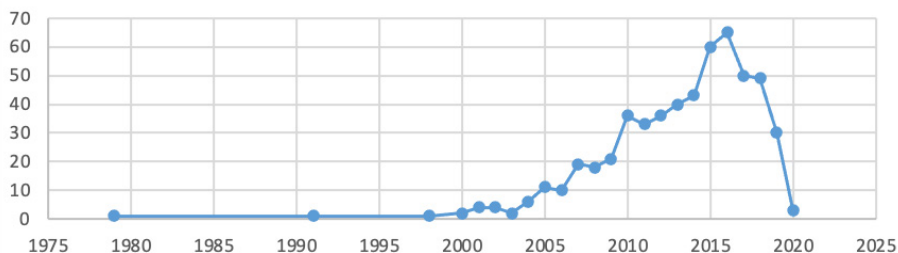
A continuación, se presentan los resultados desagregados que permiten identificar la evolución en la producción científica de acuerdo con el año, autor, afiliación institucional de los autores, país de publicación, tipo de documento, área disciplinar a la que pertenecen y la base de datos en la que se encontraron los documentos.

5. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR AÑO

La publicación de documentos alusivos a los MASC en bases de datos de acceso libre data del año 1979, siendo esta publicación la primera de la que se tiene registro en la base de datos de Google Académico, no obstante, la producción científica acerca de tópicos relacionados con la Justicia Alternativa y sus métodos derivados iniciaron con mayor auge a partir del siglo XXI. Para el 2001 se encontró que había cuatro documentos publicados, mientras que para el 2005 se identificó un total de once documentos. En el 2010 la cifra alcanzó un número de 36 publicaciones, encontrando su punto más álgido en el 2016 con un total de 65 documentos publicados. A partir del siguiente año, es decir, del 2017 la publicación de documentos en este tipo de bases de datos fue en decremento, contando para el 2019 con un total de 30 publicaciones, en general, desde la fecha en la que se tiene primer registro hasta el año 2019, las publicaciones sobre los temas mencionados presentan una media de 23.5 por año.

LOS MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS BASES DE DATOS DE ACCESO...

Figura 1
Evolución de la producción científica por año en bases de datos de acceso libre.



Fuente: elaboración propia.

6. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR AUTOR

La investigación realizada en las bases de datos de acceso libre permitió identificar quiénes son los autores con mayor recurrencia en cuanto a publicaciones concernientes a temas relacionados con la Justicia Alternativa y los MASC, destacando las investigaciones publicadas por el profesor investigador Rosember Ariza Santamaría, quien de acuerdo con los resultados del presente análisis obtuvo el primer lugar en el mayor número de documentos publicados en dichas bases de datos sobre el tema en cuestión con un total de cinco publicaciones. Le siguen autores como los mexicanos José Antonio Serrano Morán, Wendolyne Nava González y Angélica Cuéllar Vázquez con tres publicaciones cada uno. La Figura 2 permite visualizar la distribución de los diez autores con el mayor número de publicaciones sobre el tema abordado en las bases de datos de acceso libre.

BLANCA NOEMÍ SILVA GUTIÉRREZ

Figura 2
Producción científica por autor en bases de datos de acceso libre.

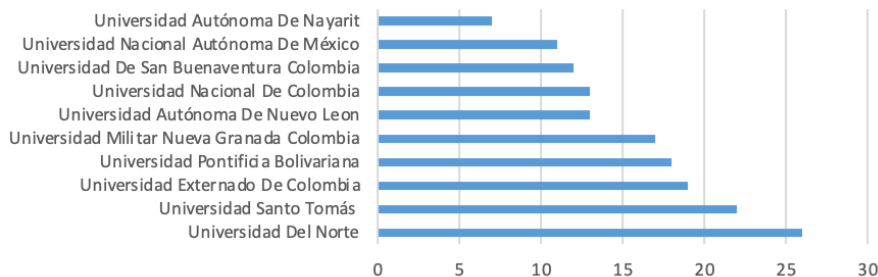


Fuente: elaboración propia.

7. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR AFILIACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS AUTORES

De acuerdo con la información analizada se identificó que de las diversas instituciones que a las cuales se encuentran afiliados los autores que han publicado sobre Justicia Alternativa y los MASC, la institución que cuenta con el mayor número de publicaciones es la Universidad del Norte de Colombia con un total de 26 documentos publicados, seguido de la Universidad Santo Tomás también ubicada la República de Colombia, de hecho, el presente análisis reveló que los primeros cinco lugares en esta categoría son para instituciones de dicho país, entre los cuales suman un total de 102 documentos publicados. En sexto lugar se encuentra la Universidad Autónoma de Nuevo León con 13 publicaciones, en el noveno la Universidad Nacional Autónoma de México con 11 documentos, mientras que en décimo lugar se ubicó la Universidad Autónoma De Nayarit con siete archivos publicados. Cabe destacar que con respecto a la Universidad de Guadalajara se identificó de igual manera una publicación relacionada con los MASC correspondiente al año 2020, particularmente se trata de un análisis bibliométrico acerca de la producción científica relativa a dichos temas en la base de datos Scopus.

Figura 3
Instituciones con mayor número de publicaciones en bases de datos de acceso libre.

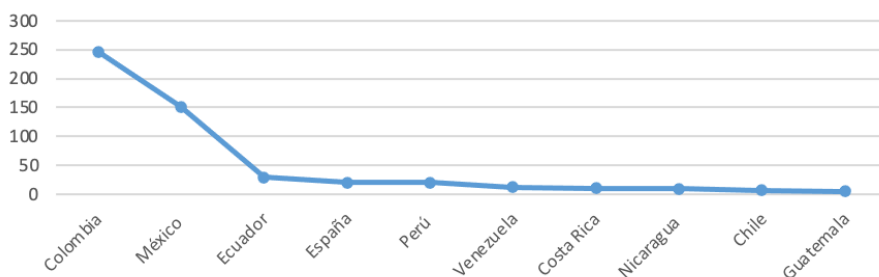


Fuente: elaboración propia.

8. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR PAÍS

En concordancia con la categoría anterior, los resultados del análisis arrojaron que el país que cuenta con el mayor número de publicaciones es Colombia con una participación del 42%, lo que representa un total de 246 documentos. Seguido de México con 151 documentos (26% de participación), siendo estos dos países los que cuentan con la mayor participación de producción científica en el presente tema de investigación. En menor proporción, se encuentran países como Ecuador, España, Perú, Venezuela, Costa Rica, Nicaragua y otros. De igual forma es importante señalar que se localizaron 61 documentos que no especificaron el lugar de origen en cuanto a su publicación.

Figura 4
Países con mayor número de publicaciones en bases de datos de acceso libre.



Fuente: elaboración propia.

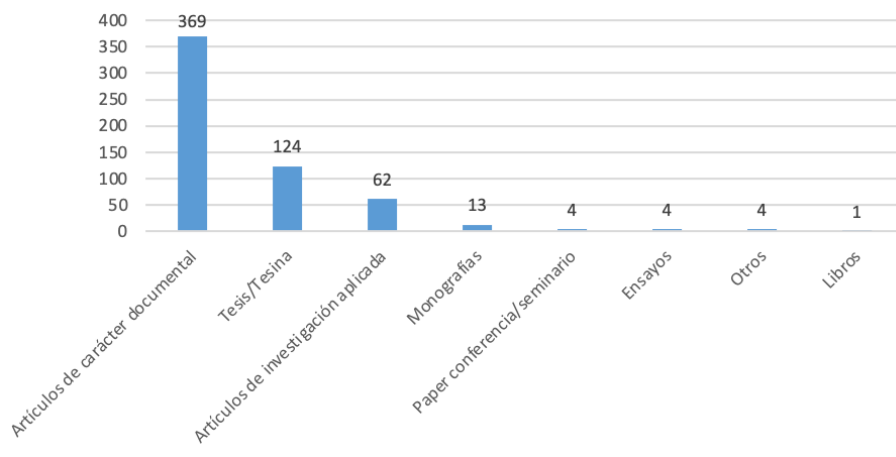
BLANCA NOEMÍ SILVA GUTIÉRREZ

9. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR TIPO DE DOCUMENTO

Dentro de las publicaciones localizadas en las bases de datos de acceso libre, se identificaron distintos tipos de documentos, si bien, son alusivos a la temática investigada, es importante señalar la participación de éstos de acuerdo con su tipología. La mayoría de los documentos hacen referencia a artículos científicos de carácter documental, en esta clasificación se ubican 369 documentos, seguidos de tesis de grado con 124 documentos. En tercer lugar, se encontraron artículos científicos de carácter empírico o de investigación aplicada con 62 documentos en total. 13 documentos abordan la Justicia Alternativa y los MASC desde la perspectiva de monografías, cuatro son resultados de investigaciones presentadas en conferencias o seminarios, cuatro refieren a ensayos, se localizó un libro y en la categoría de “otros” se incluyen casos prácticos, artículos de opinión o reseñas por mencionar algunos.

Figura 5

Distribución de la producción científica por tipo de documento en bases de datos de acceso libre.

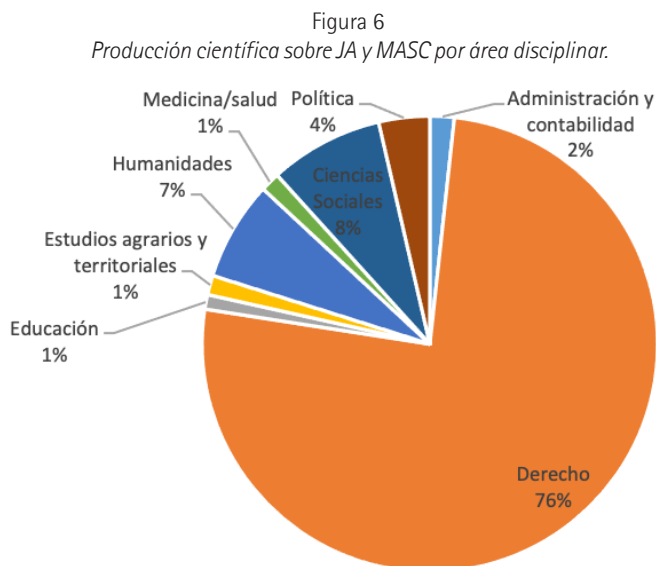


Fuente: elaboración propia.

10. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR ÁREA DISCIPLINAR

La difusión del conocimiento científico se lleva a cabo a través de publicaciones que dependiendo de la arista desde la que se aborde, ésta se posiciona dentro

de un área o campo disciplinar particular, en el caso de los temas alusivos a la Justicia Alternativa o los MASC, evidentemente el área disciplinar principal desde la que se realizan publicaciones es desde las áreas jurídicas y el derecho, no obstante, existen documentos referentes a dichos temas y que por su naturaleza pertenecen a distintos campos disciplinares. En este sentido, el presente análisis permitió identificar que, de los 581 documentos recabados, existe un total de 440 publicaciones que según la clasificación de las revistas en las que se publicaron pertenecen al área del derecho, seguido de las Ciencias Sociales con 47 documentos, destacan de igual forma, aunque con menor participación áreas como la política, administración y contabilidad o el área de la salud con 21, 10 y 8 publicaciones respectivamente.



Fuente: elaboración propia.

11. PRODUCCIÓN CIENTÍFICA POR BASE DE DATOS

Como se mencionó anteriormente, la búsqueda de documentos consistió en recuperar todos los documentos contenidos en distintas bases de datos de acceso libre de acuerdo con dos términos principales; “Justicia Alternativa” y, por

BLANCA NOEMÍ SILVA GUTIÉRREZ

otro lado, “Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos”. A continuación, se presentan los resultados que incluyen los totales obtenidos en cada una de las cinco bases de datos en las que se realizó la búsqueda de documentos según los términos establecidos.

Tabla 2
Distribución de la producción científica sobre MASC.

Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos	
Base de datos	Total de Documentos
Dialnet	18
Google Académico	181
ProQuest	1
Redalyc	73
Scielo	0

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3
Distribución de la producción científica sobre Justicia Alternativa.

Justicia Alternativa	
Base de datos	Total de Documentos
Dialnet	23
Google Académico	170
ProQuest	32
Redalyc	83
Scielo	0

Fuente: elaboración propia.

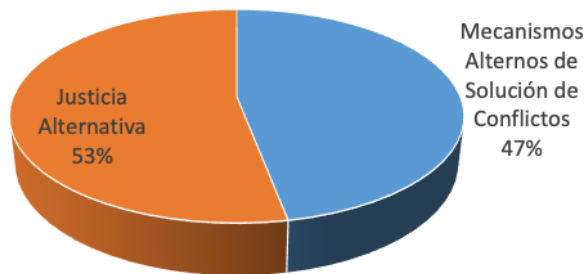
Como se pudo observar en las dos tablas anteriores, la base de datos de acceso libre que contiene el mayor número de documentos en ambos términos es la que concentra Google Académico con un total de 351 documentos, seguida por Redalyc, cuya producción en este caso fue de 156 documentos, posteriormente se ubica la base Dialnet con 41 documentos, ProQuest se encuentra en cuarto lugar con 33 documentos y por último, se menciona la base de datos Scielo, ya

que en ésta también se realizó la búsqueda obteniendo un resultados de escasos tres documentos, no obstante, al realizar el filtrado de archivos para descartar repeticiones, estos tres fueron eliminados por lo que como resultado final no se obtuvo ningún archivo de dicha base.

Como resultado general en lo respectivo a los términos de búsqueda establecidos en las cinco distintas bases de datos, se halló que la distribución fue casi equitativa, superando por muy poco el término “Justicia Alternativa” con un 53%, contra un 47% de participación para el término de “Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos”. Estos resultados permiten concebir la íntima y evidente relación que existe entre ambos conceptos, especialmente al momento de difundir el conocimiento, aspecto que, además, cobra mayor relevancia al tomar en consideración la delimitación del presente análisis bibliométrico.

Figura 7

Distribución de la producción científica en las bases de datos de acceso libre por término de búsqueda.



Fuente: elaboración propia.

12. DISCUSIÓN

De acuerdo con las publicaciones localizadas en las bases de datos de acceso abierto, el estudio de la justicia alternativa y los mecanismos alternos de solución de conflictos abarca alrededor de cuatro décadas, no obstante, los resultados de esta investigación permitieron identificar que la producción científica de dicha temática tuvo un auge significativo a partir del 2010.

Actualmente solo existe un estudio similar al llevado a cabo en esta investigación en el que se desarrolló un análisis bibliométrico sobre ADR (MASC, por sus siglas en inglés) en la base de datos Scopus, el cual comprendió la década más representativa en la producción de estos temas a nivel internacional (2009

al 2018). Este estudio ofrece un panorama general acerca de la producción científica en la base de datos de acceso cerrado con publicaciones principalmente en idioma inglés, por lo que resulta ser el referente principal que complementa la discusión y el análisis de los resultados actuales.²³

El periodo que comprende la producción objeto de análisis del presente análisis bibliométrico abarca del año 1979 al 2020, periodo en el que se encontró un total de 581 documentos relacionados con la justicia alternativa y los MASC, de los que la mayoría de ellos fueron publicados en el año de 2016, a diferencia del análisis bibliométrico realizado por Silva y Chávez (2020) cuyo punto más alto con respecto al número de publicaciones se encontró en el año 2015. Ambos estudios coinciden en que la producción científica sobre los tópicos abordados, tanto en las bases de datos de acceso abierto como las bases de datos que se analizan a partir de Scopus se encuentra muy cercana en cuanto al tiempo de mayor producción académica.

A diferencia del análisis actual cuyo registro más antiguo data del año 1979 encontrándose en el repositorio de Google Académico, el estudio realizado por Silva y Chávez (2020) en la base de datos Scopus cuenta con registro a partir del año de 1985, por lo que la producción científica en temas de justicia alternativa inició primordialmente en bases libres.

Con respecto a los tipos de documentos sobre los cuales los investigadores están dando a conocer sus investigaciones acerca de justicia alternativa, se encontró que para el caso de las bases de datos de acceso libre la mayoría de las publicaciones corresponden a artículos científicos con un 74% (abarcando artículos de carácter documental con 64% y de investigación aplicada con 10% de la participación). Este dato representa una mayor distribución de artículos científicos en bases libres, a diferencia de los documentos publicados en la base de datos de Scopus cuyo porcentaje para esta categoría representa un 60%. Por lo tanto, las investigaciones publicadas en bases de datos de acceso restringido presentaron una distribución que dio prioridad a otro tipo de documentos para la divulgación del conocimiento.

Ahora bien, sobre el lugar de origen de publicación también se encontraron variaciones, evidentemente el principal factor en esta categoría se representa por el idioma de publicación; en el caso de las bases libres, si bien las publicaciones incluidas varían con respecto al idioma, la mayoría de estas se publican en el idioma español, a diferencia de la base de datos Scopus, cuyas publicaciones son eminentemente en el idioma inglés. Al respecto se encontró que,

²³ Silva y Chávez (2020)

para el presente estudio, la mayoría de las publicaciones son provenientes de Colombia con un 42% de la participación, seguido por países hispanohablantes como México (26%), Ecuador (5%), España (3.5%), etc. Para el caso de la base Scopus, la mayoría de las publicaciones fueron provenientes de Estados Unidos de América con un 30% aproximadamente, seguido de países de habla inglesa como aquellos del Reino Unido (30%), Australia (6%), etc. Mientras que Colombia y México se colocaron en el primero y segundo lugar de producción científica en las bases de datos de acceso libre, en el estudio realizado en Scopus dichos países se ubicaron en la posición número 31 y 39 respectivamente, asimismo, de forma respectiva España, Chile y Costa Rica se colocaron en las posiciones número 11, 44 y 45 del ranking, mientras que países como Ecuador, Perú, Venezuela, Nicaragua y Guatemala no tuvieron presencia en dicho listado a diferencia del presente estudio en el que se encontraron entre los primeros diez, por lo que resulta evidente la brecha que representa el idioma en la divulgación del conocimiento científico.

En lo referente a las áreas del conocimiento, la publicación de Silva y Chávez (2020), puso en evidencia que la producción científica en la base de datos Scopus resultó predominar en las áreas de ciencias sociales (derecho, sociología) con un 46% de la producción, seguido por el área de negocios y contabilidad con el 21%. Mientras que para el caso de la producción científica en las bases de datos de acceso libre se encontró que el 76% pertenece a la ciencia del Derecho, seguido por el área disciplinar de las ciencias de humanidades con un 7%. Es importante señalar que la clasificación disciplinar de Scopus la genera la misma plataforma, mientras que para el análisis de las bases libres se tomó la clasificación que otorgan las revistas en las que se publicaron los diversos documentos.

Como parte de las fortalezas de este estudio, se identifica además el acceso a la información, es decir, la totalidad de documentos en texto completo, aspecto que permitió realizar el presente análisis sin dificultades. De igual forma el impacto que tiene este análisis como contribución al conocimiento de la producción científica en un tema de gran relevancia social, permite establecer la pauta para complementar y fortalecer el estado del arte de la materia en cuestión y de manera fundamental, el impulso para el desarrollo de investigaciones futuras.

Por otro lado, una de las limitantes o debilidades de la investigación puede considerarse a partir de la falta de proporción que existe acerca de las publicaciones de carácter documental con respecto a las de carácter aplicado, situación que podría traducirse en un análisis desigual y que al mismo tiempo ésta limitante representaría un área de oportunidad para subsanar dicha cuestión a

través del incremento en publicaciones de carácter empírico con la intención de complementar lo que hasta el momento ha sido estudiado desde una aproximación de carácter bibliográfico.

13. CONCLUSIONES

Gracias a esta investigación fue posible conocer las tendencias y la evolución que ha tenido la producción científica relativa a la justicia alternativa y los mecanismos alternos de solución de conflictos en algunas de las principales bases de datos de acceso libre que existe en Iberoamérica. La importancia de realizar estos estudios es fundamental ante el contexto e importancia creciente de la aplicación y desarrollo de la legislación vigente en materia de justicia alternativa en países como México, así como para impulsar el análisis del estado del conocimiento que permita impulsar la realización de investigaciones aplicadas en este campo, lo que representa un área de oportunidad y necesidad evidente.

El estudio actual permitió confirmar que el auge en las investigaciones sobre la temática abordada estuvo presente a mediados de la década comprendida entre 2011 y 2020, no obstante, el número de investigaciones publicadas disminuyó de manera considerable y drástica para finales de dicha década a pesar del auge y aplicación de los métodos alternativos de solución conflictos. Los resultados del presente análisis permitieron identificar tanto las fortalezas como las áreas de oportunidad que caracterizan las publicaciones sobre justicia alternativa en habla hispana.

Como parte de los resultados se encontró que Colombia es el país que más aportes ha tenido en el tema estudiado, sus publicaciones destacan a través de las instituciones y nacionalidad de sus autores. De igual forma, otro de los países que más destacó en este análisis fue México, ya que después de Colombia, éste resultó ser el país con más aportaciones en cuanto a producción científica; los autores de este país se concentran principalmente en tres universidades ubicadas en Monterrey, Ciudad de México y Nayarit, a pesar de la legislación federal aplicable en materia de justicia alternativa. Esta condición se relaciona con la existencia institutos de investigación o bien, a partir del desarrollo de los primeros programas académicos de estudios de posgrado que impulsan la investigación.

Por otro lado, los resultados el análisis bibliométrico cobran mayor sentido al considerar que en el caso de Colombia este país incluyó a los MASC dentro de su legislación aproximadamente quince años antes de lo que le tomó a México incluirlos en la suya, aun así, ambos países resultaron ser líderes en cuanto a

producción científica en las bases de datos de acceso libre sobre justicia alternativa y los MASC.

La presente investigación también reveló que la gran mayoría de las publicaciones son de carácter documental, teniendo muy pocas investigaciones empíricas o de carácter aplicado relativas a la temática sobre justicia alternativa, por lo que se concluye que a pesar de existir una cantidad considerable de producción científica en Iberoamérica, existe un gran vacío en el estudio práctico de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos que permita profundizar en el funcionamiento y ejecución de los mismos, así como también en la intervención del conflicto a través de las distintas técnicas o procedimientos que existen en los MASC, su aplicación en los diferentes ámbitos, el seguimiento a las resoluciones llevadas a cabo mediante estos mecanismos, entre otros aspectos.

Asimismo, los resultados permiten concluir que en el caso de las bases de datos de acceso libre la distribución de publicaciones de acuerdo con la delimitación de las palabras clave resultó ser prácticamente equitativa, por lo que tanto el término de justicia alternativa como el de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos pueden considerarse como válidos dentro del estudio referente a ésta materia. De igual forma, dentro de la literatura consultada predominan las publicaciones realizadas bajo coautoría, con un promedio de dos autores por publicación.

Debido a la amplia información que se obtuvo a partir del análisis bibliométrico, se propone como trabajo futuro un estudio que, a partir de los resultados obtenidos, profundice a través de la aplicación de distintas técnicas y análisis de la producción científica existente sobre justicia alternativa y los MASC desde un enfoque cualitativo, a fin de conocer en detalle las características y aportaciones particulares de tales investigaciones, además de generar nuevas oportunidades de investigación.

14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguado López, Eduardo y Becerril García, Arianna, "Revista Investigación Económica: análisis bibliométrico a partir de redalyc.org, 2005-2014". *Revista Investigación Económica*, Vol. LXXV, No. 295, año 2016, pp. 3-29.
- Arias, Fidias, *Obsolescencia de la literatura científica*. Venezuela, Centro de Investigación Edufisadred, 2014. Recuperado de <https://docfoc.com/obsolescencia-de-la-literatura-cientifica-fidias-g-arias>
- Arias, Fidias, "Obsolescencia de las referencias citadas: un mito académico persistente en la investigación universitaria venezolana", *Revista e-Ciencias de la*

- Información*, Vol. 7, núm.1, año 2017, pp.78-90. Disponible en <https://www.redalyc.org/journal/4768/476855013005/html/>
- Cabrera Dircio, Julio y Aguilera Durán Jesús, “La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Vol. 40, año 2019, pp. 243-275.
- Cervantes Bravo, Irina, *La Justicia Alternativa en la Constitución de Cádiz de 1812 y su Influencia en el Constitucionalismo Mexicano*, México, UNAM, 2015.
- Consortio Nacional de Recursos de Información Científica y Tecnológica, *Recursos Abiertos*, año 2018.
- Gobierno de Jalisco, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco*, año 2007.
- Jiménez Navia, Breyner, Villa Enciso, Eliana María y Bermúdez Hernández, Jonathan, “La gestión de la tecnología y la innovación en el sector defensa: resultados desde un análisis Bibliométrico” *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, No. 59, año 2020, pp. 45-70.
- Magallanes, Héctor, “Retos y Perspectivas de la Justicia Alternativa en el Estado de Jalisco”, en *La Justicia Alternativa: áreas de aplicación de los MASC*, México, Universidad de Guadalajara, pp. 83-96.
- Moreno Méndez, Jaime Humberto, Hernández Peralta, Daniela y Suárez Ávila, María Alejandra, “Análisis bibliométrico de los problemas de comportamiento externalizado en niños y adolescentes de la ciudad de Bogotá (2003-2013)”. *Revista Psicogente*, Vol. 19, No. 35, año 2016, pp. 63-76.
- Nava González, Wendolyne y Breceda Pérez, Jorge Antonio, “Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: un Acceso a la Justicia Consagrado como Derecho Humano en la Constitución Mexicana”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Vol. 37, año 2017, pp. 203-228.
- Ramos Zúñiga, Thania Vanessa y Chávez Dagostino, Rosa María, “Análisis bibliométrico de las investigaciones turísticas en la costa norte de Honduras entre 1988 y 2018”. *Revista LiminaR*, Vol. 17, No. 2, año 2019, pp. 167-182.
- Roque Huerta, Edith, (2018). *Los mecanismos alternativos de solución de controversias y la gobernanza universitaria*. México, Universidad de Guadalajara, 2018.
- Sánchez, Alfredo, Márquez, Daniel & Camarillo, Beatriz, *Desafíos de los Medios Alternativos de Solución de Controversias en el Derecho Mexicano Contemporáneo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.
- Secretaría de Gobernación, ¿Qué es la Justicia Alternativa? [Blog], año 2016 [Disponible en <https://www.gob.mx/segob/Articulos/que-es-la-justicia-alternativa-19298>]
- Silva Gutiérrez, Blanca Noemí y Chávez Meléndez, Jorge Alan, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Análisis bibliométrico 2009-2018: base de datos Scopus”. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, Vol. 10, No. 20, año 2020, pp. 1-19.
- Silva Hernández, Francisca y Martínez Prats, Germán, “La justicia alternativa como derecho humano”. *Revista Jurídicas CUC*. Vol. 15, No. 1, año 2019, pp. 263-284.
- Universidad Complutense, *Bases de datos: acceso abierto*, año 2021, [Disponible en <https://biblioguias.ucm.es/az.php?t=25859>]
- Universidad Veracruzana, *Recursos de información de acceso abierto*, año 2021, [Disponible en <https://www.uv.mx/bvirtual/recursos-acceso-abierto/>]

- Valencia Arias, Jhoany Alejandro y Marulanda Valencia, Flor Ángela, “Evolución y tendencias investigativas en autoeficacia emprendedora: un análisis Bibliométrico”. *Revista Estudios Gerenciales*, Vol. 35, No. 151, año 2019, pp. 2-29.
- Jansen, Bart, “Dispute Resolution as an Ethical Phantasm”, *Philosophy of Management*, vol. 20, año 2021, pp. 293-306.
- Cabrera, Julio, Aguilera, Jesús, “The alternative justice, the collaborative law and their perspectives in Mexico”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 1, No. 40, año 2019, pp. 243-275.
- Castillo César, Bautista, Manuel, “Access to the alternative justice: A complex challenge”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, No. 2, año 2018, pp. 163-176.

Inocuidad normativa: cualidad *sine qua non* de las políticas públicas en democracia*

Normative safety: the quality of sine qua non of public policies in democracy

Joaquín Ordoñez Sedeño**

RESUMEN

El autor analiza la importancia de no violar derechos en el momento de diseñar e implementar políticas públicas, especialmente los derechos fundamentales.

El autor toma por caso la emergencia sanitaria por COVID 19 en México y defiende la importancia de observar la "inocuidad normativa" como una cualidad indispensable en el diseño e implementación de políticas públicas, lo cual les otorgaría "plenitud aplicativa" y así podrían lograr el objetivo de resolver el problema para el que fueron diseñadas, pero también se respetarían otros derechos involucrados en un Estado democrático. El artículo tiene como base una metodología analítica y documental.

PALABRAS CLAVE

Inocuidad normativa, políticas públicas, democracia, emergencia sanitaria, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The importance of ensuring that other rights are not violated in the design of public policies, especially fundamental ones, is analyzed, taking as a scenario the strategies implemented to face the health emergency due to COVID-19 in Mexico, since such policies have hindered the exercise of other rights. Therefore, the need for and importance of taking care of "regulatory innocuousness" is sustained as an indispensable quality in the design of public policies, which would give them "applicative fullness" and thus they could achieve the objective of solving the problem for which they were designed, but other rights involved in a democratic state would also be respected. All of the above based on an analytical and documentary methodology based on the public policies designed in the Mexican case to face the aforementioned pandemic.

KEYWORDS

normative innocuousness, public policies, democracy, health emergency, fundamental rights.

*Artículo de investigación postulado el 8 de octubre de 2021 y aceptado el 18 de abril de 2022

**Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. (jdonezs@uaemex.mx) orcid.org/0000-0002-6447-7188

SUMARIO:

1. Introducción;
2. Relación entre derechos fundamentales y democracia;
3. Correspondencia entre derechos fundamentales y políticas públicas en democracia;
4. Inocuidad normativa de las políticas públicas en democracia;
5. Conclusión;
6. Fuentes de información.

1. INTRODUCCIÓN

Debemos partir de la premisa de que las políticas públicas tienen como finalidad resolver problemas y, por consecuencia, beneficiar a las personas de la población a la cual van dirigidas, lo que *prima facie* significa que en ninguna circunstancia debe ser admisible que las políticas públicas dañen o perjudiquen a las personas con su implementación, o tal vez, en un extremo, podría ser permisible que el daño causado sea mínimo (idealmente menor que el problema principal que se pretende resolver con su implementación); sin embargo, con la pandemia por COVID-19, en muchos países del mundo cuyos sistemas estatales obedecen a una democratización y a un constitucionalismo, han planteado la cuestión sobre si una política pública cuya finalidad es la protección y salvaguarda de los derechos de las personas, puede resultar (de manera justificada o no) con efectos contrarios a dicha protección e incluso vulnerar derechos fundamentales. Como muestra de esto se tiene lo que en sede internacional se ha expresado al respecto:

“...se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus...”¹

Lo anterior demuestra que la intención (legítima) de afrontar la emergencia sanitaria ha resultado en un perjuicio a otros derechos incluso fundamentales (además de aspectos de suma importancia estatal, como la economía). Se trata de un daño colateral que podría ser admisible o incluso justificable cuando no

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020, p. 4.

sea en detrimento de un derecho fundamental. Por ello resulta de importancia analizar el beneficio producido con la implementación de esas políticas públicas respecto del perjuicio producido a los derechos fundamentales y la democracia.

Así, partiendo de la premisa de que las políticas públicas implementadas en México para hacer frente a la pandemia perjudicaron otros derechos (democráticos² y fundamentales) de la población destinataria, y considerando que se deben salvaguardar y satisfacer tales derechos, surge la cuestión acerca de la posibilidad de que tales derechos sean protegidos y satisfechos con otras políticas públicas u otras normas jurídicas (planteamiento que no es objeto del presente trabajo), lo cual es diferente a reflexionar acerca de la necesidad y el deber de que los órganos de gobierno que las diseñan e implementan tengan en consideración la existencia de un verdadero sistema jurídico congruente y coherente entre todos sus elementos y subsistemas.

En tal sentido, la cuestión abordada en el presente trabajo es ¿cuál es la cualidad indispensable en el diseño de las políticas públicas que satisfaga la necesidad de salvaguardar y satisfacer los derechos fundamentales en un medio democrático? Para lo cual, se reflexiona brevemente sobre esa cualidad necesaria en el diseño y puesta en vigencia de cualquier norma jurídica y específicamente en la implementación de políticas públicas, tomando como referencia el caso de aquellas creadas para hacer frente a la pandemia por COVID-19 en México, así como sus consecuencias y sus efectos concretos en el ejercicio de los derechos fundamentales y de aquellos inherentes a la democracia, en donde el costo asumido (es decir, la potencial limitación³ de esos derechos) frente al beneficio obtenido (la erradicación y control de esa enfermedad), resulta ser desequilibrado.

Para responder esta interrogante, resulta indispensable tomar en cuenta que las políticas públicas implementadas para hacer frente a cualquier emergencia deben ser acordes, primero, con los derechos fundamentales y, después, con la posibilidad de ejercitar esos derechos, para lo cual se reflexiona acerca de que, en una situación jurídica ideal, las políticas públicas no deben vulnerar otros derechos fundamentales diversos al que se pretende proteger con su implementación. Lo anterior conduce a determinar la necesidad de que haya una correspondencia entre las políticas públicas y los derechos fundamentales en un medio democrático, es decir, a que haya inocuidad normativa como una cualidad indispensable de esas políticas en una democracia.

² Entendiendo por "derechos democráticos" aquellos que derivan directamente de los valores y principios de la democracia, por ejemplo: libertad, igualdad, fraternidad, tolerancia, respeto, pluralidad, mayoría, etc.

³ Limitación en el sentido de poner o provocar límites, de acortar los efectos de los derechos (generalmente beneficios) o como un fin o un término no justificado de tales beneficios.

2. RELACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

Los estados cuyo régimen es el constitucional y democrático tienen como característica primordial que el aspecto público de su funcionamiento está regido por el Derecho (es decir, por normas jurídicas previamente establecidas o por criterios jurídicos legal y racionalmente sustentados), el cual prevé los límites de actuación de todas las personas (incluidos tanto gobernantes como gobernados). Se trata de un sistema jurídico sustentado por ciertos principios, positivizados o no, que cuentan con el reconocimiento del propio sistema para poder aplicarse obligatoriamente en una sociedad. La manera en la que ese sistema puede lograr que la conducta de todas las personas se ajuste al estándar de conductas consideradas como deseables y también a los preceptos y reglas mencionados, es mediante el establecimiento de derechos y obligaciones (de manera correlativa) y también con la implementación de prohibiciones y permisiones. Lo anterior no es otra cosa que los derechos y libertades que cada persona tiene derecho a gozar con las correlativas obligaciones y deberes que se deben cumplir.

Una de las finalidades del sistema jurídico (quizá la más importante e impactante en un Estado constitucional y democrático) es, precisamente, lograr el goce y ejercicio de esos derechos y libertades así como el respeto de las correlativas obligaciones y, en última instancia, lograr todos los demás objetivos que están planteados a cargo de los órganos e instituciones del Estado (por ejemplo, la salud y el bienestar de la ciudadanía), pero tal vez lo más importante de todo esto sea que el Estado (a través de esas instituciones) logre dos cosas primordiales: 1. Que formalmente se establezcan derechos y libertades acordes con las necesidades y naturaleza de los destinatarios; y 2. Que efectivamente se cumplan, se salvaguarden y se satisfagan esos derechos y libertades, incluso (o tal vez más aún) en situaciones de emergencia.

De todo lo anterior se percibe la relación entre los derechos fundamentales y la democracia, ya que se trata de una liga que une las características propias y, sobre todo, las finalidades de los derechos.⁴ El catálogo de los derechos fundamentales incluye los llamados derechos liberales en los cuales se comprenden el derecho a la vida, a la seguridad, a la igualdad, a la privacidad, al libre tránsito, a la propiedad privada, a formar una familia, a la nacionalidad, a las garantías procesales, de asociarse, de asilo, etc., y también otros, como el derecho a la

⁴ De todos los derechos, pero principalmente de los democráticos y de los fundamentales; esto, con independencia de que ambos conceptos (democracia y derechos fundamentales) suelen tener muchas acepciones y/o definiciones (a veces dependiendo del autor que la emita), lo cual hace que sean ideas multívocas con las posibles (y no infrecuentes) consecuencias de confusión inherentes a ello.

libertad (genérico), a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de expresión y también el derecho a participar en las decisiones políticas;⁵ también los llamados derechos sociales se incluyen aquí: el derecho a la seguridad social, al trabajo, a un salario proporcional y suficiente, a formar sindicatos, al descanso, a un nivel de vida adecuado, a la educación, y a participar en la vida cultural⁶ y, finalmente, los derechos culturales con los cuales se establece el derecho a que se respete la propia identidad cultural.

Si bien los derechos humanos han sido considerados por la filosofía tradicional (sobre todo por aquellos teóricos y filósofos pertenecientes a la llamada época de la “patristica”) como derechos inherentes a las personas y, en consecuencia, como derechos naturales con cierta validez intrínseca,⁷ con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se produjo una positivización de los mismos con la finalidad de que ahora sí fueran respetados y aplicados con base en un catálogo codificado con cierta precisión, como en el caso de los derechos expuestos en el párrafo anterior. Además, gradualmente se ha ido generando una institucionalización de los derechos humanos, es decir, no solamente están expresados por escrito en documentos que han sido suscritos incluso por diversas naciones, sino que también, al interior de esos estados se han ido ajustando las leyes internas y se han ido implementando los mecanismos e instrumentos jurídicos necesarios para que dicho catálogo pueda ser aplicado y respetado en las distintas realidades sociales del ente estatal respectivo.

De esta manera, los derechos humanos han logrado su mejor positivización a partir no solamente de la declaratoria formal que en el ámbito internacional se realizó, sino también a partir de su constitucionalización, es decir, de su inclusión en las constituciones de los estados. En realidad, el constitucionalismo de un Estado es de suma importancia tanto para su régimen democrático como para su sistema jurídico, especialmente respecto al catálogo de los derechos humanos.

Ahora bien, una democracia implica la existencia de límites, aunque también significa la existencia de una “zona” de posibilidades en la que todos los ciudadanos y los gobernantes pueden (y a veces deben) realizar actos (ya sea públicos o incluso privados) que impacten en la sociedad en la que ocurren y, en consecuencia, inciden también en las políticas públicas estatales, a lo anterior se le ha llamado “coto vedado”.⁸ Tales límites están dados en su mayor parte

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, arts. 1-21.

⁶ *Ibidem*, arts. 22-27.

⁷ Que existen incluso sin tener que ser expresados o codificados en algún cuerpo normativo, con independencia de que realmente se apliquen o se respeten en el medio social al que van destinados.

⁸ Garzón Valdés, E., “Algo más acerca del coto vedado”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1989.

por las normas jurídicas y (tratándose de aspectos de una mayor importancia para el ser humano) por los derechos fundamentales, los cuales representan la expresión institucionalizada de un logro importante para la defensa de los derechos y libertades inherentes a los seres humanos, considerados también como derechos mínimos. Sin embargo, a pesar de toda esa institucionalización de los derechos fundamentales, no en todo sistema jurídico democrático se verifica su aplicación cabal y respeto absoluto⁹ (ya sea como consecuencia de la actividad jurisdiccional de un Estado o por la implementación de políticas públicas encaminadas a ello), sobre todo si se quiere apoyar dicha aplicación y respeto en solamente lo enunciado en las normas positivas.

En virtud de lo anterior resulta (y ha resultado) necesaria la aplicación de otros instrumentos o mecanismos por medio de los cuales se pueda concretar su ejercicio cabal y efectivo, siendo uno de ellos las políticas públicas. Aunado a lo anterior, el sistema jurídico y político que resulta idóneo para albergar adecuadamente ese catálogo de derechos fundamentales es el democrático, y esta idea se superpone a las perspectivas que anuncian a la democracia como un conjunto de procedimientos para formar gobiernos y para autorizar determinadas políticas,¹⁰ ya que desde una perspectiva concretamente óptica la democracia significa respeto por la esencia del ser humano.

Tal vez sea discutible la existencia de estados democráticos sin derechos fundamentales o con deficiencias en ellos, lo que significa que no se puede negar la existencia de estados que incluso históricamente han estado apegados a la tradición democrática desde un punto de vista formal (con sendas inclusiones de reglas y preceptos relacionados con lo democrático), pero que en la práctica no se respetan o se respetan poco,¹¹ o al revés: derechos fundamentales adecuadamente positivizados (e incluso tal vez aplicados y respetados) sin estar incluidos en un sistema democrático o que, estándolo, no son respetados.¹²

Sin embargo, los conceptos y categorías inherentes a la democracia son plenamente coincidentes con aquellos pertenecientes a los derechos fundamentales

⁹ No podemos suponer que la protección de los derechos fundamentales es absoluta, lo más que podríamos aseverar es que "debería" ser absoluta, sobre todo considerando la rivalidad existente entre la fría formalidad jurídica y la voluble realidad social. Por ello, aquí me estoy refiriendo a una realidad en la que no siempre se respetan esos derechos fundamentales.

¹⁰ Woldenberg, J. y Salazar, L., "Principios y valores de la democracia", Instituto Federal Electoral, 1995.

¹¹ Esto se puede constatar sin ningún esfuerzo en el cúmulo de casos en los que hubo, por ejemplo, fraude electoral en América Latina, y que representan el epitome de una situación de vulneración de la democracia y de sus postulados básicos.

¹² Esto también se puede corroborar relativamente fácil en la considerable cantidad de casos en los que se ha determinado por parte de un organismo internacional (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) la existencia de violaciones –incluso sistemáticas– a los derechos humanos y fundamentales.

(independientemente de su aplicación más o menos eficaz en los diferentes ámbitos estatales), basta solamente mencionar la igualdad y la libertad, que en la teoría de la democracia tales vocablos se manifiestan como expresiones generales de todo un contenido conceptual mucho más amplio que indefectiblemente incide en los derechos de igualdad o en los diversos tipos de libertades que, como derechos, están comprendidos en los catálogos de derechos fundamentales, incluso en los que hoy se encuentran positivizados.

No debemos olvidar que la democracia como forma de gobierno, además de postular la manera en la que se pueden conformar e integrar los gobiernos, sustenta todo un sistema jurídico en el que se incluyen valores, principios, incluso axiomas morales que en conjunto conforman el sustento teórico de los estados modernos para su adecuado funcionamiento. A lo anterior se le debe agregar la existencia de los derechos fundamentales, los cuales también conforman todo un sistema constituido por un cúmulo de valores, principios y axiomas morales que sustentan y regulan desde una perspectiva fundamental las relaciones de los seres humanos.¹³

Todo lo anterior significa que en realidad estamos ante un gran sistema conformado por esos dos sistemas (o, mejor dicho, subsistemas) que son: la democracia y los derechos fundamentales. Tampoco debemos olvidar que existen muchos elementos de cada uno de esos dos subsistemas que inciden entre uno y otro o que incluso resultan ser los mismos, por lo que ambos subsistemas integrados conforman un gran y complejo sistema estatal. Esto se debe tener muy presente por parte del gobierno al momento de diseñar e implementar políticas públicas cuyo objetivo sea la solución de problemas, ya que por la misma complejidad del sistema, los problemas surgidos en su seno resultan no ser unicastales ni uniconsecuenciales, sino todo lo contrario, por lo que se debe evitar que dichas políticas constituyan un subsistema fragmentado o disperso respecto a los demás elementos o subsistemas del gran sistema estatal, ya que esto provocaría una falla en la correspondencia y/o concordancia entre unos y otros, es decir, entre políticas públicas y otros elementos estatales que pueden ser otras políticas públicas, otras normas jurídicas o, en el extremo que motiva este trabajo, otros derechos fundamentales, lo que provocaría contradicciones que quizá induzcan problemas peores que aquellos que se pretenden solucionar.

¹³ De los ciudadanos con los demás ciudadanos y entre éstos con aquellos ciudadanos que detentan cargos públicos en alguna parte de la estructura estatal.

3. CORRESPONDENCIA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN DEMOCRACIA

Cuando nacemos nos vemos inmediatamente involucrados en una sociedad en la que inevitablemente existen desigualdades. Nos insertamos bajo una situación de desigualdad, que varía dependiendo de muchos factores propios de las personas, pero, sobre todo, debido a circunstancias y factores ajenos a ella e inherentes a la propia sociedad. De ahí que resulta importante la intervención del Estado para aminorar ese fenómeno en beneficio del mayor número de personas, pero también esa intervención estatal debe apegarse a factores de correspondencia y coherencia. En tal sentido, es importante determinar si las políticas públicas deben ser diseñadas bajo principios homogéneos o no, ya que sus destinatarios son precisamente personas que viven en circunstancias no uniformes o incluso desiguales. A lo anterior se añade el concepto de libertad que también forma parte del conjunto de características democráticas mínimas que deben tener los seres humanos en un Estado y que también es susceptible de sufrir limitación.

Estamos frente al frecuente dilema del equilibrio (que deriva de la importancia y prelación) de los derechos fundamentales frente a otros derechos fundamentales y también de las políticas públicas frente a esos derechos, que idealmente se deben armonizar u homogeneizar. No obstante, dicha tarea resulta complicada, ya que las características y las circunstancias peculiares de cada una de las distintas realidades sociales a las que van destinados no son armónicas ni homogéneas. Lo ideal es que haya un equilibrio entre las políticas públicas, así como la aplicación y el respeto de los derechos fundamentales, sin embargo, puede resultar complejo lograrlo, sobre todo en época de emergencia sanitaria.

Por un lado, los derechos fundamentales están diseñados precisamente para el beneficio y protección de todas las personas, sobre todo de las más vulnerables, y por el otro, las políticas públicas (aunque su objetivo es el mismo) pueden terminar siendo contraproducentes respecto al ejercicio y goce de esos derechos. Lo anterior es un dilema que debe ser resuelto para no incurrir en un perjuicio mayor¹⁴ que la emergencia sanitaria. Tratándose de los derechos en general, pero sobre todo de los fundamentales, el objetivo racional (aunque exista esa complejidad mencionada) es que se tienda a la mayor protección de las personas con base en la mayor aplicación posible de esos derechos fundamentales, es decir, la garantía (y su expresión normativa) no es el aspecto preocupante en

¹⁴ O tal vez igual, aunque en este punto resultaría complejo poder determinar y cuantificar, bajo un parámetro homogéneamente aceptado, si el perjuicio de una situación se compara con el de la otra.

ese contexto, sino su aplicación y, sobre todo, su goce, pues “No es en absoluto la garantía lo que hay que abolir, es el goce lo que hay que extender”,¹⁵ de tal manera que, tratándose de las políticas públicas, el objetivo racional debe ser el mismo: la protección de las personas pero sin perjudicar otros derechos, sobre todo los fundamentales.

En otro orden de ideas, pero relacionado con la democracia, la participación ciudadana es uno de los elementos de mayor importancia para el funcionamiento de un Estado igualitario, que también se apoya en la libertad como un derecho inherente a las personas, a pesar de que la libertad moderna ha ido en detrimento de la participación y del derecho a ejercerla: “El peligro de la libertad moderna es que absorbidos por el disfrute de nuestra independencia privada, y en la gestión de nuestros intereses particulares, renunciemos demasiado fácilmente a nuestro derecho de participación en el poder político”.¹⁶ En efecto, se ha considerado que la democracia implica igualdad para todos los destinatarios de las decisiones políticas, ya que ellos también tienen el derecho de aportar a las decisiones públicas.

No solamente se trata de un proceso para formar gobiernos o para colocar a los ciudadanos en los diversos puestos gubernamentales de elección popular, sino que también es un instrumento que permite (y en cierto sentido, incluso obliga) a las personas o a los ciudadanos a participar en la conformación de las estrategias del gobierno (es decir, de las políticas públicas). Lo anterior quizás no se encuentra expresamente establecido en las normas jurídicas, sin embargo, la Constitución Política mexicana menciona que la democracia debe ser una forma de vida, y en esa expresión va incluida la posibilidad de que los ciudadanos intervengan en las decisiones estatales, no solamente desde la perspectiva indirecta que permite la representación (o, lo que es lo mismo, la toma de decisiones a través de un representante electo popularmente), sino que también lo puede y lo debe hacer de manera directa, a través de los mecanismos legales ya existentes. De ahí la importancia de que el Estado implemente los instrumentos necesarios para que la participación de la ciudadanía en los asuntos de Estado sea una realidad. Se trata de establecer los puentes adecuados para que el ciudadano pueda realizar esto.

Ahora bien, la doctrina especializada en materia de políticas públicas ha considerado la “efectividad del gobierno legítimo” como lo más importante para su

¹⁵ Constant, B., “Sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Discurso pronunciado en el Ateneo de París (1819)”. *Revista de Estudios Públicos*, 59, 1995.

¹⁶ Ídem.

implementación y, sobre todo, para su eficacia, en contraste con la legitimidad propia del cargo.¹⁷ Significa que ha resultado ser más importante para los ciudadanos y sobre todo para el propio Estado y su funcionamiento, la eficacia decisional del gobierno, ya que a través de esto se pueden determinar las acciones necesarias e idóneas para asegurar su efectividad, y esto es un aspecto que se supone superado en un régimen democrático: "...la cuestión de la efectividad del gobierno tiene sentido e importancia solo si la legitimidad del gobernante ha sido bien resuelta, como en el régimen democrático".¹⁸

Lo anterior significa que ya no es suficiente con solamente llevar a cabo procesos democráticos apegados a las normas (como las elecciones) para "garantizar" un buen gobierno, ya que en realidad no lo garantiza. Por ello, el solo cumplimiento de la legalidad en esos procesos democráticos no podría ser motivo para asegurar la existencia de un gobierno con esas características. De la misma manera, ir más allá de los aspectos que ya se suponen superados (o que se esperarían superados en una democracia, como la legitimidad y la participación), es lo que debe estar en la mente no solamente del pueblo, sino también y acaso más, del gobernante, como el cumplimiento de los objetivos que son necesarios e importantes para los estados bajo circunstancias de actualidad. Lo contrario se ha denominado "insuficiencia directiva", la cual ocurre

"...cuando los gobernantes, aun si son institucionalmente impecables, financieramente responsables, administradores competentes y discursivamente creíbles, no pueden ya con sus ideas, poderes, activos y acciones definir y, menos, realizar por ellos mismos los objetivos que importan a sus sociedades en las condiciones actuales...".¹⁹

La anterior descripción resulta preocupante en un Estado en el que se suponen rebasados los parámetros mínimos que impone la democracia y el constitucionalismo (y en general el Estado de Derecho), pero resulta más apremiante en uno en el que incluso los procedimientos democráticos (como las elecciones, los procesos de plebiscito, las consultas populares, etc.) son prácticas en vías de perfeccionamiento o de reciente implementación²⁰ o que de plano ni se han in-

¹⁷ Aguilar Villanueva, L. F. "Las cuestiones actuales de la disciplina de políticas públicas". *Revista Opera*, 25, 2019, p. 12.

¹⁸ *Ibidem* p. 13.

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ En México, por primera vez en la historia se llevó a cabo la consulta popular el 1° de agosto de 2021, en la que de manera directa se le pidió a la ciudadanía su participación para aprobar o rechazar la propuesta de enjuiciar a los

cluido en la normatividad estatal. A lo anterior se debe añadir la importancia de que en un Estado de Derecho los procesos constitucionales y legales relativos a la democracia estén también estrechamente ligados con los derechos humanos, ya sea que estos estén explícitamente establecidos en un catálogo constitucional o legal o que los estados respectivos estén obligados a respetarlos por virtud de alguna convención internacional contraída. En cualquiera de esos casos, y con la finalidad de no incurrir en insuficiencia directiva, resulta indispensable que las políticas públicas que sean implementadas, por ejemplo, para hacer frente a la pandemia por COVID-19,²¹ lo sean teniendo en mente que se debe cumplir también con los objetivos que importan a la sociedad mexicana en las condiciones actuales, es decir, que sean acordes con: 1. Los derechos fundamentales y democráticos, y 2. La posibilidad de ejercitar esos derechos.

Estamos ante un fenómeno en el que una política pública puede resultar perjudicial para algunos derechos fundamentales, y esto rivaliza directamente con la premisa de que las políticas públicas se implementan para solucionar problemas de la sociedad (y estatales en general), que no hayan sido solucionados con la aplicación de la normatividad jurídica establecida.²² Pero además de esta premisa, resulta necesario aceptar otra: que tales políticas públicas deben ser acordes con los derechos fundamentales y con la posibilidad de su ejercicio. Lo que significa que, en un estado ideal de las cosas, las políticas públicas no deberían perjudicar otros derechos fundamentales diferentes al que se está tratando de proteger con su implementación, ya que lo contrario supondría una vulneración a la premisa mencionada. En este punto se puede suponer que “acordes” es un concepto adecuado para representar lo que se pretende, ya que tal vocablo significa “conforme”, “igual”, “correspondiente” y con “armonía”, es decir, tales políticas públicas deben ser iguales (dentro de la connotación de una idea que permita aseverar la igualdad entre esos dos elementos) y/o correspondientes, es decir, que satisfagan las condiciones para su relación, de lo que también se desprende que deben ser armónicas.

Al respecto, es ilustrativo el criterio respecto a los casos de suspensión de garantías en situaciones de emergencia, en donde no se trata específicamente de

191

expresidentes. Hubo una participación ciudadana del 7.11% que resultó insuficiente para que el resultado fuera obligatorio, ya que se requiere de una participación del 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal (INE, 2021).

²¹ Pero no solamente a la actual pandemia, sino que esto debe ser un parámetro más o menos permanente en la futura implementación de cualesquiera otras políticas públicas con motivo de alguna emergencia que así lo amerite o con cualquier otro motivo de interés público.

²² En este trabajo tomo como punto de partida las políticas públicas cuya finalidad es afrontar adecuadamente la emergencia sanitaria por COVID-19, sin embargo, la problemática jurídica de interés no se construye a solamente eso.

una suspensión en sentido absoluto ni de una suspensión de derechos, ya que “... siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio...”.²³ Lo anterior conduce a cuestionarnos acerca de esa suspensión o impedimento que, de acuerdo con ese criterio, solamente tendría efecto sobre el pleno y efectivo ejercicio del derecho que se trate y no del derecho en sí, de tal manera que estamos ante una situación en la que suspender o impedir el pleno y efectivo ejercicio de un derecho posiblemente deje a salvo al derecho en sí.

En caso de que lo anterior sea verdadero, entonces se debería considerar que los derechos cuentan con dos esencias: 1. Aquella que es consustancial a la persona y que, independientemente de su ejercicio o disfrute, la persona posee tal derecho; y 2. Aquella que sí es dependiente de su disfrute y/o ejercicio, en cuyo caso (y en función de esto) se podría válidamente concluir que la persona puede o no, poseer tal derecho. Para que podamos afirmar la posibilidad de que un derecho se mantenga respetado mientras que su ejercicio y disfrute es suspendido o impedido, es necesario que ambas esencias no sean complementarias ni dependientes una de la otra; sin embargo, de nada sirve un derecho que solamente se “respete” y se “mantiene” si no se puede ejercer o disfrutar, ya que lo importante es el efecto de ese derecho, es decir, su resultado, y no el simple enunciado que se puede quedar incluso en el papel o en el producto de un proceso legislativo. En tal contexto se podría considerar que no solamente debe haber correspondencia, igualdad o armonía entre las políticas públicas y los derechos fundamentales y democráticos (desde una perspectiva propiamente sustancial), sino que también la debe haber al menos desde el punto de vista de su ejercicio (en una perspectiva aplicativa).

Lo anterior aplica para los derechos fundamentales y para la democracia, ya que no podemos ignorar que en esos derechos está incluido lo relacionado con el ejercicio y la práctica de la política a través de las herramientas jurídicas que propician el buen ejercicio del régimen democrático, de tal manera que esas políticas para afrontar la pandemia deben, en suma, ser armónicas, acordes y congruentes (e “iguales”, en el sentido mencionado) con tales derechos fundamentales relacionados con la democracia, y también aplica para las políticas públicas destinadas a la solución de otros problemas sociales, ya que básicamente son instrumentos democráticos. Es por lo que resulta necesaria una real correspondencia, igualdad o armonía, entre las políticas públicas diseñadas e inscritas en sistemas democráticos y los derechos fundamentales (o entre normas

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987, párrafo 18.

jurídicas y esos derechos). En suma, además de que “acorde” es un término que alude a la conformidad, igualdad y/o correspondencia, también se trata de un vocablo cuyo significado refiere a lo imprescindible para que la relación entre las políticas públicas y los derechos fundamentales y democráticos²⁴ produzcan una práctica cabal y un efectivo respeto de estos últimos.

Por otro lado, las políticas públicas por sí solas ya son un tema que implica una importante complejidad, no solamente por su cometido, sino también por su aplicación en la vida real, en la cotidianidad de la vida de los ciudadanos y, en general, del transcurrir de un Estado. Ha resultado insuficiente que el gobierno (en aplicación de políticas públicas diseñadas de manera unilateral) trate de resolver problemas inherentes al funcionamiento del Estado dirigiendo los esfuerzos solamente a un sector de la población en el que está concentrado o en el que se origina el problema que se pretende resolver, sin que se consideren ciertos aspectos de suma importancia, como las características y cualidades de los entes involucrados en el problema, la causalidad y el contexto (tanto humano como material) en el cual se desarrolla; esto derivado de la propia complejidad que es característica de toda sociedad.

Lo anterior significa que deben ser considerados los nexos de causalidad que tiene el problema abordado con otros problemas o con otros fenómenos sociales similares, los cuales tal vez sean, a su vez, elementos causales del problema principal o, incluso, consecuencias de este. Así, si las políticas públicas son, *per se*, complejas, con mayor razón lo son en su relación con los derechos fundamentales en un ambiente democrático, lo cual obliga a reflexionar sobre las políticas públicas de una manera más congruente con relación al fenómeno o problema que se pretende solucionar y que en este caso es una situación de emergencia sanitaria o de pandemia pero que no se constriñe a solamente ese caso.

Debido a lo anterior, las políticas públicas específicamente diseñadas para hacer frente a un problema deben ser componentes (o subsistemas) de otras más amplias,²⁵ lo que en conjunto se considera como un entramado o conjunto integrado de políticas públicas y no solamente una de ellas, aislada e inconexa con los demás aspectos de la vida social; es decir, deben funcionar en relación con los demás problemas surgidos en el seno de dicha sociedad. Lo anterior resulta razonable si no olvidamos que la problemática social no tiene un origen único, sino múltiple, y también si consideramos que sus efectos no son unidireccionales ni unívocos, sino que se irradian en muchas direcciones afectando, si no a

²⁴ Pero también entre cualquier norma jurídica y los derechos fundamentales.

²⁵ Aguilar Villanueva, L. F., op. cit.

toda la sociedad o al Estado de que se trate, sí a una gran parte. Si a esto le añadimos lo complicado de la democracia en los sistemas estatales contemporáneos, entonces resulta indispensable no omitir esa complejidad (sistemas, subsistemas, subelementos, nexos, conexiones, causas, efectos, etc.), si es que se quieren abordar de una manera cabal los problemas sociales a través de una política pública que concilie no solamente la complejidad del problema, sino también la del sistema democrático en el cual se encuentra inmerso y la de los derechos fundamentales en los cuales va a tener un inevitable efecto.

4. INOCUIDAD NORMATIVA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN DEMOCRACIA

El 30 de marzo de 2020 el Consejo de Salubridad General en México, declaró emergencia sanitaria la epidemia por COVID-19,²⁶ y al día siguiente la Secretaría de Salud estableció algunas acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria,²⁷ entre las que destacaba la “...suspensión inmediata (...) de las actividades no esenciales...” y se dejó en funcionamiento solamente las actividades esenciales como las directamente necesarias para atender la emergencia (por ejemplo, todo el Sistema de Salud), las de abasto farmacéutico y equipo médico, las de seguridad pública y protección ciudadana, procuración e impartición de justicia, las funciones legislativas en los niveles de gobierno federal y estatal, pero también en sectores fundamentales de la economía como la recaudación tributaria y la distribución de energéticos, agua potable, alimentos y bebidas no alcohólicas, supermercados y otras actividades similares, y también los programas sociales de gobierno.

Un aspecto de esas estrategias implementadas fue la prohibición de realizar reuniones o congregaciones de más de 50 personas, aún tratándose de las actividades esenciales mencionadas. Sin embargo, resaltan dos situaciones: la primera, la falta de fundamentación y motivación para limitar algunos de los derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, el derecho de reunión) y, la segunda, la falta de claridad en cuanto a la manera de solucionar el problema derivado de la inevitable reducción en las percepciones salariales por la ausencia o inasistencia al centro de trabajo del trabajador “no esencial”. También llama la atención que en ese documento se exhortó a la población no participante

²⁶ Secretaría de Gobernación. (2020a, marzo 30). *Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. Diario Oficial de la Federación.

²⁷ Secretaría de Gobernación. (2020b, marzo 31). *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. Diario Oficial de la Federación.

de actividades esenciales a “...cumplir resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril de 2020...”, concepto que fue definido como “...limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular o sitio distinto al espacio público, el mayor tiempo posible...”, lo cual resulta desde luego congruente con la “exhortación” a cumplir con el resguardo domiciliario, pero lo que a continuación se menciona es que “El resguardo domiciliario corresponsable se aplica de manera estricta a toda persona mayor de 60 años de edad [o que sufre determinadas enfermedades] (...) independientemente de si su actividad laboral se considera esencial...”, lo que resulta incongruente, ya que “corresponsable” tiene una connotación de voluntariedad, mientras que “estricta” la tiene de obligatoriedad.

Finalmente, y tal vez para salvar la evidente contradicción, establece que esas medidas “...deberán aplicarse con estricto apego a los derechos humanos de todas las personas”, lo cual parece ser una fórmula solucionadora del problema consistente en la inevitable lesión a algunos de esos derechos, y esto se recruta si consideramos la omisión en la implementación y/o explicación de los instrumentos indispensables para que eso sea realidad. Inicialmente la medida fue establecida para un periodo de un mes: del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, pero después se fueron ampliando sucesivamente los plazos en virtud de la intensidad con la que se presentaron los contagios, por ejemplo, el 21 de abril de 2020 la Secretaría de Salud amplió el plazo de la suspensión hasta el 30 de mayo de 2020²⁸ y el 14 de mayo de ese mismo año (como un parámetro para la reapertura de las actividades) se estableció un sistema para la evaluación del riesgo epidemiológico con base en un sistema de semáforo.²⁹ Asimismo, es importante señalar que con motivo de la pandemia, en México no se aplicó lo establecido

²⁸ Secretaría de Gobernación. (2020c, abril 21). *Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado el 31 de marzo de 2020*. Diario Oficial de la Federación.

²⁹ Semáforo rojo: las actividades en escuelas y espacios públicos quedaron suspendidas y solamente las actividades económicas y laborales esenciales se permitieron. Semáforo naranja: las actividades escolares quedaron suspendidas, las de espacios públicos se permitieron con aforo reducido en lugares abiertos mientras que en lugares cerrados quedaron suspendidas y las actividades económicas y laborales esenciales se permitieron, así como las no esenciales, pero con operación reducida. Semáforo amarillo: las actividades escolares quedaron suspendidas, las actividades en espacios públicos con aforo permitido en lugares abiertos y en lugares cerrados con restricciones y se permitieron todas las actividades económicas y laborales. Y semáforo verde: se quitaron todas las restricciones (Secretaría de Gobernación. (2020d, mayo 14). *Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias*. Diario Oficial de la Federación).

en el artículo 29 de su Constitución Política,³⁰ sino que solamente se implementaron algunas políticas públicas y determinadas medidas de salubridad con la finalidad de afrontar tal situación y, a pesar de que la pandemia fue plenamente considerada como una emergencia sanitaria en otros países (incluso como excepción estatal), fue otra norma constitucional la que se aplicó: el artículo 73, fracción XVI³¹ y también la Ley General de Salud, con base en las cuales el gobierno mexicano estableció diversas medidas auxiliadas de varios instrumentos con carácter restrictivo, que tenían como finalidad hacer frente a la pandemia.

Ahora bien, ya quedó establecido que las políticas públicas idealmente deberían: 1º, proteger y/o resolver el problema social de que se trate, y 2º, proteger, o al menos no perjudicar, otros derechos, especialmente los fundamentales. Racionalmente, la mayoría de las personas podrían estar de acuerdo con lo anterior, pues nadie querría que otro derecho no fundamental³² resultara perjudicado, especialmente si es un derecho que le corresponde ejercitar y gozar directamente; lo anterior encuentra su explicación en que tales derechos podrían ser prescindibles cuando se trata de sopesarlos (o de ponderarlos³³) con otros derechos de mayor valía o con derechos fundamentales, ya que la fundamentalidad de estos últimos tiene prevalencia sobre los primeros, lo que nos hace concluir que las políticas públicas que no salvaguarden (o que perjudiquen) derechos no fundamentales, lo hacen justificadamente con el objetivo de obtener un mayor beneficio para la sociedad, no importando el menoscabo que se provoque a esos otros derechos no fundamentales.

³⁰ El cual establece que cuando se ponga a la sociedad en grave peligro solamente el presidente de la república podrá restringir o suspender el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente a la situación (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*).

³¹ Artículo 73. El Congreso tiene facultad: (...) XVI. Para dictar leyes sobre (...) salubridad general de la República..." (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*).

³² El carácter "fundamental" es una propiedad específica y exclusiva de los derechos fundamentales, establecen límites a las decisiones políticas y mecanismos extraordinarios de protección, de tal manera que los derechos fundamentales protegen los intereses fundamentales, mismos que dependen de la relación de doble implicación entre el Estado y el ciudadano, es decir, la libertad, la autonomía democrática y la igualdad (Bernal Pulido, C. "Derechos fundamentales", en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, 2015) en tal virtud, y a contrario sensu, la expresión "derecho no fundamental" para efectos de este trabajo son todos aquellos derechos que no reúnan esas características de fundamentalidad.

³³ La ponderación de derechos, si bien es un tópico relacionado con el presente trabajo, no es concretamente su objetivo, por lo que no fue necesario analizar el cómo ni qué justificación existe para aplicarla (ya que para esto, entre otras cosas, se debe tener bajo análisis un caso concreto), sino que solamente se menciona para resaltar que existen derechos de mayor valía que otros y que el carácter fundamental o no fundamental de los mismos es importante para determinar su valor y, en última instancia, su prelación (lo que lleva implícita, en contrapartida, su posible limitación).

Sin embargo, algo distinto sucede con los derechos que sí son fundamentales, ya que la posibilidad de que se justifique su vulneración en aras de la protección a otro de igual o mayor valía, no resulta tan simple como si se tratara de derechos no fundamentales. En este último caso surge la idea de que una política pública destinada a salvaguardar un Derecho fundamental no debería lesionar ni dañar, ni de forma directa o indirecta, a otro derecho fundamental, es decir, hay la necesidad de asegurar una inocuidad normativa, entendida como aquella que se implementa evitando dañar otros derechos y, en general, evitando lesivos efectos colaterales. De ahí podría, incluso, derivarse un parámetro para medir la calidad de las políticas públicas, considerando como una de sus características indispensables su congruencia con los derechos fundamentales diferentes a aquellos a los que va dirigida su protección.

Las políticas públicas deben satisfacer esos requisitos, es decir, deben evitar daño o lesión a otros derechos, sobre todo siendo fundamentales, por lo que la inocuidad normativa resulta necesaria en su implementación, siendo insuficiente con solamente diseñar e implementar dichas políticas sin tener en consideración la posible afectación a esos otros derechos. En este sentido, también es indispensable tener en cuenta dos requisitos de los derechos fundamentales: primero, la obvia satisfacción y respeto, más allá de su adecuada positivización en la legislación estatal y en cumplimiento de los tratados o convenciones internacionales que establecen lineamientos en la materia y, segundo, la eficacia, concepto que está adherido al de completitud, entendida como la existencia de soluciones para todos los casos en un universo de casos relevantes.³⁴ Pero también la no existencia de lagunas, que podríamos comparar con una suerte de completitud fundamental, ya que su efecto debe ser completo, lleno, cabal, acabado o, incluso, perfecto, e implica el verbo “completar” con el significado de añadir posibles partes faltantes a la norma para que puedan tener cabalidad o perfección y también está ligado a la idea de hacer perfecta o de perfeccionar la norma (en este caso la política pública) y así obtener su máximo grado de plenitud aplicativa con el consecuente efecto de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y evitar en la mayor medida su vulneración.

Lo anterior significa que salvaguardar tales derechos (defenderlos, protegerlos y satisfacerlos con su cumplimiento), es considerarlos como un ciclo de diversas etapas, cada una de ellas conformada a su vez por diversos elementos concatenados entre sí, que inician y finalizan cumpliendo el mencionado ciclo y que satisfacen (y, por consecuencia, salvaguardan) el derecho fundamental de

³⁴ Redondo, M. C. “Sobre la completitud de los sistemas jurídicos”. *Análisis filosófico*, XXVI (2), pp. 294-324, 2006.

que se trate, de manera completa y cabal. Así, la completitud de los derechos humanos se da en el momento en el que las personas no solamente cuentan con esos derechos en virtud de estar expresamente plasmados en las leyes o en la codificación jurídica de un Estado, sino también (y de manera indispensable) con la posibilidad de que las personas los ejerzan y, en consecuencia, los gocen. Es en este contexto en el que se inserta la idea de inocuidad normativa como una ruta a través de la cual la completitud puede concretarse al momento de diseñar las políticas públicas (incluso en la actividad legislativa ordinaria). En consecuencia, resulta de suma importancia diseñar e implementar políticas públicas en términos del cumplimiento y satisfacción de otros derechos humanos (evitando su perjuicio), lo que representaría un éxito completo en su implementación.

La importancia de la inocuidad normativa en las políticas públicas (en general, pero en este caso para afrontar la pandemia por COVID-19 en México) se centra en la existencia de una correspondencia entre la esencia o la finalidad de dichas políticas y los demás derechos humanos, ya que las políticas públicas implementadas en México que han tenido como objetivo abatir las consecuencias de la emergencia sanitaria, es decir, salvaguardar el derecho fundamental a la salud (y a la vida), también han causado un detrimento de otros derechos fundamentales, como el derecho de reunión (también, en mayor o menor medida y/o de manera directa o indirecta, de otros derechos de esa índole, como al trabajo, a la educación, etc.), y es en este punto donde debe tenerse en cuenta que las políticas públicas implementadas (respecto de cualquier situación, pero, en la especie, relacionado a la emergencia sanitaria o pandemia), deben ser acordes con los derechos fundamentales de las personas, de tal manera que la inocuidad normativa de esas políticas públicas está dada por la última etapa del ciclo mencionado, que es la posibilidad de ejercitar otros derechos o, al menos, de no trastocarlos ni vulnerarlos.

En ese panorama se tiene una incongruencia entre la finalidad y la esencia de esas políticas públicas con la finalidad y la esencia de algunos otros derechos, ya que aquellas impiden u obstaculizan (ya sea de manera parcial o absoluta) el ejercicio de éstos. De tal manera que nos encontramos ante una especie de daño o lesión normativa o, lo que es lo mismo, de una insatisfacción de la inocuidad normativa.³⁵ Lo anterior también afecta a la democracia en virtud de que las políticas públicas están inscritas en un sistema democrático y de que lo están también los derechos fundamentales. También es importante tomar en cuenta que la democracia no se encuentra en su mejor momento a causa de los

³⁵ Que, como ya se mencionó, es un requisito indispensable para el diseño e implementación de las políticas públicas.

eventos ocurridos en épocas recientes en los estados que se califican de democráticos, pues existe una suerte de desacreditación de la democracia³⁶ derivada de los malos manejos gubernamentales y de los resabios autoritarios de regímenes anteriores: “En lugar de la democracia liberal están emergiendo dos nuevos regímenes: la democracia iliberal (democracia sin derechos) y el liberalismo in-democrático (derechos sin democracia)”.³⁷ Y en algunos extremos se considera la existencia de una sociedad inmersa en una cultura de la desconfianza en las personas, cuando precisamente lo que se debe lograr con la democracia (entre muchas otras cosas), es que haya cada vez más confianza no solamente en el gobierno (que quizá está sea la meta democrática más obvia), sino también en las demás personas:

*“...las experiencias de la mayoría de los gobiernos latinoamericanos (y fuerzas de oposición) de la segunda mitad del siglo pasado han dejado como herencia política una cultura de antivalores, de aprovechamiento personal de los cargos públicos, lo cual definitivamente se traduce en una sociedad desconfiada del ‘otro’...”*³⁸

Todo ello ha tenido su efecto en la llamada democracia participativa que busca que se involucren los ciudadanos de manera directa en la determinación de la agenda pública y no a través de sus representantes, lo cual constituye una respuesta a los fuertes problemas de la democracia representativa.³⁹ En el mismo sentido, en el interesante análisis que Constant realiza a la libertad como uno de los derechos derivados de la democracia (que incluso se trata de uno de sus valores), cuando reflexiona acerca de lo que hoy en día⁴⁰ se entiende por libertad, asevera que consiste en no estar sometido por nada ni por nadie excepto por las leyes y concluye que

³⁶ Al respecto, es muy ilustrativo el informe del Latinobarómetro del año 2018, en el que se evidencia la desconfianza y desacreditación respecto a las autoridades y su actuación, pero también respecto al grado de satisfacción de las personas con el funcionamiento de la democracia en México, por ejemplo, a la pregunta “En general, ¿Diría Ud. que está muy satisfecho, más bien satisfecho, no muy satisfecho o nada satisfecho con el funcionamiento de la democracia en México?”, de un universo de 1200 personas entrevistadas, 513 dijeron estar no muy satisfechas y 444 nada satisfechas (Latinobarómetro. Opinión Pública Latinoamericana, 2018, pp. 8-9).

³⁷ Rabasa Gamboa, E. “La democracia participativa, respuesta a la crisis de la democracia representativa”. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1 (43), 2020, p. 356.

³⁸ Quiroz Villalobos, M. E. “La desconfianza hacia la democracia en América Latina”. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40, 2019, p. 225.

³⁹ Rabasa Gamboa, E. op. cit. p. 358.

⁴⁰ Aunque debemos tener en cuenta que Constant desarrolló la idea, o al menos la expuso, a través de un discurso pronunciado en el año 1819.

“...es el derecho, de cada uno, de influir sobre la administración del gobierno, sea por el nombramiento de todos o de algunos funcionarios, sea a través de representaciones, peticiones, demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración”.⁴¹

En el mismo orden de ideas, como lo hace notar Aguilar Villanueva,⁴² uno de los defectos actuales de la disciplina de las políticas públicas es la negativa o resistencia del gobierno a compartir con los ciudadanos las políticas públicas o los planes de su implementación, con la finalidad de que la ciudadanía pueda participar no solamente en su diseño sino también en su aceptación y/o autorización, ya que el ciudadano además de ser el destinatario de las políticas públicas también debería ser uno de sus autores o diseñadores. Lo anterior en virtud de que el ciudadano es el sujeto al que le interesan esas políticas, ya que van a representar un cambio en su vida cotidiana que puede incluso provocar una restricción a los derechos o libertades de las personas y, aunque no sea así, los ciudadanos pueden tener la tendencia a sentir que se les restringen, aún sin ser de esa manera, lo cual refuerza la conclusión de que los ciudadanos también deben estar involucrados en el diseño y autorización de dichas políticas.

Ahora bien, las políticas públicas implementadas para hacer frente a cualquier problema en un entorno democrático y constitucional⁴³ deben ser congruentes entre sí y también con el sistema en el que se pretenden aplicar. De esta manera, las políticas públicas implementadas en México para hacer frente a la pandemia de COVID-19 no son solamente un fragmento de disposiciones diseñadas para lograr ese fin, sino que son, además, un subconjunto de políticas públicas que debería estar inserto en otro de mayor rango y jerarquía cuyo espectro de aplicación sea aún mayor pero que, sobre todo, sea acorde con los derechos fundamentales y con el sistema democrático. Es por lo que se debe implementar un “Sistema de Políticas Públicas” en lugar de solamente una política pública aislada o un conjunto de ellas con poca o ninguna interrelación entre sí, lo cual obligaría a que estén interrelacionadas con las demás y, desde luego, con aquellas afines a los derechos fundamentales. La finalidad que se persigue es que los derechos fundamentales sean salvaguardados y/o satisfechos en un intento por resolver problemas sociales y, en el caso que nos ocupa, en

⁴¹ Constant, op. cit.

⁴² Op. cit.

⁴³ En el cual, si no se respetan a cabalidad los derechos humanos y fundamentales, al menos se cuenta con su formal descripción y con una regulación positiva que expresa la obligatoriedad de su respeto y que regula los instrumentos por los cuales esto puede ser una realidad.

situaciones de emergencia sanitaria. Una manera de lograr lo anterior, además de lo ya mencionado respecto a la satisfacción de la inocuidad normativa, es permitiendo e impulsando el derecho de los ciudadanos a participar en el diseño de las políticas públicas; así, además de mejorar sustancialmente el contenido de tales políticas, se estaría legitimando su aplicación y se estaría satisfaciendo uno de los requisitos de mayor peso para una democracia eficaz: la participación ciudadana.⁴⁴

Por otro lado, otra política pública implementada en México fue la emisión de sendos lineamientos⁴⁵ para la reapertura de las actividades económicas en donde se plasmaron cuatro principios rectores, entre los cuales están: 1. Privilegiar la salud y la vida, y 2. Solidaridad y no discriminación. En el primero de esos principios (privilegiar la salud y la vida), se estableció lo siguiente:

“Basado en el derecho a la salud de todas las personas, garantizado en el artículo 4 constitucional, y el derecho a una vida digna, hay que comprender que lo más importante son la salud y la vida de todas las personas, por lo que siempre deberán ponderarse como los elementos prioritarios...”

En ese principio se está anteponiendo la salud y la vida como lo más importante, y dice que se debe ponderar como los elementos primarios, lo que parece ser una justificación para las restricciones que potencialmente pueden ocurrir con la implementación de esos principios (mismos que están incluidos en las políticas públicas para afrontar la emergencia sanitaria), esto se puede interpretar también como una justificación previa para el hecho de que las políticas públicas no satisfagan el requisito de la inocuidad normativa. En el principio 2 se puede leer lo siguiente:

“...La reanudación de actividades en los centros de trabajo deberá darse en un marco de no discriminación y con la estricta aplicación de sus derechos laborales, con independencia de su rama de actividad o sector y condición de vulnerabilidad ante la infección por el SARS-CoV-2.”

201

⁴⁴ La participación ciudadana, como ya se mencionó, es uno de los aspectos torales de una democracia, ya que de inicio abona en solucionar el déficit democrático procedimental, pero en cuanto a lo sustantivo de la medida implementada en las políticas públicas, la manera en que esa participación las podría compatibilizar con los derechos fundamentales es, primero, conociendo las necesidades ciudadanas que inciden en sus intereses fundamentales (que, como ya se vio también, en una democracia deben estar permanentemente implicados en la función estatal), y segundo, teniéndolas siempre en cuenta para el diseño de las políticas públicas.

⁴⁵ Secretaría de Gobernación. (2020e, mayo 29). *Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos Técnicos Específicos para la Reapertura de las Actividades Económicas*. Diario Oficial de la Federación.

El anterior párrafo, en cambio, está previendo la no discriminación y el respeto por los derechos laborales, lo que de inicio puede interpretarse como una adecuada expresión en favor de la protección de otros derechos fundamentales (como en este caso el derecho al trabajo), sin embargo, lo expresado está en una franca contradicción con el principio 1, además de que no incluye la mención de los mecanismos concretos por los cuales se podrá proteger tal derecho. En este punto no debemos olvidar que un derecho, como los derechos fundamentales, se satisface no solamente con su simple mención o expresión, sino que es necesario un verdadero reconocimiento y, sobre todo, se requiere que dentro del sistema jurídico, cualquier otro elemento normativo (como las políticas públicas) satisfagan la característica de inocuidad normativa, con lo que se podrá dirigir hacia una eficacia y, eventualmente, hacia una plenitud aplicativa que garantice el ejercicio de otros derechos fundamentales o, al menos, que no los vulnere. Lo anterior se logra, primero, permitiendo que el derecho en cuestión sea respetado y aplicado y, segundo, asegurando y garantizando que con su ejercicio y/o aplicación no perjudicaría ni vulneraría otro derecho de la misma jerarquía o (como en este caso), otro derecho fundamental.

Cumpliendo con todo lo anterior se podría considerar que las políticas públicas en cuestión gozan de inocuidad normativa y de plenitud aplicativa, y que por tanto tienen un éxito razonablemente esperado (es decir, completo), ya que estaríamos ante una norma o un conjunto de normas jurídicas congruentes con la completitud de las demás normas. De esta manera se podría lograr que los operadores gubernamentales cumplan con el objetivo ineludible de las políticas públicas: “mejorar la calidad de las decisiones directivas de la gobernanza con base en el conocimiento”, pero sin olvidar que “...el proceso de elaboración y decisión de la política pública ya no es solo gubernamental en todos los asuntos, particularmente en los asuntos relacionados con el crecimiento económico y el desarrollo social”,⁴⁶ pero además de esto, se estaría protegiendo también al sistema democrático del cual dependen las estructuras gubernamentales y también la toma de decisiones a nombre y representación de la ciudadanía (y del pueblo), quienes son los originarios depositarios de la soberanía.⁴⁷

⁴⁶ Aguilar Villanueva, L. F. op. cit. p. 22.

⁴⁷ Resulta necesario e importante resolver la cuestión sobre cómo orientarse a la completitud de los derechos para casos que con toda seguridad se irán dando en lo subsecuente (a corto, mediano y largo plazo), por ejemplo, hablando específicamente de la pandemia, una política pública relativa a la vacunación de todos los agentes que intervienen en la educación como requisito para retomar las clases presenciales podría traer consigo la controversia relativa a una posible objeción de conciencia religiosa por la cual no se vacunen; sin embargo, además de que ese no es el objetivo en el presente trabajo, es importante aclarar que eso es precisamente materia de la inocuidad normativa en el diseño de las políticas públicas que sus diseñadores deben tomar en cuenta.

La emergencia sanitaria en México (como en todo el mundo) provocó la movilización de la estructura gubernamental y la implementación de políticas públicas cuya finalidad fue hacer frente a la pandemia por COVID-19. Sin embargo, también como en el resto del mundo (en mayor o en menor medida, dependiendo del caso específico), en la implementación de esas medidas se tuvo el problema del daño colateral a otros derechos incluso de jerarquía fundamental, por lo que resultó apremiante resolver una problemática social de grandes dimensiones dados los efectos devastadores resentidos en diversos aspectos de la sociedad mexicana, principalmente la economía, pero también (y sobre todo) en otros derechos considerados como fundamentales. De esta manera, las medidas drásticas parecieron ser en su momento una decisión prudente, sobre todo considerando que en México (como en casi todos los países del mundo) no había un protocolo por el que se pudiera determinar una acción adecuada que contrarrestara los efectos de la pandemia. En consecuencia, existe la necesidad de que en adelante se diseñen las políticas públicas destinadas a la protección de derechos fundamentales (pero también cualquier elemento normativo con carácter general y abstracto, satisfaciendo la característica de inocuidad normativa con la que se pueda obtener también una plenitud aplicativa y evitar una lesión o daño colateral a otros derechos de igual importancia.

6. CONCLUSIÓN

Los estados democráticos (al menos desde la perspectiva formal) son sistemas en los que se interrelacionan determinados elementos jurídicos que deben estar diseñados para el beneficio de la población, sin embargo, contienen faltantes, lagunas, contradicciones, incompletitudes, etc., que provocan desajustes sistémicos cuya consecuencia más directa y sensible es la lesión a otros derechos, incluso fundamentales) de las personas. Por ello se deben considerar esos aspectos sistémicos en el diseño e implementación de políticas públicas y de normas jurídicas en general, ya que lo contrario ha provocado que en su implementación se perjudiquen otros derechos y esto representa una especie de fracaso normativo ya que la política pública en cuestión (aunque esto también aplica para las normas jurídicas en general) solamente se diseñó considerando la problemática a la que se dirige para su solución, sin prever el inminente daño colateral que tendría en los demás derechos, sobre todo cuando éstos últimos son fundamentales. De ahí la importancia de la inocuidad normativa como un requisito indispensable para diseñar las políticas públicas (y se extiende a todo tipo de creación normativa, considerando el aspecto sistémico de un Estado democrático y de derecho),

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

y tal concepto implica que en el diseño sustancial de una disposición (o política pública) el diseñador (que puede ser el legislador pero también alguna autoridad administrativa) debe tener presente que el Estado democrático y de derecho en el que está inmerso y en cuyo seno está desarrollando la referida normatividad, es un sistema que lo obliga a tener presente los demás subsistemas (al menos aquellos que de manera más directa tengan relación con la política pública en desarrollo) para que en el referido diseño se respeten y no se perjudiquen ni se lesionen esas otras normas o derechos (sobre todo tratándose de los fundamentales) atendiendo a una plenitud aplicativa de la norma o de la política pública.

6. FUENTES DE INFORMACIÓN

- Aguilar Villanueva, L. F. (2019). Las cuestiones actuales de la disciplina de políticas públicas. *Revista Opera*, 25, 11-25. <https://doi.org/10.18601/16578651.n25.02>
- Bernal Pulido, C. (2015). Derechos fundamentales. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho: Vol. Dos* (Primera). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/1.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Constant, B. (1995). Sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Discurso pronunciado en el Ateneo de París (1819). *Revista de Estudios Públicos*, 59.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Opinión consultiva OC-8/87. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Solicitada por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
- Garzón Valdés, Ernesto. (1989). Algo más acerca del «Coto Vedado». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 209-213.
- Latinobarómetro. Opinión Pública Latinoamericana. (2018). *Latinobarómetro 2018. Resultados por sexo y edad. Estudio no° LAT-2018*. México 2018.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pub. L. No. resolución 217 A (III) (1948). <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>
- Quiroz Villalobos, M. E. (2019). La desconfianza hacia la democracia en América Latina. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40, 221-241. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/archive>

- Rabasa Gamboa, E. (2020). La democracia participativa, respuesta a la crisis de la democracia representativa. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(43), 351-376. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15188>
- Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis filosófico*, XXVI(2), 294-324. <https://analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/187/157>
- Secretaría de Gobernación. (2020a, marzo 30). *Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020
- Secretaría de Gobernación. (2020b, marzo 31). *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020
- Secretaría de Gobernación. (2020c, abril 21). *Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado el 31 de marzo de 2020*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592067&fecha=21/04/2020
- Secretaría de Gobernación. (2020d, mayo 14). *Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14/05/2020
- Secretaría de Gobernación. (2020e, mayo 29). *Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos Técnicos Específicos para la Reapertura de las Actividades Económicas*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5594138&fecha=29/05/2020
- Woldenberg, J., & Salazar, L. (1995). *Principios y valores de la democracia*. Instituto Federal Electoral.

Dos modos de entender la relación entre el derecho y la moral. El caso de la serie “Better Call Saul”*

Two ways of understanding the relationship between law and morality. The case of the series “Better Call Saul”

Patricio Sáez Almonacid**

RESUMEN

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre la conexión entre derecho y moral a propósito de la serie “Better Call Saul”. En ella se observan dos modelos de abogados que conciben el derecho de manera opuesta. Partiendo de este hecho, mediante el método de comparación y análisis crítico de estos dos modelos, se observará que se deducen importantes consecuencias para el funcionamiento del derecho, pues cada uno expone diferentes visiones sobre la relación entre el operador jurídico y el derecho. En el fondo, lo que se discute es si acaso la conexión entre derecho y la formación moral afecta algunos de los postulados y principios más básicos del derecho moderno, a saber, el principio de legalidad y la fidelidad/respeto a la ley; y, si es así, de qué manera los afecta.

PALABRAS CLAVES

Teoría del derecho, derecho y Moral, legalidad, derecho moderno, serie de cine “Better Call Saul”, principio de legalidad.

ABSTRACT

The objective of this essay is to reflect on the connection between law and morality about the series Better Call Saul! It shows two models of lawyers who conceive the law in an opposite way. Starting from this assumption, by means of the method of comparison and critical analysis of these models, it will be observed that important consequences are deduced for the operation of the law, since each one presents different views on the relationship between the legal operator and the law. Ultimately, what is being discussed is whether the connection between law and moral (formation) affects some of the most basic postulates and principles of the modern law –such as the principle of legality and fidelity/respect for the law–, and, if so, how does it affect them.

KEY WORDS

Theory of law, Law and morality, Legality, Modern law.

*Artículo de reflexión postulado el 25 de noviembre de 2021 y aceptado el 21 de febrero de 2022

**Estudiante de Derecho en la Universidad Viña del Mar, Chile. (patriciosaez0798@gmail.com) orcid.org/0000-0002-6166-1545

PATRICIO SÁEZ ALMONACID

SUMARIO

1. Introducción.
2. ¿Quién es Saul Goodman?
3. El modelo McGill o el modelo Goodman: dos maneras de entender el Derecho.
4. ¿Puede ser el respeto a la ley una exigencia jurídica?
5. Reflexiones finales.
6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Un fanático de *Breaking Bad* que se respete debe hacer al menos tres cosas después de ver la serie: 1) verla de nuevo (este punto es válido para cualquier serie que nos guste), 2) ver la película *El Camino: A Breaking Bad Movie* (que cuenta lo que sucede con Jesse Pinkman después de la muerte de Walter White) y 3) ver la precuela, aun en emisión, *Better Call Saul!* (que cuenta la historia del personaje con el mismo nombre antes de conocer a Walter White y Jesse Pinkman).

Como este ensayo no es una oda a la magnificencia de *Breaking Bad* y tampoco una sinopsis de *El Camino*, nos fijaremos en la tercera entrega de la saga –a saber, *Better Call Saul!*– para reflexionar sobre su particular imagen del mundo jurídico.

Para ello lo primero será colocar en contexto el desarrollo de la serie explicando el personaje que interpreta Bob Odenkirk (quien representa el papel del abogado Jimmy McGill) y su peculiar manera de ejercer la abogacía (2). Este punto no es fácil, ya que, según se observa en la precuela, Jimmy evoluciona desde un abogado típico a lo que sería su sello profesional: la *venta* de un producto que se adapta a las infinitas necesidades de sus clientes. Por lo tanto, se da un contraste (y también una contradicción) entre dos modelos de abogados, a los cuales llamaremos: el modelo McGill (3.1) y el modelo Goodman (3.2). No se analizará en profundidad la ética profesional –no es un estudio sobre las buenas o malas prácticas en el mundo del Derecho–, y tampoco el rol que cumple el mundo corporativo de los grandes estudios jurídicos en el acceso y desarrollo de la justicia (ambos temas sumamente interesantes y que se pueden observar en la serie), sino que a partir de las prácticas llevadas a cabo por Saul en el ejercicio profesional se intentará demostrar que la legalidad¹ –principio que

¹ Por legalidad se entenderá la obligación que tienen los operadores jurídicos de actuar conforme a las normas jurídicas. Siguiendo a Latorre, desde esta perspectiva la actuación será justa en la medida que se pueda observar la

tradicionalmente suele ser asociado al positivismo jurídico– necesita inevitablemente de un respaldo que ante todo es ético² (4). En otras palabras, la expresión *la ley es la ley* requiere que el Derecho y la moral tengan al menos una conexión necesaria e indiscutible: que abogados y jueces vean el Derecho como una institución social *valiosa* y que deba ser *merecedora* de respeto.

Por lo tanto, el foco estará en las concepciones del Derecho que subyacen a cada uno de los modelos de abogados, y cómo a partir de ellas podemos lograr entender de manera distinta (e incluso atípica) la relación entre Derecho y moral.

2. ¿QUIÉN ES SAUL GOODMAN?

2.1. Primero fue Jimmy McGill.

La serie comienza mostrándonos la vida de un abogado que se gana la vida representando personas de escasos recursos asignadas por el sistema judicial. La remuneración es poca, su vida es un símil de su situación económica: un vehículo en dudosas condiciones, sin casa propia y, aunque parezca cómico, su oficina queda dentro de un salón de belleza tailandés.

Antes de ser abogado Jimmy era un joven sin ley. Se dedicaba a timar personas, vivir de noche y a menudo de día estaba tras el calabozo de una comisaría. Es lo que podríamos llamar un verdadero dolor de cabeza para el mundo.

Pero Jimmy no estaba sólo, tiene un hermano: Chuck McGill. Abogado y Socio fundador de uno de los mejores estudios jurídicos en Albuquerque –Hamlin, Hamlin & McGill (en adelante HHM)–, Chuck es una eminencia en el mundo jurídico en que se desenvuelve la historia. Respetado por jueces, contrapartes y colegas, el hermano mayor de Jimmy se ha dedicado toda su vida a lo que él llama el ejercicio honrado de la profesión. Consciente de su rol en la sociedad, Chuck es un respetuoso de la ley y de su letra. En relación con su hermano, la serie nos muestra que siempre rescataba a Jimmy de sus líos judiciales y, llegado el momento le ofrece trabajo a Jimmy en su estudio jurídico de asistente, donde este último (a escondidas de Chuck) cursa sus estudios de Derecho en una universidad a distancia.

209

aplicación de la ley. Véase: Latorre, Ángel. Introducción al Derecho, España, Ediciones Ariel, 1969, pp. 48-49.

² La tesis en la cual se basa este trabajo se encuentra implícitamente defendida en la obra de Finnis. Me he abstenido de hablar de Derecho natural cada vez que se defiende la relación entre Derecho y moral. He usado expresiones como ética profesional o deber moral, sin embargo, no sería teóricamente incorrecto sustituir tales expresiones por deberes u obligaciones que se deducen de la ley natural. Véase: Finnis, John, Estudios de teoría del derecho natural, México, UNAM, 2017, pp. 24 y ss.

PATRICIO SÁEZ ALMONACID

Una vez terminada su licenciatura Jimmy pregunta si puede trabajar en HHM, ante lo cual Hamlin le da la negativa. Le inventa una serie de excusas y razones por las cuales la petición de Jimmy es imposible de cumplir. Pero nuestro protagonista no se caracteriza por mantener un perfil bajo, pues ante la respuesta de Hamlin recurre a su hermano Chuck. Sin embargo, este último le dice que él no puede hacer nada ante la decisión de su socio, pues sería perjudicial para el estudio que él acceda a su solicitud³.

Vuelta la página –aunque no del todo–, en sus comienzos Jimmy intenta cumplir con la imagen de abogado creada por su hermano mayor. Un sujeto serio, honesto, estudioso, cumplidor de la ley, pero a su vez exitoso, respetado y reconocido por sus pares. Jimmy intenta encajar en un mundo de estudios jurídicos importantes, con oficinas grandes y luminosas –con pisos en las partes más altas de los edificios, aunque nunca al último⁴–, pero se da cuenta que esa no es su naturaleza: él es Jimmy “el resbaladizo” (apodo con el que era conocido cuando timaba a la gente) no Chuck McGill. Es un sujeto codicioso y egoísta que con tal de obtener lo que quiere está dispuesto a cruzar cualquier frontera moral o legal. Esto, evidentemente, le trae conflictos con Chuck –quien siempre cuestiona los conocimientos de Jimmy y ni que decir su título– al punto que frustró cualquier posibilidad de integrarse a HHM como abogado. Sin embargo, los problemas entre ellos no se detienen y después de una serie de acontecimientos (casi las cuatro primeras temporadas), Jimmy decide relanzar su carrera profesional bajo el nombre Saul Goodman.

2.2. *El momento de Saul.*

A diferencia de Jimmy McGill, Saul es un abogado atípico. Trajes extravagantes, joyas pomposas, negocios truculentos que muchas veces quedan fuera de lo legalmente permitido y publicidad mediática en los lugares menos pensados para un abogado promedio (envases de yogurt, comerciales de TV, cajas de fósforos, termolaminados y patrocinios de loterías en asilos para adultos mayores). Para él los medios (el Derecho) se supeditan a los fines (intereses de los representados). Por lo tanto, si la finalidad es obtener un cierto resultado en un juicio o asesorar un negocio privado, en vez de buscar en la doctrina y la jurisprudencia algún

³ La serie nos revelará que fue Chuck quien obligó a Hamlin para que frustré la llegada de Jimmy a HHM.

⁴ Quizá debería ser tema de estudio preguntarse qué tienen los abogados con la altura o los edificios con fachada de vidrio.

precedente o principio que permita defender su pretensión, prefiere modificar la prueba contratando testigos y falsificando documentos.

Su eslogan es claro: *Better Call Saul!* Y como no, si ofrece promociones (dos delitos al precio de uno), menos años de cárcel por delitos graves, descuentos por recomendación, entre otras cosas. Hay un dicho que reza “puesta la regla, hecha excepción”. Y es obvio donde se sitúa Saul. Pues, se dedica a encontrar supuestos fácticos dentro de la ley conforme a los cuales poder acomodar la conducta de sus clientes y así evitarles cualquier tipo de sanciones. Pero Saul es más que un jugador sucio, su asesoría legal también está repleta de recomendaciones y directrices para cometer actos de dudosa legalidad. Icónica es la escena en *Breaking Bad* donde le enseña a Jesse Pinkman a lavar dinero para así evitar que la brigada antidrogas descubra su negocio de la metanfetamina con Heisenberg (Walter W.).

La ética profesional de Jimmy McGill es todo un tema, pero de momento ella sólo nos sirve como un vehículo para un fin distinto: qué es lo que nos puede enseñar Saul Goodman sobre el funcionamiento del Derecho.

3. EL MODELO MCGILL O EL MODELO GOODMAN: DOS MANERAS DE ENTENDER EL DERECHO.

Como podemos ver el personaje representa dos estadios diferentes del ejercicio de la profesión. Pero cabe destacar que estos no se dan de manera marcada y temporalmente diferenciada. De hecho, podemos decir que antes de asumir el nombre de Saul Goodman, Jimmy va de un lado a otro; como si buscara su identidad. Sin embargo, el trasfondo es mucho más rico e interesante que eso. Al final de cuentas, lo que podemos observar son dos formas de enfrentarse al Derecho: una concepción iusnaturalista y una concepción pragmática.

3.1. *El modelo McGill.*

Platón había declarado en su *Nomoi* que toda la fuerza del Derecho descansa en última instancia en su capacidad de persuadir a sus destinatarios de lo valioso que es⁵. Es más, el filósofo destaca lo importante que es formar una ciudadanía respetuosa de ley, ya que de esta manera se asegura que en el futuro quienes ejerzan puestos de magistraturas lo harán de la mejor manera posible⁶. Esta idea

⁵ Platón, *Las leyes*, Madrid, Alianza Editorial, 2014, p. 257.

⁶ *Ibidem*, p. 301.

seguirá presente en la tradición iusnaturalista. Por ejemplo, Cicerón pensaba que la magistratura era una función que debía encargarse a los más prudentes y justos, pues “el magistrado es una ley que habla, y a su vez, la ley es un magistrado mudo”⁷. Pero, Cicerón explica que esta facultad no se entiende separada de la sumisión y obediencia a la ley, sino todo lo contrario, ya que es la ley quien gobierna al magistrado y no al revés.

La tradición iusnaturalista moderna hace suyo estos postulados, y así vemos que para el revolucionario francés Robespierre “el respeto que inspira el magistrado depende mucho más del respeto que él mismo siente hacia las leyes, que del poder que él usurpa”⁸. Sin embargo, esta idea ya estaba presente en Hobbes⁹ (aunque la expone en términos de un deber de *fidelidad* hacia la ley), Adam Smith¹⁰ y Locke¹¹. Por lo tanto, el respeto a la ley no era sólo una obligación jurídica, sino ante todo moral –o, más precisamente de *Derecho natural*–: si el Derecho pretende *valer y ser reconocido* como Derecho y no mero uso de la fuerza requiere que las actuaciones de los operadores jurídicos se encuentren en conformidad a la ley¹². Conformidad que no se traduce en la mera apariencia de legalidad de sus actos, sino que es una actitud de observancia irrestricta de la ley. Siendo las cosas de esta manera no es casualidad que los mayores promotores e ideólogos de la revolución francesa –y por supuesto de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*– fueran abogados (Robespierre, Marat y Danton).

Entre nosotros, Andrés Bello –Quizá el intelectual latinoamericano más importante del siglo XIX– declaró que los jueces debían ser esclavos de la ley¹³ y que su función no era otra que aplicarla al pie de la letra (pues, ella representa la voluntad soberana) y no lo que él creyera correcto (que es su propia voluntad):

Puede muchas veces parecer al juez una lei injusta; puede creerla temeraria; puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, i puede ser que no se equivoque en su concepto; pero, con todo, ni puede obrar contra esa lei, ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera

⁷ Cicerón, Marco tulio, *La República y las leyes*, España, Ediciones Akal, 1989, p.266.

⁸ Robespierre, Maximilien, *Libertad, igualdad y fraternidad*, Argentina, Longseller, 2005, Argentina, p. 149.

⁹ Hobbes, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 214-223.

¹⁰ Smith, Adam, *Lecciones sobre Jurisprudencia*, Granada, Editorial Comares, 1995, p. 359.

¹¹ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Chile, Liberalia Ediciones, 2016, pp.119-120.

¹² Carpintero, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, UNAM, 1999, p. 221.

¹³ Bello, Andrés, *Obras completas*, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, Vol. IX, 1885, p. 203.

tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados¹⁴.

Volviendo a la serie, podemos decir que Chuck McGill representa el sueño del Derecho natural moderno. Un abogado respetuoso de la ley, que se somete sin más a las reglas. Es un profesional que ve el Derecho como algo valioso, que permite hacer justicia y mantener el orden social. Chuck entiende que el camino a Ítaca no es fácil ni breve, sino todo lo contrario, es adverso y largo, pero lo que importa es el camino no el destino. La ley se la representa como lo que es: como una razón en sí misma que exige ser obedecida. Si bien sabe que ésta permite interpretaciones distintas o que mediante el estudio puede lograr una mejor comprensión de ella –y también favorable–, no duda en ningún momento de cumplirla.

Por otro lado, Jimmy McGill es menos intenso que su hermano. Su objetivo en la vida: trabajar honradamente para conseguir bienestar material y, en lo laboral, integrar algún reputado estudio legal (en lo posible HHM). Puede a que a veces haga cosas que son poco éticas, pero no escatima en esfuerzos en demostrar que es un abogado honrado a pesar de que siempre se encuentra con gente dispuesta a menospreciarlo y hasta estafarlo. Lamentablemente el mundo no era tan bueno como el esperaba. Y, aun así, en su primer dilema moral como abogado Jimmy decide hacer lo correcto. Se da cuenta que un cliente estafa al fisco y cuando los encara por ello, nota que no hay un mínimo de arrepentimiento. Es más, están dispuestos a quedarse con el dinero. Pero Jimmy, viendo que también podía salir perjudicada una persona a quien valora, contrata a Mike para que lo recupere sin la menor sospecha de la familia y, posteriormente, pedirle que lo deje en el ayuntamiento. Sin embargo, llegado el momento Jimmy se tropieza con su propia realidad: incomodo con el tipo de vida que está eligiendo, problemas económicos, sin trabajo, adeudado y menospreciado por su propio hermano.

En el último capítulo de la primera temporada Jimmy tiene todo para cerrar un contrato de trabajo en un prestigioso estudio jurídico (Davis & Main), sin embargo, decide no presentarse. De paso, le pregunta a Mike por qué decidió devolver el dinero cuando podría habérselo dejado para él. Mike, siempre profesional, le dice:

–A mí, personalmente, me contrataron para un trabajo. Lo hice. Hasta ahí llega todo.

Jimmy le contesta:

¹⁴ Ibidem, p. 202.

–Sí, bueno, yo sé qué me detuvo a mí. ¿Y sabes qué? Nunca más volverá a detenerme.

Con esta conversación se cierra un ciclo del modelo McGill, pero se abre otro que cada vez más lo acerca hacia su estado final: el modelo Goodman.

3.2. *El modelo Goodman.*

El modelo Goodman se basa en una concepción técnica del Derecho: lo ve como un simple medio, es decir, como una técnica social¹⁵. En tanto técnica, carece de cualquier valor o fin en sí misma. Ella sirve para alcanzar un fin, no es ella el fin. A su vez, esto degenera en la tesis según la cual el Derecho carece de valor en sí: él se puede usar para satisfacer objetivos positivos o negativos, pero cualquiera de estas opciones no conlleva una bondad o maldad intrínseca al derecho. El pensamiento técnico del Derecho no parte de la pregunta relativa a la justeza o no de una determinada acción, sino que se enfoca en revisar si existe alguna disposición normativa que prohíba la conducta que se busca materializar¹⁶. Por supuesto que, de existir, el técnico jurídico también puede idear formas de evitar o atenuar las consecuencias jurídicas de carácter pernicioso. Pues, el técnico del Derecho también se *instrumentaliza*; sirve para los fines de quienes contraten sus servicios legales.

El abogado ya no es un servidor de la justicia, sino un producto que podemos encontrar en una diversidad de presentaciones en el mercado de los bufets jurídicos. Los hay de mejor calidad que otros, algunos permiten el pago en cómodas cuotas, otros entregan el primer mes gratis, etc. El ejercicio de la profesión jurídica se ha entregado a las modalidades del mundo capitalista: ya no se valora al abogado por su rectitud moral, su honorabilidad y respeto a la ley; lo que importa son las cifras (porcentaje de casos ganados, expectativas del juicio, posibles ganancias, repercusión pública, etc).

Es evidente que si se quiere tener un abogado que cumpla con las características recién señaladas debemos buscar a Saul Goodman¹⁷. Un abogado que vea el Derecho simplemente como su sustento –es decir, como un medio para ganarse la vida–, y que no tenga problema alguno en cumplir con intereses de dudosa legalidad. Total, dinero es dinero, y si la fortuna es un fin legítimo (y el más importante) para él, los medios son el menor de sus problemas. Su trabajo consiste

¹⁵ Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 38.

¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷ Nótese el juego de nombres, pues, como se explica en la serie, Goodman es una combinación entre Good-man, es decir, buen hombre.

en cumplir las peticiones de su cliente (nótese la lógica mercantil), satisfaciendo sus necesidades de la manera más óptima posible, y si para ello es necesario hacer algo indebido o fuera de los límites de la misma ley, no hay problema, se hará, pues no hay ceros que no sumen al uno que les antecede y tampoco medios (la ley) que no se puedan acomodar a nuestros fines.

Más allá de esto, lo que se quiere exponer es que el modelo Goodman, aplicado a la sociedad en su conjunto, degenera el fin de todo ordenamiento jurídico: mantener el orden social. Si los propios operadores jurídicos no se toman en serio el Derecho, entonces no queda nada de valioso en dicha institución llamada Tribunal.

Alguien podría responder que la imagen presentada del pragmatismo es falsa. Pero una de dos:

- a) la explicación teórica planteada rebasa los límites de la realidad, por lo tanto, esta situación no es más que mera especulación, o,
- b) quien alza la voz peca de ingenuidad y no acepta que el mundo de los abogados y jueces no es tan perfecto como quisiéramos, pues, si bien la generalidad no pretende abusar de las instituciones tampoco es descabellado asumir que para algunos estas no son más que el vehículo que los lleva a satisfacer sus intereses.

En la vida, según Aristóteles, es preferible ser prudentes. Por lo tanto, debemos asumir que el mundo no está repleto de abogados como McGill (supuestamente buenos) ni tampoco del tipo Goodman (supuestamente malos), sino que se da una diversidad de personalidades que buscan desarrollarse profesional y personalmente conforme a los fines autoimpuestos y por los medios (y aquí es donde tenemos nuestras mayores diferencias) que estiman convenientes.

Pero la necesidad de incluir la moral dentro del mundo el Derecho no se presenta solamente como una imposición de lo que es la vida buena, sino como un aspecto relevante en la formación de profesionales que busca establecer una manera socialmente valiosa de abordar el estudio y la aplicación del Derecho¹⁸. Es cierto que no todos los abogados y jueces observan la ley por considerarla algo importante o valioso¹⁹. Sin embargo, lo que se intenta explicar es lo siguiente: si los operadores jurídicos no ven el Derecho como algo digno de ser

¹⁸ Canto-Sperber, Monique, y, Ogien, Ruwen, *La filosofía moral y la vida cotidiana*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2005, pp. 127 y ss.

¹⁹ Hart, Herbert, *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 112-113.

respetado, no hay *razón jurídica* alguna para esperar que lo apliquen con fidelidad. Por supuesto que las consecuencias de esta situación son terribles. Se podría decir con total propiedad –sin temor a ser acusado de profético– que el día en que los jueces dejen de aplicar el Derecho con cierta reverencia y respeto el Imperio de la Ley se desmoronará sobre sus cimientos. Y quienes hemos visto la película *Troya* (del gran Wolfgang Petersen) sabemos que ya estando adentro de nuestro territorio el enemigo, es cuestión de tiempo para que comience el caos.

4. ¿PUEDE SER EL RESPETO A LA LEY UNA EXIGENCIA JURÍDICA?

De manera superficial se esbozó la siguiente tesis: la exigencia de respeto y fidelidad a la ley es una obligación de índole moral (o de derecho natural) y no estrictamente jurídica-positiva. Por lo tanto, lo que sigue es colocar esta afirmación bajo prueba y ver si es capaz de superar la crítica.

4.1. ¿Qué es una obligación jurídica?

Kant planteó que una obligación era jurídica en la medida que fuera posible una legislación externa para ella²⁰. A simple vista no dice demasiado, pero contiene un núcleo analítico importante, así que vamos por parte.

Para Kant toda legislación (interna o externa) estaba integrada por dos elementos: primero, “una ley que presenta objetivamente como necesaria la acción que debe acontecer”, y, segundo, “un motivo que une subjetivamente el fundamento que determina al arbitrio a la acción con la representación de la ley”²¹. En el caso de la legislación jurídica (o externa), podemos decir que se caracteriza por el hecho de que no es relevante para su obligatoriedad el hecho de que coincidan los motivos que llevan al obrar con la idea de obligación como tal (que para Kant es siempre de naturaleza interna)²². Y la razón es la siguiente: el motivo que une a la obligación jurídica para obrar no está en la interiorización de ella misma como máxima de conducta, sino en el hecho de que puede ser exigida su cumplimiento mediante la *coacción externa*²³. Por otro lado, la legislación ética (o interna) es aquella que, pese a que puede contener obligaciones externas, sus motivos son necesariamente internos: “Lo propio de la legislación ética es, en efecto, realizar acciones sólo porque son obligatorias, convirtiendo

²⁰ Kant, Immanuel, Introducción a la teoría del derecho, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 101.

²¹ Ibidem, p. 53.

²² Ibidem, p. 54.

²³ Ibidem, p. 56.

en motivo suficiente del arbitrio el principio de la obligación, sea cual sea la procedencia de ésta”²⁴.

Por lo tanto, ¿la fidelidad a la ley es un deber jurídico o moral?

4.2. *La ley es la ley versus Los Honorables Jueces.*

Podemos decir que el deber de obediencia o fidelidad a la ley no es una obligación estrictamente jurídica, salvo en aquellos casos en que se sancione la aplicación malintencionada o derechamente torcida de la ley. Sin embargo, podemos ver que la mayoría de los casos que discutimos en teoría del Derecho no son de ese tipo, sino casos difíciles, es decir, donde el juez debe interpretar y asignar un significado a la ley que, para ese caso en específico, no está del todo claro. Posiblemente ante esta situación no tengamos grandes diferencias y casi todos convendríamos que para esta situación es inevitable que el juez ejerza su función discrecional (para alinearme con la jerga positivista), pues la regla en cuestión no le da una respuesta.

Pero seamos más avezados ¿Qué pasaría si aun cuando de la ley se deduce un sentido claro, el juez decide aplicarla en una dirección distinta? Andrés Rosler posiblemente dirá: ¡interpretativismo! Y a lo mejor está en lo cierto. Los jueces –desde una posición positivista– no tienen razón alguna para alejarse de la letra de la ley, salvo en los casos que la propia ley les entregue la facultad de deliberar sobre un punto en específico o, como ya vimos, sea un caso difícil²⁵. En cualquier otro supuesto ya no sería el imperio de la ley, sino el gobierno de los jueces. Sin embargo, pocas veces los teóricos se preguntan lo siguiente: ¿Se puede ser fiel a la ley? (4.2.1) ¿Cuál es la razón que tienen los jueces para ser fieles a la ley? (4.2.2). La primera pregunta se refiere al ámbito práctico del Derecho: la aplicación de la ley por parte de los operadores jurídicos. La segunda pregunta se posiciona en el ámbito individual o interno: la actitud de los operadores jurídicos al momento de aplicar la ley.

4.2.1. *El problema de la concreción legal. Una brevísima explicación.*

Desde Aristóteles sabemos que el razonamiento silogístico llevado al mundo de la práctica genera una serie de problemas²⁶. La ley nunca se podrá aplicar de manera lógica –donde las conclusiones aparezcan como evidentes–, sino que

²⁴ Ibidem, p. 58.

²⁵ Rosler, Andrés, *La ley es la ley*, Buenos Aires, Katz, 2019, pp. 105 y ss.

²⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 1137b.

siempre necesitará de la prudencia y la equidad –ambas virtudes que nos permiten ajustar la ley a la diversidad de casos que acontecen en la vida social. El mundo antiguo comprendió esto a la perfección e incluso no fue tema de gran discusión hasta las postrimerías de la edad media²⁷.

El Derecho moderno, por su parte, intentó solucionar este problema realizando un salto de fe –un lanzarse hacia afuera sin saber si hay tierra firme– con la razón. Sin embargo, el modelo silogístico propuesto por la exegesis no tardó en presentar problemas en su funcionamiento, siendo la primera fisura el reconocimiento de la interpretación como actividad necesaria para el funcionamiento del Derecho²⁸. La ley no podía aplicarse de forma mecánica. El sueño de que la sola letra de la ley bastaba para aprehender su significado y comprender su alcance no fue más que eso, un mero sueño. Como explica el profesor Quintana:

La modernidad ilustrada quiso garantizar una certidumbre total sobre la base de la doctrina de la claridad, que adscribió al lenguaje. Pero los lenguajes naturales son tan sólo signos de probabilidad, que indican una dirección, pero no evitan la equivocidad o polisemia. De lo cual se sigue que un sistema construido sobre la base de un lenguaje exento de equívocos o plurivocidad, es cuando menos ilusorio²⁹.

Debido a la generalidad de los enunciados frente la diversidad de peculiaridades que presentaba la casuística no siempre podía aplicarse la ley de la manera deseada por este movimiento o, si lo hacían, no daba cuenta de la función judicial, la cual debía adaptar las normas en relación con las particularidades de los casos.

Aun así, la tesis del Derecho moderno no es, y nunca lo fue, capaz de solucionar el problema planteado por Aristóteles: cómo limitar el acto de subsumir el caso particular en la regla general. Debido a ello, a partir del siglo XIX en adelante, las teorías positivistas aprendieron a convivir con este problema, relegándolo como un costo que hay que asumir por vivir en un mundo hablado, o sea, que se rige por el lenguaje (siempre impreciso)³⁰. En esta línea, la expresión de Bentham es magistral:

²⁷ Cfr. Carpintero, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

²⁸ Guibourg, Ricardo, Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico, *Anuario de filosofía jurídica y social*, 2006, N° 24, p. 140.

²⁹ Quintana, Fernando. Claridad, certidumbre y ratio en las decisiones judiciales. *Anuario de filosofía jurídica y social*, 2006, N° 24, pp. 190-191.

³⁰ Véase Kelsen, Hans. ¿Qué es el positivismo jurídico? *Rev. de la Facultad de Derecho de México*, 1966, t. XVI, N° 61, p. 142; Cfr. Hart, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

En una línea parecida: Hart, *op. cit.*, p. 159,

Apoyándose sobre el codo, en una actitud de profunda y solemne meditación, el maestro de baile Marcel exclamó: “¡Qué multitud de cosas hay en un minué!” Puedo añadir: “¿Y en una ley?”³¹

Frente a estos problemas reacciona Dworkin y la corriente llamada postpositivista (Alexy, Aarnio y MacCormick)³². Pues, lo que vinieron a hacer no fue invertir el mundo del Derecho, sino simplemente intentar superar un modelo de función judicial que estaba equivocado: los jueces nunca fueron meros autómatas, la ley no era la panacea que el racionalismo creía y los juristas nunca se cansaron de escribir y discutir respecto de su sentido. De hecho, lo que dice el pospositivismo es bastante sencillo: reconocer que el razonamiento judicial no se reduce a la mera subsunción de hechos en reglas, sino que los jueces también realizan otras acciones igualmente de importantes (e inevitables) para la solución de conflicto, es más, muchas de ellas son de tipo valorativas³³.

En esta línea, podemos concluir que la fidelidad a la ley como fidelidad irrestricta a su letra es inviable y, como vimos, las razones se pueden reducir a dos grandes grupos:

- a) Problemas lingüísticos: la ley, al expresarse por medios escritos, siempre está sujeta a interpretación para decidir cuál es su sentido y alcance³⁴.
- b) Problemas de técnica legislativa: necesariamente la ley debe ser general. Esto, por supuesto, genera conflictos interpretativos al momento de decidir si un caso determinando está contemplado en el supuesto fáctico de una norma³⁵.

4.2.2. *La ley es la ley.*

Explicado lo anterior, ¿Qué queda del sueño moderno? ¿Es posible que los jueces sean fieles a la ley? El lema *la ley es la ley* no era una obligación jurídica en el sentido propio de la expresión, sino que se trataba de un principio político que inculcaba en los jueces y abogados el respeto por el nuevo Derecho estatal (que representaba la voluntad soberana, por ende, a ellos mismos)³⁶. Por esa razón

219

³¹ Bentham, Jeremy, Los principios de la moral y la legislación, Argentina, Editorial Claridad, 2008, pp. 317-318.

³² Casamiglia, Abert, Postpositivismo, *Doxa*, 1998, vol. 1, N° 21, pp. 212 y ss.

³³ Aguiló, Josep. Positivism y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*, 2007, N° 30, pp. 665 y ss.

³⁴ Guastini, Riccardo, Teoría analítica del derecho. Estudios, Perú, Zela, 2017, pp. 102-104.

³⁵ Ibidem, p. 99-102.

³⁶ Gascón, Marina, El imperio de la ley. Motivos para el desencanto, *Jueces para la democracia*, 1998, N° 32, p. 28.

Hamilton dijo que el poder judicial, mientras fuera independiente de los otros poderes, era el menos peligroso de todos y que, en virtud de aquello, era el más capacitado para proteger las garantías constitucionales de los embates legislativos³⁷. Ahora bien, esto no negaba la facultad interpretativa de los jueces –de hecho, Hamilton les entrega a los tribunales la atribución para determinar el sentido de la Constitución–, sino que intentaba limitarla por medio de una moral, a saber, la que es propia del hombre de Estado; aquel que respeta y valora las instituciones en sí mismas y no necesita de ninguna razón en particular para hacerlo, pues, su vocación pública es más que suficiente. Es evidente que siempre está el peligro de que los jueces se excedan en el ejercicio de sus funciones y que algunos abogados intenten beneficiarse de manera ilícita del sistema, sin embargo, no es una discusión que debamos establecer en términos de positivismo/interpretativismo (pues, para estos efectos agrega poco o nada a la discusión), sino si acaso los operadores jurídicos tienen razones morales para ser fieles al Derecho o no. Y esta debacle necesariamente implica tomar posición respecto a la inclusión de la moral en el Derecho en el sentido aquí desarrollado. Aquí se pueden generar tres posiciones respecto al tema en cuestión:

- a) La concepción integradora (en sentido fuerte): Es aquella posición que considera que una actitud y valoración positiva de parte de los operadores jurídicos hacia el Derecho es indispensable para el funcionamiento de este. En consecuencia, el Derecho solo funcionará correctamente en aquellos casos en que los operadores jurídicos ejerzan sus roles (el juez como juzgador, y, los abogados como partes que controvierten el asunto) de buena fe.
- b) La concepción de la indiferencia: Es aquella posición que considera que la actitud y valoración que tengan los operadores jurídicos del Derecho es irrelevante para el funcionamiento de este. El Derecho puede funcionar igual de bien o mal en cualquiera de los dos casos.
- c) La concepción ecléctica: es aquella que considera que, si bien el Derecho puede funcionar –es decir, satisfacer los objetivos para los que fue instituido– sin una necesaria valoración positiva por parte de los operadores jurídicos. Sin embargo, para un mejor desarrollo de la justicia es indispensable que jueces y abogados ejerzan sus deberes con el mayor compromiso posible y con absoluto respeto de la legalidad. Sólo así el

³⁷ Hamilton, Alexander, Madison, James, y, Jay, John, *El federalista*, México, FCE, 2001, pp. 331 y ss.

Derecho deja de ser una mera técnica social y se convierte en un garante de la seguridad jurídica, la paz social y la justicia.

Dicho esto, podemos agregar lo siguiente: si la función judicial pretende mantenerse hermética a la contingencia política y seguir siendo fiel a la ley, no puede hacer otra cosa que entender el Derecho como algo que es valioso en sí mismo y que merece ser aplicado con el mayor apego a su letra. Y, se quiera o no, esto es una posición moral (incluso política), no jurídica (en los términos positivistas). Ella obliga en el foro interno y por medio del remordimiento. Pues, aún no vemos jueces encarcelados por el hecho de interpretar la ley de manera novedosa y atípica.

¿Afecta en algo al Derecho lo que acabamos de decir? Posiblemente. Después de todo, es inherente a la *funcionalidad* del Derecho la necesidad de contar con un grado de valoración por parte de los operadores jurídicos y la sociedad toda. No se trata de hacer justicia sin ley, sino de recordar que la justicia por medio de la legalidad requiere de personas que estén dispuestas a hacer respetar la ley (concepción ecléctica). Esto no es nuevo, el propio Kant –un moderno por antonomasia– planteó que todo Derecho que se reduzca a su mera positividad necesitará de alguna ley natural –obligaciones cuya vinculatoriedad se acepta en conciencia– que nos permita justificar la obediencia al legislador³⁸.

5. REFLEXIONES FINALES

La contraposición que se da en la serie es bastante interesante. Pues, note usted que Saul Goodman generalmente no triunfa por sus avezadas capacidades como litigante o sus profundos conocimientos del Derecho, sino por sus artimañas y configuraciones de la prueba. En otras palabras, lo que cambia no es el Derecho ni su comprensión asentada dentro de la comunidad jurídica, sino que ajusta los hechos a sus pretensiones.

Chuck McGill, es todo lo opuesto. La ley es algo valioso en su vida. Es ella quien establece las reglas del juego, por lo tanto, no busca caminos fáciles o intermedios. Sabe que en el estudio y la reflexión está la clave. En el caso contra *Sandpiper Crossing* esta dualidad queda patente: mientras Chuck prefiere abrir viejos y polvorientos libros de recopilaciones jurisprudenciales, por otro lado, Saul se esfuerza por buscar pruebas por todos los medios (lícitos e ilícitos) posibles.

³⁸ Cfr. Kant, *op. cit.*, pp. 67-68.

Pero, lo que nos transmite *Better Call Saul!* es algo más profundo. Lo que nos quiere decir es que el imperio de la ley, sin una cultura jurídica respetuosa del Derecho, es una quimera³⁹. El Derecho positivo, en tanto forma, ve vulnerado todos los valores que puede llegar a representar si los operadores jurídicos ven la legalidad como un simple medio para satisfacer pretensiones particulares. Esto no es un simple déficit de la ética profesional, sino también se debe a las limitaciones de la ley. Si el Derecho pretende erigirse como algo más que un simple orden normativo respaldado por el uso de la fuerza los iusfilósofos no pueden dejar de lado la tarea de explicar por qué los operadores jurídicos tienen la obligación de aplicar de buena fe el Derecho. Como dijera Eduardo Couture en su célebre *Mandamientos del abogado*: “Cada abogado, en su condición de hombre, puede tener la fe que su conciencia le indique. Pero en su condición de abogado, debe tener fe en el derecho”⁴⁰.

De las reflexiones anteriores se deduce una manera distinta manera de observar la relación entre Derecho y Moral. La teoría de Derecho siempre se refiere a esta relación en ámbitos como la práctica judicial o en el estudio de las fuentes del Derecho. Sin embargo, pocas veces pone atención a lo relevante que es contar con profesionales que consideren a la ley como algo digno de ser respetado. De esta actitud hacia el Derecho dependerá si, por ejemplo, el juez se desvía grotescamente de la letra o el abogado litigará de buena fe. Es cierto que en algún sentido es una obligación jurídica (existe el delito de prevaricación y otras medidas que nos permiten evitar la afectación de la imparcialidad en la aplicación del Derecho), pero ante todo es un deber moral⁴¹. En consecuencia, si nadie está dispuesto a acatar la ley, sino que todos nos dedicamos a buscar maneras de torcer su sentido y alcance, los fines que aspira alcanzar el Derecho (seguridad jurídica, paz social y justicia) dejan de importar, pues entramos en el mundo del todo *sirve* y nada *vale*.

¿Qué podemos sacar de todo esto? Quizá no sea mucho, pero al menos nos deja una lección: quisiéramos que el Derecho funcionara con abogados y jueces que se inspiren en Chuck McGill. Profesionales que respeten el Derecho, que discutan con argumentos e interpretaciones coherentes y consistentes con nuestra tradición jurídica. Queremos licenciados que se dediquen a profundizar y esclarecer el sentido de la ley mediante el estudio acabado y responsable de nuestra

³⁹ Laveaga, Gustavo, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM, 2000, pp. 44 y ss.

⁴⁰ Couture, Eduardo, *Mandamientos del abogado*, México, UNAM, 2003, p. 17.

⁴¹ La Legalidad como principio perteneciente a la moral interna del Derecho la rescato (literalmente, pues pareciera haber quedado en el olvido) de la extraordinaria obra de Lon Fuller. Véase: Fuller, Lon, *La moral del derecho*, Chile, Instituto de estudios de la sociedad, 2019, pp. 42 y ss.

legislación, su historia y su jurisprudencia. Pero, para ser sinceros, siempre existirá la posibilidad de que aparezca algún sujeto sin escrúpulos, alguien que con trampas y manipulaciones esté dispuesto a tergiversar toda la naturaleza de la justicia y el Derecho. Si eso sucede, debemos estar preparados para un enfrentamiento arduo y demoledor; pero, si quiere evitarse problemas y dejar que otro se encargue de este tipo de casos, usted ya sabe que debe hacer: *Better Call Saul!*

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep. Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*, 2007, N° 30.
- Aristóteles, Ética a Nicómaco, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Bello, Andrés, Obras completas, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, Vol. IX, 1885.
- Bentham, Jeremy, Los principios de la moral y la legislación, Argentina, Editorial Claridad, 2008.
- Canto-Sperber, Monique, y, Ogien, Ruwen, La filosofía moral y la vida cotidiana, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2005.
- Carpintero, Francisco, Historia del derecho natural. Un ensayo, México, UNAM, 1999.
- Casamiglia, Abert, Postpositivismo, *Doxa*, 1998, vol. 1, N° 21.
- Cicerón, Marco tulio, La República y las leyes, España, Ediciones Akal, 1989.
- Couture, Eduardo, Mandamientos del abogado, México, UNAM, 2003.
- Finnis, John, Estudios de teoría del derecho natural, México, UNAM, 2017.
- Fuller, Lon, La moral del derecho, Chile, Instituto de estudios de la sociedad, 2019.
- Gascón, Marina, El imperio de la ley. Motivos para el desencanto, *Jueces para la democracia*, 1998, N° 32.
- Guastini, Riccardo, Teoría analítica del derecho. Estudios, Perú, Zela, 2017.
- Guibourg, Ricardo, Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico, *Anuario de filosofía jurídica y social*, 2006, N° 24.
- Hamilton, Alexander, Madison, James, y, Jay, John, El federalista, México, FCE, 2001.
- Hart, Herbert, El concepto del Derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- Hobbes, Thomas, Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Kelsen, Hans, ¿Qué es el positivismo jurídico? *Rev. de la Facultad de Derecho de México*, 1966, t. XVI, N° 61.
- Kant, Immanuel, Introducción a la teoría del derecho, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.
- Latorre, Ángel. Introducción al Derecho, España, Ediciones Ariel, 1969.
- Laveaga, Gustavo, La cultura de la legalidad, México, UNAM, 2000.
- Locke, John, Segundo tratado sobre el gobierno civil, Chile, Liberalia Ediciones, 2016.
- Platón, Las leyes, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- Quintana, Fernando. Claridad, certidumbre y ratio en las decisiones judiciales. *Anuario de filosofía jurídica y social*, 2006, N° 24.

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

- Robespierre, Maximilien, Libertad, igualdad y fraternidad, Argentina, Longseller, 2005, Argentina.
- Rosler, Andrés, La ley es la ley, Buenos Aires, Katz, 2019.
- Schmitt, Carl, Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1996.
- Smith, Adam, Lecciones sobre Jurisprudencia, Granada, Editorial Comares, 1995.

El impacto del control del delito en las mujeres indígenas*

The impact of the control of crime on indigenous women

Juliana Vivar Vera**

RESUMEN

El presente artículo analiza el funcionamiento del sistema de justicia penal en las mujeres indígenas. La autora reflexiona críticamente sobre la contraposición del sistema penal con la cosmovisión de las mujeres indígenas desde la comprensión del delito, las vulnerabilidades sociales y el impacto del sistema penal. La autora propone una reconfiguración de la comprensión de la vida digna de las mujeres a partir del pensamiento decolonial para una actuación estatal pluricultural y con enfoque especial y diferenciado en cosmovisión y perspectiva de género.

PALABRAS CLAVE

Sistema de justicia penal, perspectiva de género indígena, vulnerabilidades sociales, violencia estatal, pluriculturalidad, delito.

ABSTRACT

This article analyzes the performance of the criminal justice system in indigenous women. A critical reflection is made on the opposition of the penal system with the worldview of indigenous women from the understanding of crime, social vulnerabilities and the impact of the penal system and a reconfiguration of the understanding of a dignified life of women is proposed based on of decolonial thought for a pluricultural state action with a special and differentiated focus on worldview and gender perspective.

KEYWORDS

Criminal justice system, indigenous gender perspective, social vulnerabilities, state violence, multiculturalism.

*Artículo de investigación postulado el 26 de junio de 2021 y aceptado el 22 de noviembre de 2021

**Profesora de planta en la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Puebla, México. (jvivarv@tec.mx) orcid.org/0000-0002-8759-9938

SUMARIO

1. Introducción
2. Comprensión del delito. La voz apagada de la letra escrita
3. Violencia interseccional como potenciadora de la violencia institucional
4. El control del delito en la mujer indígena
5. Rechazo femenino indígena a la violencia estatal
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El control del delito como una de las funciones de la rectoría estatal, impacta de forma significativa a las mujeres indígenas que enfrentan al sistema de justicia penal, puesto que la cosmovisión pluricultural y la visión occidentalizada no coinciden para la realización de la justicia penal y, por tanto, victimiza a las mujeres indígenas en grado mayor que al resto de personas. El sistema de justicia penal contempla un esquema diferenciado para las personas indígenas, sin embargo, la formalidad legal se contrapone con la capacidad institucional para el funcionamiento del sistema que al mismo tiempo debe respetar derechos humanos. La comprensión del contexto indígena es ajena al diseño estatal, más aún cuando se trata de las mujeres, desde el significado delictivo, la interseccionalidad de vulnerabilidades para actuar con perspectiva de género y la sensibilidad y entendimiento de las dinámicas pluriculturales que no están presentes en la actuación de las instituciones de justicia penal ordinaria, lo que constituye un atentado a la dignidad de las mujeres indígenas y por supuesto la vulneración de sus derechos humanos.

El objetivo del presente artículo es analizar la situación de las mujeres indígenas que enfrentan al sistema de justicia penal y la actuación de éste en la atención diferenciada y especial con perspectiva de género y cosmovisión indígena para cumplir con su función de control del delito.

Para lograr el anterior objetivo, se analiza en un primer apartado la comprensión diferenciada del delito como conductas que implican dinámicas cotidianas derivadas de usos y costumbres con roles de género entendidos, pero que son descritas legalmente bajo los contextos de violencia occidental; en un segundo apartado, se muestran las vulnerabilidades que enfrentan las mujeres indígenas y que la hacen mayormente sensible al embate del sistema de justicia penal; con ello se da paso a que en un tercer apartado se reflexione de forma crítica la

revictimización que realiza este sistema penal en las mujeres indígenas; y en un último punto, se propone una reconfiguración de la actuación estatal a partir de la comprensión de la vida digna de las mujeres indígenas y por tanto de sus derechos humanos desde su propia óptica originaria.

2. DERECHOS INDÍGENAS FRENTE A LA JUSTICIA ESTATAL. UN DEBATE REGIONAL

El contexto de diversidad cultural a través de los principios de pluriculturalidad, libre determinación y autonomía, no ha logrado una comprensión institucional en la región de América Latina y el efecto globalizador se materializa en las limitaciones legales de los Estados a las prácticas tradicionales que representan ritualidades simbólicas de los pueblos y comunidades indígenas. María Teresa Sierra apuesta por la interlegalidad como forma para reconocer las necesarias conexiones que construyan diálogos interculturales en donde los sistemas jurídicos puedan enriquecerse mutuamente y transformarse que vaya más allá del limitado pluralismo jurídico aditivo¹.

La interlegalidad no es una realidad desde que no se efectúa la interculturalidad. En la experiencia amazónica ecuatoriana por ejemplo, se observa una brecha en el ejercicio de la justicia penal y las actividades tradicionales, por ejemplo la cacería relacionada con ritualidad, la cual se encuentra penada bajo el rubro “delitos contra la flora y la fauna”².

Esta evidente contradicción afecta aún más cuando las funciones latentes del Estado no coinciden con las declaradas pues como también sucede en Colombia, el Estado vulnera derechos humanos de las personas indígenas con el fenómeno protección-extinción, en que se destruye el arraigo de dichas comunidades al introducirse nuevas creencias o romper con sus paradigmas de vida a pesar de ser partícipe del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y tribales, aunque la justificación de intervención estatal a la autonomía indígena sea en ocasiones porque las prácticas tradicionales atenten contra los propios derechos de quienes habitan en la comunidad, como fue el caso del noreste boyacense con la comunidad indígena u'wa, en la que el nacimiento en partos múltiples era una

227

¹ SIERRA, MARÍA TERESA, “Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 41, p. 26. [Consulta: 26 de septiembre, 2021]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-11.pdf>

² NARVÁEZ, ROBERTO ESTEBAN, “La justicia en un Estado plurinacional con garantismo penal: interculturalidad en ciernes”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 34 (julio-diciembre 2020). [Consulta: 26 de septiembre, 2021]. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1465>

maldición para la comunidad y por ende los frutos de ese alumbramiento debían ser ofrecidos en sacrificio al dios de la tierra, situación ante la cual los entes estatales accionaron recurso de amparo para proteger la vida de los menores lo que generó inconformidad por parte de la comunidad indígena y llevó a romper el diálogo intercultural y la convivencia con los representantes estatales.³

Estas funciones latentes del Estado que vulneran derechos de las personas indígenas, afectan en mayor medida a las mujeres indígenas por la violación de los derechos de sus comunidades y pueblos, de las malas políticas indigenistas de los gobiernos provinciales y nacionales, de los proyectos neoextractivistas que afectan a sus comunidades y de la misoginia de las dirigencias indígenas. Por ello, las mujeres que se autoadscriben como indígenas y son víctimas de estas prácticas estatales, se unen en colectivos para exigir sus derechos de forma tal a sus propias cosmovisiones tal como el colectivo argentino denominado “Movimiento de Mujeres Indígenas por el Buen Vivir”, cuya política de identidad se basa en hacerse visibles en la esfera pública -especialmente en el movimiento de mujeres y disidencias- como “mujeres indígenas” con problemáticas específicas por su condición de clase y de género racializada e invisibilizada en los marcos hegemónicos. Pero también hacen “política de la identidad” cuando se proponen “recuperar sus identidades originarias” mediante un proceso de descolonización que conlleva la recuperación y/o visibilización de prácticas basadas en saberes y tradiciones de sus familias y pueblos que fueron negados, prohibidos o clandestinizados, muchas de las cuales persistieron en espacios rurales y urbanos.⁴

Este es el marco por el que transita la justicia estatal, los derechos indígenas y en particular los de las mujeres, cuya afectación diferenciada es ajena incluso a los marcos legales y sociales feministas cuyos conceptos no necesariamente coinciden con la cosmovisión que se centra en tradiciones milenarias y que la singularidad de la cultura se impone al reduccionismo impositivo estatal que debería centrarse en reconocer feminismos periféricos distintos a los occidentales que logren una fusionalidad vivida y recreadora de nuevas subjetividades y posibilidades políticas.⁵

³ HIGUERA, DIEGO MAURICIO, “Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano: el caso de la reinterpretación del mito en el diálogo intercultural u'wa”, en *Via Iuris*, No. 25, Julio 16, 2018, pp. 11-32, [Consulta: 02 de noviembre, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/31JkaI2>

⁴ GÓMEZ, MARIANA DANIELA, “Desde los márgenes de la (pluri)nación: Movimiento de Mujeres Indígenas por el Buen Vivir”, en: *Zona Franca. Revista De Estudios De género*, No. 28, diciembre 2020, pp. 136-174, [Consulta: 02 de noviembre, 2021], Disponible en: <https://doi.org/10.35305/zf.vi28.174>

⁵ MEDINA, ROCÍO, “Feminismos periféricos, feminismos-otros: una genealogía feminista Decolonial por reivindicar”, en *Revista Internacional De Pensamiento Político*, No. 8, octubre 16, 2018, pp. 53-79. [Consulta: 16 de octubre,

3. COMPRENSIÓN DEL DELITO. LA VOZ APAGADA DE LA LETRA ESCRITA

El principio de fragmentariedad significa que, a partir de la multiplicidad de conductas, el Estado selecciona las más graves para ser punibles, lo cual al momento de relacionarla con la ley en el “hecho que la ley señala como delito”, se verifique la exacta aplicación de la ley penal, es decir, la tipicidad de la conducta. Este dogmatismo que luego se sigue con el análisis de la conducta en la teoría del delito, Zaffaroni lo considera como un proceso de criminalización primaria⁶. En lo efectivo que debería representar tal selección, la realidad es que el sistema de justicia penal inicia su funcionamiento con el conocimiento de esas conductas, actualmente en México con el 7.6% tomando en cuenta la cifra negra de los delitos que ocurren en la sociedad.⁷

El sistema de justicia penal tiene aplicación en la totalidad del territorio nacional que incluye a los pueblos indígenas. En su cosmovisión, la interpretación de los delitos tiene sesgos derivados de usos y costumbres que vale destacar como elementos diferenciadores de justicia y que la categoría de género, implica los marcados roles que dan significado a sus conductas.

En el estudio empírico realizado por Lorenzo López a través de la técnica de entrevista, es posible desprender la interpretación que de acuerdo a su cosmovisión otorgan a algunos delitos que constituyen violencia de género a la mujer:

Violencia familiar: Maltratar a la pareja o hijos no está permitido, pero se da. Normalmente, el hombre pega a la mujer, pero también hay casos que la mujer maltrata al marido, le dice que no sirve para nada, que no sabe hacer nada, que no aguanta cargar, que es muy lento, le tira cosas y dice groserías... Entonces, el mismo procedimiento: el marido es encarcelado un rato, después es sacado para resolver el caso y debe pagar su multa. Como autoridad, debemos escuchar a ambas partes para poder darle la razón a una de ellas. Algunos hombres se justifican diciendo que su mujer no los atiende, no los respeta o contesta. Llegados a ese punto, se valora y si los dos tienen la culpa, si es así, ambos son castigados y aconsejados, pero si por ejemplo son demasiados los golpes, la multa y las medidas son drásticas, por eso todos los casos son analizados y valorados, y de acuerdo con la gravedad se sanciona. Si es mucha la violencia, puede darse el caso de la separación y mientras tanto, el marido es

229

2021]. Disponible en: <https://bit.ly/30ksq0M>

⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho Penal, Parte General*, 2a. ed., Argentina, Ediar, 2006, p. 10.

⁷ INEGI, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, (ENVIPE) 2020*. [Consulta: 16 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3wPQLXk>

castigado con varios días de cárcel.” ... “abuso sexual: Se toma como ofensa para la mujer cuando un hombre la abraza o intenta abusar de ella, o bien con solamente decir piropos o por una mirada muy insistente, pues se cree que el hombre va más allá de lo que está diciendo y actuando, todo ello amerita una multa, dependiendo de la gravedad del caso... El abuso sexual: Se toma como ofensa para la mujer cuando un hombre la abraza o intenta abusar de ella, o bien con solamente decir piropos o por una mirada muy insistente, pues se cree que el hombre va más allá de lo que está diciendo y actuando, todo ello amerita una multa, dependiendo de la gravedad del caso. Por eso las mujeres no pueden mostrar las piernas. En caso que una mujer incite o se vista de modo provocador, es justificable la falta de respeto del hombre y es menor la multa o a veces no se sanciona.⁸

Puede observarse la relación sexo-genérica en la convivencia, el hombre realiza labores por su fortaleza física y la mujer conforme al cuidado del hogar. El nombre del delito es indistinto en la descripción exacta de elementos objetivos, normativos y subjetivos que pudiera contener el tipo penal, por ejemplo en la violencia familiar que es comprendida como una agresión física principalmente del hombre a la mujer; por otro lado, la mujer debe cumplir el rol de esposa y respetar al hombre por su rol de jefe de familia; la mujer en general es respetada al punto de que incluso una mirada se interpreta como dañosa y es por ello que es tomada en cuenta la víctima propiciatoria como una forma de provocación a la conducta. Estas concepciones de usos y costumbres, si bien muestran roles marcados, no representan por sí mismas violencias de género.

Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al pronunciarse sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia, establece que los derechos a la igualdad y no discriminación, y a la integridad y dignidad personales, constituyen límites válidos a la aplicación de normas de derecho consuetudinario o indígena, suponiendo ciertas prácticas que podrían constituir delitos:

...Esta protección –expresada mediante las normas penales que sancionan las relaciones sexuales coercitivas– es consecuencia del derecho de niñas, niños y adolescentes a la igualdad y a la no discriminación, a la integridad y dignidad

⁸ Pregunta a Felipe Pérez Hernández. Ex Agente Auxiliar Municipal del paraje Yanch'en, San Juan Cancuc Chiapas, en entrevista en idioma español. Véase LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, pp.146-147.

personales, así como a una vida libre de violencia. Estos derechos constituyen, en términos del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, límites válidos a la aplicación de normas de derecho consuetudinario indígena.⁹

Los prejuicios a las prácticas indígenas suelen traducirse a un derecho penal de actor sectorizado, en el ejemplo claro de la conducta de venta de mujeres o matrimonios forzados en niñas y adolescentes que constituyen en la descripción delictiva una de las modalidades del delito de trata de personas de acuerdo al artículo 28 de la Ley General para Prevenir y Erradicar los delitos en materia de Trata de Personas. Por tal motivo es que la Relatora Especial de la ONU, se pronunció en 2015 sobre poner fin al matrimonio infantil con medidas eficaces desde cambiar el nombre a “matrimonio forzado de niñas”¹⁰, porque representa una conducta coaccionada que atenta contra la libertad de decisión de la niña la cual no se encuentra disponible por efecto de la edad legal para ser concedida. Por su parte, Norma Carolina advierte que no debe generalizarse esta idea como práctica en todas las comunidades indígenas puesto que:

...existen prácticas como el pago de dote, el matrimonio con el violador, la poligamia, la venta de las novias, entre otras, estas no se producen en los más de 400 pueblos indígenas de México, y no todas las prácticas constituyen uniones forzadas en las que hay un pago de dinero y la voluntad de las mujeres no es tomada en cuenta. En la llamada “dote”, la entrega de alimentos es más simbólica y posterior al acuerdo libre y consentido de ambas partes. Algunas de estas tradiciones, pueden resultar ajenas desde una perspectiva occidentalizada que no dista de las tradiciones matrimoniales de occidente, en la que el novio tiene que obsequiar un costoso anillo de compromiso a la novia o bien, que en algunos países el costo total de la boda la absorba una sola familia. Y es que la mayoría de las tradiciones en torno al matrimonio y a la familia, en cualquier sociedad, están impregnadas de prácticas patriarcales.¹¹

⁹ Tesis: 1a. CCC/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, página 298.

¹⁰ NACIONES UNIDAS, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 19 de abril de 2016. [Consulta 22 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3qjUI9K>

¹¹ ORTEGA, NORMA CAROLINA, *Matrimonios forzados en comunidades indígenas mexicanas: ¿tradición cultural o violencia de género?*, Tesis depositada para el grado de doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, mayo de 2019.

JULIANA VIVAR VERA

Esta concepción es más cercana a la opinión que tienen las comunidades de Chank'olom y San Juan Cancuc, donde niegan la existencia de venta de mujeres y aclaran el respeto y cuidado en sus prácticas:

No existe venta de mujeres en San Juan Cancuc, esto se malinterpreta. El pago se da como concepto de lo que se gastaría en la comida; por ejemplo, refrescos y todo lo necesario para una fiesta. Cuando la muchacha no quiere decir quién la embarazó, el Agente Rural prácticamente la obliga a decir la verdad. El papá es quien llega a la Agencia a quejarse, entonces se le pregunta a la muchacha hasta que diga quién es el papá. En casos extremos, en su casa, el papá la golpea con el cinturón para que diga la verdad, y ya cuando se sabe, se hace el mismo procedimiento... Aquí no se puede vender a la mujer, no hay venta de mujeres, si alguien dice eso, a lo mejor se quedó en el pasado, pues hace como 50 años dicen que se podía agarrar a la mujer pidiéndole permiso al agente o escribano, o bien, existía el choren (pedir a la mujer) que consistía en pagar un año por la mujer, es decir, el hombre se quedaba en casa de la joven un año para trabajar con el suegro en la cosecha y al terminar podían irse a la casa de los papás del muchacho o hacían su casa en otra parte, entonces, el suegro le daba al joven una parte del maíz y frijol que habían cosechado, para que la pareja pudiera subsistir. Tal vez en la ciudad dicen tantas cosas acerca de nosotros los indígenas, pero eso es porque no conocen en verdad la realidad que vivimos, nuestras formas de convivir, nuestros antepasados y abuelos, todo tiene su motivo, su razón de ser, por qué vivieron así, fueron muy inteligentes. Los mestizos también tienen sus costumbres, de las cuales muchas de ellas no nos gustan y vienen a dar malos ejemplos...¹²

Así, si bien es cierto que las prácticas indígenas en ciertas comunidades merecen atención de la educación en igualdad de género, también las dinámicas occidentales donde pareciera que el conocimiento de la ley es más cercano, tienen carencias en este sentido y la violencia contra las mujeres y niñas es exacerbada¹³.

¹² Respuestas de Miguel Hernández Sántiz, Presidente del Comisariado de Bienes Comunales, Diego Cruz García, Presidente del Consejo de Vigilancia de San Juan Cancuc y de Juan Sántiz Gómez, Agente Auxiliar Municipal de la comunidad, a la pregunta ¿Qué opinan en cuanto a la venta de mujeres en las comunidades indígenas? LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, pp. 139,159.

¹³ De enero a mayo se contabilizan un total de 44,546 víctimas mujeres y un aumento significativo por año en el delito de feminicidio. Véase Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad y Protección Ciudadana, pp. 11 y 13. [Consulta: 24 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3dhzVJb>

El comparativo es justificado a partir de que debe desmitificarse que la sociedad occidentalizada ha definido su normatividad e instituciones y por ello las relaciones sociales son conforme a derecho.

La perspectiva masculina de los entrevistados, clarifica la concepción de roles donde el hombre toma la carga económica para solventar la manutención de la mujer, la cual debe seguir un parámetro de comportamiento determinado. La obligación para ambos se presenta posterior al acto consentido. En el delito de trata de personas referido previamente, la falta de voluntad es lo que detona la conducta sancionada, porque contraviene la libertad como principio de la dignidad y es por ello que las descripciones delictivas en el sistema jurídico mexicano, constituyen uno de los mecanismos de control y garantía de los derechos humanos, las cuales en su comprensión y complejidad, han tenido un avance paulatino que aún en las sociedades occidentales de donde devienen existen resistencias, más aun cuando se trata de prácticas consuetudinarias originarias de origen patriarcal o matriarcal con significados ajenos a los occidentales que se invaden con ideologías que parecerían deformarlas. Los roles en femenino y masculino en las comunidades indígenas son interiorizadas por generaciones y se asumen como funcionales, la amenaza del castigo entonces, es una imposición coactiva a dichas costumbres, ajena y despersonalizada, contrario al sentido humano individualizado de los derechos humanos.

Es claro que las sociedades conservan una tradición y por ello es que la Constitución reconoce en su artículo segundo una nación pluricultural que invita al respeto de cada cultura, incluyendo aquella donde el mestizaje dio un rumbo distinto, de tal forma que cada una tiene oportunidad de criticar para autoreformarse. Puesto que esto no se realiza, sucede que aún con la existencia del mecanismo represivo de conductas, tanto en las comunidades indígenas como en las occidentales, las practicas dañosas a la mujer están presentes y con la pandemia de COVID-19 se evidenció el grado tan alto de violencia familiar que forma parte de la cifra negra y que evidencia que la convivencia familiar se ve afectada por la violencia de género donde la subordinación de la mujer al hombre la vulneraliza dentro del hogar, pero también fuera de él puesto que “el riesgo se ve agravado por menos intervenciones policiales; el cierre de tribunales y el acceso limitado a la justicia; el cierre de albergues y servicios para víctimas, y la reducción del acceso a servicios de salud reproductiva.”¹⁴

¹⁴ NACIONES UNIDAS, Convocatoria de presentaciones: COVID-19 y el incremento de la violencia doméstica contra las mujeres. [Consulta: 18 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/2Sr8SEg>

JULIANA VIVAR VERA

A diferencia de la sociedad occidental, en los pueblos indígenas el arraigo de costumbres y tradiciones, conlleva a su respeto, por tal motivo, los cambios legislativos no tienen sentido si no simbolizan la identidad cultural. La simpleza lógica interpretativa del delito tiene representación en la justicia conforme a sus dinámicas y por tanto la buena práctica de sus roles. Esta hermenéutica tiene significado de comprensión más que de entendimiento, es decir, no sólo como proceso interhumano, sino como un hecho lingüístico incluso cuando se dirige a algo extralingüístico o escuchamos la voz apagada de la letra escrita, un hecho lingüístico del género de ese diálogo interno del alma consigo misma¹⁵. Los delitos por tanto son categorías hermenéuticas de comprensión interiorizadas que pueden estar contrapuestas con el principio de exacta aplicación de la ley penal, y por tanto el de “El desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento”, no resultando así suficiente el intento legal y doctrinal de protección al miembro de la comunidad indígena de apelar por la excluyente de inculpabilidad en error de prohibición invencible, por la carga de acreditarse, lo que algunos llaman “defensa cultural.”¹⁶ Así, el rol de la mujer en las comunidades indígenas, tiene motivos tradicionales de significado profundo y complejo de valores comunales y familiares de cuidado, y donde los derechos de las mujeres indígenas deben interpretarse acorde a dichos valores y no conforme a la práctica última visible calificada por la ley como delito, puesto que “Dentro de la comunidad indígena todo acto que atente contra los valores elementales del ser humano es considerado antisocial y merece una sanción. Las costumbres no enseñan prácticas antisociales, ya que están fundamentadas por principios y valores éticos que velan por el respeto de cada uno de los habitantes.”¹⁷

3. VIOLENCIA INTERSECCIONAL COMO POTENCIADORA DE LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

A partir de la medida de aislamiento en los hogares, derivado de la pandemia COVID-19, la violencia doméstica se ha intensificado visibilizando los 5 tipos de violencia que sufre la mujer y detallados en el artículo 6 de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que desde tiempo atrás constituyen una dinámica normalizada por estereotipos y roles de género en muchas

¹⁵ GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método II*, trad. de Manuel Olasagasti, España, Ediciones Sígueme, 1998, p. 181.

¹⁶ LÓPEZ, EDUARDO Y FONSECA, ROBERTO CARLOS, “El derecho penal frente a la interculturalidad en México”, en *DIKE, Revista de investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría Jurídica*, No. 18, 2015, pp. 19-40. [Consulta: 26 de septiembre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/3yZ9nWy>

¹⁷ LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 196.

familias de México. Este momento de aislamiento representa una oportunidad para evitar que, al pasar la pandemia, la dicha dinámica continúe y sea aún más dañosa, aumentando así los índices de violencia familiar y feminicida. Es de atención inmediata que se logre transformar las relaciones familiares para su propio bienestar y servirá de base para la transformación social y económica del país para el logro del objetivo de igualdad de género como uno de los propuestos en la agenda 2030 en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ¹⁸. Por otro lado, se ha demostrado que el aumento de penas como medida reactiva no ha funcionado para la eliminación de la violencia de género, por ello es preciso que se atienda una política preventiva de inclusión de la postura de nuevas masculinidades a partir de la cultura de paz y cuidado como base epistémica

Las mujeres indígenas experimentan una violencia interseccional que potencia la desigualdad, incluso respecto a los miembros varones de las comunidades indígenas que no necesariamente tiene su causa en los usos y costumbres sino en la desigualdad de condiciones en la sociedad, en el aislamiento marginado de pobreza y exclusión en todos los ámbitos de la vida cotidiana como lo reconoce el Programa Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024 y el reporte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y que de acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, con la pandemia de la COVID-19, el Estado mexicano enfrenta desafíos importantes en salud, educación, ingreso y en materia de género, como retos de carácter histórico y estructural para cerrar las brechas de desigualdad como la tecnológica y digital¹⁹. Asimismo, los mecanismos de visita in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la creación del informe “Las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas”, destaca las diversas formas de discriminación a las mujeres indígenas como su derecho a acceder a la justicia y a vivir sin violencia, pero al mismo tiempo propone principios para la acción como el enfoque holístico, la interseccionalidad, la autodeterminación, reconocerlas como actrices empoderadas, la incorporación de sus perspectivas, la indivisibilidad, la dimensión colectiva y la participación activa de las mujeres indígenas en todos los procesos que influyen en sus derechos, lo cual asegura la obligación estatal de protección al derecho a un nivel de vida adecuado de acuerdo al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁸ UNWOMEN, *Turning promises into action: Gender equality in the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2018, [Consulta: 19 de septiembre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/35PHuTr>

¹⁹ PNUD. Desarrollo Humano y COVID-19 en México: Desafíos para una recuperación sostenible, 14 de julio, 2020. [Consulta: 5 de febrero, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3wb3V00>

Las características especiales relacionadas con la etnia, economía, aspectos como el sexo, los procesos de racialización, las relaciones interétnicas discriminatorias, la discapacidad y las desigualdades territoriales, a menudo se combinan para colocar a las mujeres y niñas indígenas en una situación de extrema vulnerabilidad a las cuales, con el COVID-19, se suman otras vulneraciones de derechos, como la falta de acceso a servicios de salud integral, incluida la salud sexual y reproductiva, la discriminación y la violencia estructural, tanto por motivos de género como de pertenencia étnica, así como otras barreras en el acceso a los servicios de protección social y cuidados, acceso a la justicia, educación y fuentes de empleo dignas²⁰

El compuesto de afectaciones, construyen etiquetamientos sociales negativos que dan paso a la violencia social como control informal que luego retoma el control estatal para “subsanaarla” con los mecanismos a su cargo; sin embargo, las instituciones del Estado pretenden proteger sus derechos con el sesgo del desconocimiento de la cosmovisión indígena y por tanto invadidas de estereotipos discriminatorios derivados de la vulnerabilidad que el propio Estado propició con una condición cultural arbitraria de maldesarrollo y por tanto de violencia estructural, todo ello aunado a las conductas individuales, aceptadas y validadas colectivamente que inciden en el ejercicio práctico de desigualdad sustantiva de las mujeres.

El empoderamiento para el protagonismo femenino indígena permite la igualdad con lo masculino en su propia subjetividad y en la forma de comunicarse con las personas y con la naturaleza, y no la definición que de su cotidianeidad hace el occidente desde fuera de las comunidades. De permitirse el paradigma epistemológico indígena, los Estados estarían en condiciones para atender la violencia de género con diligencia para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y otorgar reparación en los casos particulares. En este marco, no sólo la norma general daría pauta a la protección, sino el contexto sobre el que dicha norma aplica en el hecho para determinar su tipicidad bajo la comprensión de quien lo realiza y quien lo sufre, evitaría que el Estado sea victimario de derechos humanos conforme al artículo 4 de la Ley General de Víctimas. Por tanto, la violencia contra las mujeres indígenas debe ser combatida desde las formas continuas e interseccionales de discriminación estructural que enfrentan.

²⁰ NACIONES UNIDAS, CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*, 2020, pp. 32-33. [Consulta: 19 de abril, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3j6RfLe>

4. EL CONTROL DEL DELITO EN LA MUJER INDÍGENA

Las personas indígenas son la representación del *Homo Sacer* de Agamben, es decir, la sacralidad de la víctima indica que es criminal matarla porque es sagrada, pero no sería sagrada si no se la matara. El sistema de justicia penal ocupa la violencia institucional para reducir la social, la monopoliza con el nombre de “venganza pública” que corresponde a una sociedad civilizada donde se les da a las víctimas una satisfacción estrictamente medida con un orden legal que no tiene como objetivo distinguir el bien del mal ni de lograr una justicia abstracta, sino de preservar la seguridad del grupo poniendo frenos a la venganza privada con violencia legal.²¹ Conforme a esta idea, Fernando Tenorio traslada a la figura indígena mexicana, el sacrificio del otro, el *homo necans* en los pueblos originarios que propiciaron algunas culturas que coincidían en la exigencia del sacrificio de sangre como la ritualidad por excelencia, sentando así la política originaria, la fundación de una cultura que transita a una sociedad estatalmente organizada que seculariza la violencia sacra pura y necesaria donde una persona de cierto sector es elegida.²²

Esto es contrarrestado con la idea colonizadora de desprecio y discriminación racial para la selección criminalizante, donde raza e identidad racial fueron instrumentos de clasificación social básica de la población y un modo de otorgar legitimidad a las relaciones de dominación impuestas por la conquista y las ya antiguas ideas y prácticas de relaciones de superioridad/inferioridad entre dominados y dominantes, siendo el más eficaz instrumento de dominación social universal²³. Se involucran los fenotipos para identificar los sectores inferiores ahora llamados vulnerables que sin embargo es el racismo, es decir, las personas indígenas son el grupo de seres (no) humanos que no puede formar parte del orden racional a pesar del mandamiento a la no discriminación que indica el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En este contexto la construcción social de los estereotipos de distinción de lo femenino y la interpretación que el Estado hace de ellos para desarrollar los mecanismos para eliminarlos, han tenido resultados contrarios a dicha pretensión,

237

²¹ GIRARD, RENÉ, *La violencia y lo sagrado*, Quinta edición, trad. Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2012.

²² TENORIO, FERNANDO, *El delito y el control del delito en la modernidad avanzada. Una aproximación al inicio de la biopolítica y la metamorfosis del pharmakos y del homo sacer en la modernidad avanzada*, Alemania, Publicia, 2014.

²³ QUIJANO, ANIBAL, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en: *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires, CLACSO, 2014. [Consulta: 12 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3uE6fvT>

logrando reafirmar a la mujer como símbolo de violencia. Las asimetrías evidentes de las mujeres en el ejercicio de sus derechos y las políticas estratégicas que el Estado mexicano impone en el espacio público, han exacerbado la violencia contra ellas y no ha permeado socialmente la idea de que es aberrante dañar a una mujer por el hecho de serlo, dando continuidad a la violencia.

Las mujeres indígenas son un grupo en el más alto sentido de discriminación y desprecio, pues debe tenerse presente que el conjunto de intersecciones sociales de vulnerabilidad descritas en el punto anterior, ocasiona que enfrenten un contexto de afectación diferenciada cuando se suma la violencia institucional formal e informal, que se extiende a sus dinámicas familiares donde es mayormente común que asuman la responsabilidad de cuidado de sus familias. En el caso de Jacinta Francisco Marcial, Alberta Alcántara Juan y Teresa González Cornelio, mujeres indígenas otomíes de Santiago Mexquititlán, condenadas a 21 años de prisión en agosto de 2006 por posesión de cocaína y secuestro de seis agentes de la extinta Agencia Federal de Investigación (AFI). Pasaron tres y cuatro años de prisión. Después de once años, el Estado reconoció haber violado el principio de presunción de inocencia y conculcado el debido proceso por no contar con un traductor y una defensa adecuada, sin que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos interviniera. A este embate procesal de no garantía al debido proceso, se sumó el contexto situacional que diferencia el caso con el de otras mujeres que enfrentan a la justicia ordinaria puesto que Jacinta era vendedora en tianguis casada, con seis hijos y seis nietos.²⁴ Jacinta y las mujeres indígenas del caso particular fueron sometidas a cinco vulnerabilidades de acuerdo a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: pertenencia a comunidades indígenas, pertenencia a minorías, pobreza, género y privación de libertad.

Otra forma especial de violencia que enfrentan las mujeres indígenas es la sexual como el caso Valentina Rosendo Cantú y Yenys Bernardino Sierra y el de Inés Fernández Ortega y sus familiares, donde se evidenció que el propio Estado en sus funciones latentes ejecuta también la violencia sexual pues ambos casos fueron perpetrados por militares²⁵. Este es un daño íntimo, donde se ejecuta el

²⁴ Véase: Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C., *Dossier de Prensa de Doña Jacinta Francisco Marcial*, 2017. [Consulta: 17 de octubre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/35K4nHB>

²⁵ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rosendo Cantú Y Otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto De 2010. [Consulta: 23 de octubre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/3fpdDpb>; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fernández Ortega Y Otros Vs. México*, Resumen Oficial Emitido Por La Corte Interamericana de la Sentencia de 30 de agosto de 2010. [Consulta: 25 de octubre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/3tWPylw>

dolor por el poder la fuerza, por eso es que la Corte Interamericana al resolver concedió veracidad al dicho de la víctima, aún más cuando el diferenciador en el caso de Valentina fue su minoría de edad que la hicieron padecer secuelas que contravinieron su derecho a la integridad personal además de tener a cargo a Yenys, una bebé de pocos meses de edad y que juntas tuvieron que padecer destierros de su comunidad, su cultura y familia. Todo ello lo cual se suma al común de la falta de debido proceso, es decir, falta de provisión de intérprete, condiciones de cuidado y privacidad atención médica y psicológica, medidas de protección especial por su condición de niña al momento de la denuncia.

Así, además de los contextos de responsabilidad familiar que tienen en la cotidianeidad, las mujeres indígenas ya sea como probables victimarias, pero también como víctimas son sometidas a la violencia institucional que contrasta con los instrumentos especiales internacionales y nacionales de protección y acceso a la justicia a las mujeres.

La reforma al sistema de justicia penal de junio de 2008 no fue propuesta desde la perspectiva del Estado plurinacional mexicano, es decir, que admite la permanente lucha en nuestra subjetividad entre lo indio y lo europeo, conviviendo y habitando las contradicciones como un gris jaspeado que denota la palabra *ch'ixi*²⁶. Por ello es que la perspectiva de género que se pretende imponer tiene una interpretación externa y general, distinta a la que podrían darle las mujeres indígenas en sus dinámicas cotidianas y entre comunidades como una verdadera sociedad abigarrada²⁷.

La lengua es un elemento importante de diferenciación en el proceso penal ordinario a diferencia de la justicia indígena donde “no hay tal desigualdad, ya que, dentro de un procedimiento de solución de problemas por conductas antisociales, las partes tienen las mismas posibilidades frente a la autoridad, respetándose cada una sus posiciones e intereses de tal manera que exista equilibrio entre ellas”²⁸. Es considerable que esto ocurra tomando en cuenta la interpretación de su lengua “nos dirigimos primero al género femenino cuando expresamos: *me'el*

²⁶ RIVERA CUSICANQUI, SILVIA, *Un mundo Chi'ixi es posible. Ensayos desde un presente en crisis*, Buenos Aires, 2018, pp. 78 -79

²⁷ Concepto de René Zavaleta Mercado en donde “se diría que una formación social abigarrada puede también entenderse como una serie de “momentos constitutivos” concurrentes”. Véase: ANTEZANA J., LUIS H., “Dos conceptos en la obra de René Zavaleta Mercado: Formación abigarrada y democracia como autodeterminación”, en *Pluralismo epistemológico*, Bolivia, Muela del Diablo Editores, CIDES-UMSA, CLASCO, Comuna, 2009. [Consulta: 11 de marzo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3fzPBcf>

²⁸ LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 194.

mamal, que es “anciana y anciano”, o *mejtat*, “mamá y papá”.²⁹ Sin embargo la lengua es una limitante en los procesos penales ordinarios porque “la mayoría de indígenas, sobre todo mujeres, niños y adultos mayores, no entienden ni hablan español”³⁰ y a pesar de existir la precisión constitucional del artículo 2, apartado A, Fracción VIII “Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”, el Estado se muestra insuficiente en su capacidad institucional para asumir tal responsabilidad porque el gran universo de lenguas indígenas es organizado por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) que agrupa y categoriza la diversidad lingüística de los pueblos indígenas de México, pero que en número observa contraste respecto a las 11 familias y 68 agrupaciones lingüísticas y sus variantes, con el número de personas certificadas como intérpretes y traductores³¹. Además de ello, “tampoco los operadores jurídicos de la ciudad conocen las lenguas indígenas, menos aún sus usos, costumbres y tradiciones”³², un sistema penal ajeno a las relaciones comunitarias, al contexto particular y general de la comunidad y al significado de las prácticas cotidianas.

El acceso a la justicia diferenciada para las mujeres víctimas de alguno de los tipos de violencia, se ve limitada desde la estructura del sistema de justicia penal, en que el control estatal a través del Código Nacional de Procedimientos Penales ofrece una ligera autonomía a las comunidades indígenas para resolver conflictos menores de acuerdo a sus usos y costumbres, pero donde la mujer indígena ve limitada su participación. Este panorama no es más alentador cuando el Estado tiene a su cargo la justicia, pues es aún mayor la afectación a los derechos a pesar de que el proceso penal en la ley ofrece adaptaciones como la autoidentificación indígena y contar con traductor o intérprete. Ello aunado al enfoque especial diferenciado de género y cultura con que debe tratarse el impacto de un delito en una víctima mujer e indígena para la reparación integral del daño de acuerdo al Modelo Integral de Atención a Víctimas y conforme a la Ley General

²⁹ LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 195.

³⁰ LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 278.

³¹ El número de intérpretes es notablemente inferior al de lenguas indígenas. Véase INALI, *Número de intérpretes registrados por variante*. [Consulta: 23 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://siip.inali.gob.mx/statistics/variant>

³² LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 278.

de Víctimas en que debe contemplarse además la situación particular de cada una de ellas en su contexto y en el momento del hecho delictivo.

Podemos decir por tanto que las formas de violencia y discriminación estatal contra las mujeres indígenas también son estructurales, lo cual impide la realización de una justicia penal con perspectiva de género que incluye a la categoría del ser indígena³³

5. RECHAZO FEMENINO INDÍGENA A LA VIOLENCIA ESTATAL.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Para”, afirma que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases. Es así que el lugar común de la violencia contra la mujer deviene de su natural concepción cuya condena es una sociedad que rechaza a la persona a partir de una categoría y que la misma Convención reconoce como violación de derechos humanos y de libertades fundamentales. Por eso es que dicha Convención la refiere como una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Un punto a resaltar es que no es una condición que deba asumirse con resignación, sino que la opción de eliminación de la violencia contra la mujer debe ser una realidad para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida y sobre todo como lo establece el artículo 6 de la misma Convención, los derechos de la mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

En sintonía, la legislación nacional modificó no sólo sistemáticamente la estructura política y legal de México, sino que el compromiso internacional consistía en transformar culturalmente las concepciones arraigadas que favorecen las diversas formas de violencia a la mujer; así, el artículo 1 constitucional prohíbe la discriminación entre otros motivos por género y origen étnico puesto que atenta contra la dignidad humana, esto en concordancia con el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y en particular el artículo

³³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2020. [Consulta: 19 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3A4gFsH>

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

4.1 de la Declaración Sobre la Raza y los Prejuicios Raciales que define los principios de igualdad y dignidad que fundamentan a los derechos humanos y que se acerca a una interpretación especial en el marco del sistema penal desde la cosmovisión indígena.

Sin embargo, el mandato constitucional de protección a la dignidad de las personas, se complejiza con lo estipulado en el artículo 2 del mismo ordenamiento en el cual se reconoce a México como nación única, pero al mismo tiempo con composición pluricultural el cual es sustentado por sus pueblos indígenas. En este sentido, cualquier interpretación referente al significado de nación, debe ser conforme a las propias instituciones sociales, económicas, políticas y culturales en razón de la libre determinación y autonomía que asegure la unidad nacional. Es así que, en el Estado constitucional de derecho, el reconocimiento de derechos otorga potestad a las personas indígenas frente al Estado. Las mujeres indígenas tienen por tanto la libertad de que, conforme a su identidad cultural, reflexionen las formas de convivencia a partir del acceso a mecanismos estructurales estatales, pero al mismo tiempo, culturicen a la sociedad occidentalizada de los significados originarios de las conductas indígenas rechazando toda forma de discriminación dentro y fuera de su comunidad que pudiera fomentar la asunción de ser inferior y sufriente. Es en este sentido de reconocimiento que Manuel Atienza enfatiza el derecho a una existencia digna³⁴

La dignidad de las mujeres indígenas se ha visto reflejado en su propio empoderamiento para construir la teorización del significado de sus derechos porque dejan huella en el imaginario y en la historia incluso dentro de su propia comunidad en que parecieran invadir los espacios masculinos. En la investigación de campo de María Teresa Sierra, se refleja la situación interseccional de las mujeres indígenas que pertenecen a la policía comunitaria de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC) en San Luis Acatlán, Guerrero, en la cual se involucraron para dar significado al “buen trato” conforme a su entendimiento de derechos a la justicia y la seguridad, una de ellas, Felicitas Martínez, destaca que no es fácil porque no se tiene el respaldo de todos los varones de la comunidad. Así, más que discutir la violencia, es importante para las mujeres indígenas contar con el apoyo de otras mujeres que sean promotoras de

242

³⁴ Es decir, como derecho y obligación de desarrollarse a sí mismo como persona... y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. Véase ATIENZA R., MANUEL, “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista IUS ET VERITAS*, 24(53), 2016, pp. 262-266. [Consulta: 19 de junio, 2021]. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.015>

justicia, para que la dimensión individual sea colectiva vinculando lo material con lo cultural³⁵

La tradición epistémica de comprensión de los derechos humanos tiene de inicio el sesgo occidental, es por ello que, al imponer esta cultura ajena a la identidad pluricultural de las naciones, se corre el riesgo de que no se ajuste o atente contra las costumbres y tradiciones indígenas. Es por ello la imperante desobediencia a esa forma de pensamiento para trasladarla a una de corte decolonial histórico de cada comunidad.

Rita Segato apunta que la idea de raza instaurada por Anibal Quijano como el más eficaz instrumento de dominación social, no es suficiente para dar sentido a la violencia institucional contra las personas indígenas, sino que el significado de raza es una “huella en el cuerpo del paso de una historia otrificadora que construyó «raza» para constituir «Europa» como idea epistémica, económica, tecnológica y jurídico-moral que distribuye valor y significado en nuestro mundo.”³⁶ Por eso la condición natural de la mujer marca un sendero discriminatorio y de inferioridad autoasumida y asumida por lo demás, de tal forma que “Las relaciones de género propias del patrón colonial capturan las formas del patriarcado precedentes que, aunque existentes y jerárquicas, no obedecían a la misma estructura, y las transforman en una forma mucho más letal de patriarcado, como es el moderno”³⁷. Esto es así porque las formas occidentales de violencia obedecen a las dinámicas sociales que se fueron deformando y normalizaron conductas que propiciaban otras derivadas de un poscolonialismo globalizado que permitió la diversidad de culturas con un acento de mercado gobernado principalmente por hombres blancos. Por eso es necesario comprender que los occidentales no están definidos y tampoco los demás, sino que son territorios cruzados, mezclados, ambivalentes y esto debe aprovecharse para aprender de las distintas experiencias de subordinación para definir una nueva cultura, que acabe con la que se ha introducido que es la del capital.³⁸

Este es el sentido por el cual los dictados institucionales cada vez dependen más de los objetivos empresariales con sesgo androcéntrico y de ganancia, que

³⁵ SIERRA, MARÍA TERESA, “Autonomías indígenas y justicia de género: las mujeres de la Policía Comunitaria frente a la seguridad, las costumbres y los derechos”, en: *Exigiendo justicia y seguridad. Mujeres indígenas y pluralidades legales en América Latina*, Racher Sieder (Coord.), CIESAS, 2018, pp.100-125

³⁶ SEGATO, RITA LAURA, “El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción”, en *Revista NUEVA SOCIEDAD* No 208, marzo-abril de 2007. P. 156

³⁷ SEGATO, RITA LAURA, “Ejes argumentales de la perspectiva de la Colonialidad del Poder”, en *Revista Casa de las Américas*, No. 272, julio-septiembre/2013 pp. 17-39

³⁸ MILLÁN, MARGARA, “¿Hacia una nueva reconfiguración de lo global-nacional? Historia, repetición y salto cualitativo”, en *Crítica y Emancipación*, Año II N° 3 / Publicación semestral / Primer semestre 2010 p.334

hace al Estado sólo un medio para alcanzarlos y es, por tanto, que las formas de violencia institucional hacia las mujeres indígenas sólo son la consecuencia de los cumplimientos estatales que resultará en pertenencia al mundo globalizado. Como muestra podemos mencionar el avance en el aumento de personas que usan internet en México registrado al 70% por el Banco Mundial, y más significativamente en los pueblos indígenas de acuerdo al Instituto Federal de Telecomunicaciones³⁹. Sin embargo en contraposición, puede reflejarse en una oportunidad para la realización de violencia digital contra las mujeres indígenas como es el caso en que se ha identificado a servidores públicos en grupos de WhatsApp “Sierra XXX” en donde se compartían imágenes de mujeres indígenas.⁴⁰

Los estereotipos raciales representan odio a la identidad nacional, por eso el empoderamiento de la mujer indígena en lo individual y colectivo forma parte de la autodeterminación que no debe ceder a la imposición de grupos de poder indiferentes a la cultura indígena y que Hans Magnus llama “analfabetos secundarios”.⁴¹ Esta es la dignidad en las mujeres indígenas, “La idea de dignidad, ahora, tal vez no deba ser la de un ser humano pleno de majestuosidad, sino la del más humilde de los seres humanos acompañándose de otros seres humanos”⁴². Por tanto, la necesaria reconfiguración de los derechos humanos de las mujeres indígenas debe consistir en resaltar su cultura y costumbres en un marco de respeto institucional y social, reconociendo un Estado pluricultural donde las formas de violencia han prevalecido a pesar del bagaje legal de protección a los derechos de las mujeres.

Más allá de una definición, la dignidad propone Lefranc, debe mostrarse desde la experiencia compartida. Este es el ejemplo que nos ofrece la cultura indígena en sus relaciones humanas, donde lo punitivo es desconocido ante la idea de bien común, el acompañamiento comunal procura bienestar individual, pero hace falta palparlo, vivirlo y sentirlo y el ejemplo más fuerte es la comprensión de género de la mujer indígena que rompe paradigmas estereotipados. “A pesar de todo, aprehendemos los fenómenos con todos nuestros sentidos, cabe decir que los aprehendemos con todo nuestro ser, aunque no desarrollemos una

³⁹ INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, *Cobertura del Servicio Móvil en los Pueblos Indígenas con base en información proporcionada por los concesionarios en el año 2019*. [Consulta: 19 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3d9ynkE>

⁴⁰ ORTÍZ, MARCO, “Funcionarios compartían fotos íntimas de mujeres indígenas en grupo de WhatsApp”, en *Televisa News*, 21 de marzo, 2020. [Consulta: 26 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3qo7dvC>

⁴¹ ENZENSBERGER, HANS MAGNUS, *Mediocridad y Delirio*, segunda edición, trad. Michael Faber-Kaiser, Barcelona, Anagrama, 2002, p. 64

⁴² LEFRANC W., FEDERICO C., “Una fenomenología de la dignidad acompañada”, en *Revista Trabajo Social*, Núm. 20, UNAM, 2019, pp. 27-36, . [Consulta: 4 de febrero, 2021]. Disponible en: <file:///C:/Users/L01331686/Downloads/77075-226059-1-PB.pdf>

conciencia de ello”. Pero sólo es una distracción justificada por la costumbre de la mirada occidental. Este es el fundamento de la resignificación de los derechos humanos indígenas.

6. CONCLUSIONES

El diseño occidental del sistema de justicia penal contempla elementos diferenciadores de justicia indígena en su forma, sin embargo, aún sigue presente la falta de comprensión de la cosmovisión indígena que evidencie la nación pluricultural que tenemos y por tanto, la garantía de derechos humanos indígenas.

Las mujeres indígenas que enfrentan al sistema de justicia penal sufren revictimización por el Estado considerando las múltiples vulnerabilidades sociales en sus dinámicas cotidianas y la actuación no diferenciada y especial de las autoridades a pesar de los mandamientos legales nacionales e internacionales. La visión occidental no permite la sensibilización de las situaciones particulares de las mujeres indígenas y por tanto, tampoco permite su empoderamiento para acabar con la discriminación con motivo de género y raza.

La desobediencia al entendimiento occidental del sistema de justicia penal, permite el protagonismo de las mujeres indígenas para el desarrollo de su propia existencia digna y la de las demás mujeres, lo que resultará en una reconfiguración del sistema penal de fondo a partir de la comprensión material y no formal de la dinámica de las comunidades indígenas y del rol de la mujer en ellas.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANTEZANA J., LUIS H., “Dos conceptos en la obra de René Zavaleta Mercado: Formación abigarrada y democracia como autodeterminación”, en *Pluralismo epistemológico*, Bolivia, Muela del Diablo Editores, CIDES-UMSA, CLASCO, Comuna, 2009. [Consulta: 11 de marzo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3fzPBcf>
- ATIENZA R., MANUEL, “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, en Revista IUS ET VERITAS, 24(53), 2016, pp. 262-266. [Consulta: 19 de junio, 2021]. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.015>
- Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C., Dossier de Prensa de Doña Jacinta Francisco Marcial, 2017. [Consulta: 17 de octubre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/35K4nHB>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Las mujeres indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas, 2017. [Consulta: 8 de marzo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3edmrqQ>

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

- ENZENSBERGER, HANS MAGNUS, *Mediocridad y Delirio*, segunda edición, trad. Michael Faber-Kaiser, Barcelona, Anagrama, 2002
- GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método II.*, trad. de Manuel Olasagasti, España, Ediciones Sígueme, 1998, p. 181.
- GIRARD, RENÉ, *La violencia y lo sagrado*, Quinta edición, trad. Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2012.
- GÓMEZ, MARIANA DANIELA, “Desde los márgenes de la (pluri)nación: Movimiento de Mujeres Indígenas por el Buen Vivir”, en: *Zona Franca. Revista De Estudios De género*, No. 28, diciembre 2020, pp. 136-174, [Consulta: 02 de noviembre, 2021], Disponible en: <https://doi.org/10.35305/zf.vi28.174>
- HIGUERA, DIEGO MAURICIO, “Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano: el caso de la reinterpretación del mito en el diálogo intercultural u’wa”, en *Via Iuris*, No. 25, Julio 16, 2018, pp. 11-32, [Consulta: 02 de noviembre, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/31JkaI2>
- INALI, Número de intérpretes registrados por variante. [Consulta: 23 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://siip.inali.gob.mx/statistics/variant>
- INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, (ENVIPE) 2020. [Consulta: 16 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3wPQLXk>
- INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, Cobertura del Servicio Móvil en los Pueblos Indígenas con base en información proporcionada por los concesionarios en el año 2019. [Consulta: 19 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3d9ynkE>
- LEFRANC W., FEDERICO C., “Una fenomenología de la dignidad acompañada”, en *Revista Trabajo Social*, Núm. 20, UNAM, 2019, pp. 27-36. [Consulta: 4 de febrero, 2021]. Disponible en: <file:///C:/Users/L01331686/Downloads/77075-226059-1-PB.pdf>
- LÓPEZ, EDUARDO Y FONSECA, ROBERTO CARLOS, “El derecho penal frente a la interculturalidad en México”, en DIKE, *Revista de investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría Jurídica*, No. 18, 2015, pp. 19-40. [Consulta: 26 de septiembre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/3yZ9nWy>
- LÓPEZ, LORENZO, *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho, enero 2015, Universidad Autónoma de Chiapas.
- MEDINA, ROCÍO, “Feminismos periféricos, feminismos-otros: una genealogía feminista Decolonial por reivindicar”, en *Revista Internacional De Pensamiento Político*, No. 8, octubre 16, 2018, pp. 53-79. [Consulta: 16 de octubre, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/30ksq0M>
- MILLÁN, MÁRGARA, “¿Hacia una nueva reconfiguración de lo global-nacional? Historia, repetición y salto cualitativo”, en *Crítica y Emancipación*, Año II N° 3 / Publicación semestral / Primer semestre 2010
- NACIONES UNIDAS, Convocatoria de presentaciones: COVID-19 y el incremento de la violencia doméstica contra las mujeres. [Consulta: 18 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/2Sr8SEg>

- NACIONES UNIDAS, CEPAL, El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala Entre la invisibilización y la resistencia colectiva, 2020. [Consulta: 19 de abril, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3j6RFLc>
- NACIONES UNIDAS, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 19 de abril de 2016. [Consulta 22 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3qjUl9K>
- NARVÁEZ, ROBERTO ESTEBAN, “La justicia en un Estado plurinacional con garantismo penal: interculturalidad en ciernes, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 34 (julio-diciembre 2020). [Consulta: 26 de septiembre, 2021]. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1465>
- ORTEGA, NORMA CAROLINA, Matrimonios forzados en comunidades indígenas mexicanas: ¿tradición cultural o violencia de género?, Tesis depositada para el grado de doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, mayo de 2019.
- ORTÍZ, MARCO, “Funcionarios compartían fotos íntimas de mujeres indígenas en grupo de WhatsApp, en Televisa News, 21 de marzo, 2020. [Consulta: 26 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3qo7dvC>
- PNUD. Desarrollo Humano y COVID-19 en México: Desafíos para una recuperación sostenible, 14 de julio, 2020. [Consulta: 5 de febrero, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3wb3VO0>
- QUIJANO, ANIBAL, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en: Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires, CLACSO, 2014. [Consulta: 12 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3uE6fvT>
- RIVERA CUSICANQUI, SILVIA, *Un mundo Chi'ixi es posible*. Ensayos desde un presente en crisis, Buenos Aires, 2018.
- SEGATO, RITA LAURA, “El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción”, en *Revista NUEVA SOCIEDAD*, No 208, marzo-abril de 2007, p. 156.
- SEGATO, RITA LAURA, “Ejes argumentales de la perspectiva de la Colonialidad del Poder”, en *Revista Casa de las Américas*, No. 272, julio-septiembre/2013 pp. 17-39
- SIERRA, MARÍA TERESA, “Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 41, p. 26. [Consulta: 26 de noviembre, 2021]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-11.pdf>
- SIERRA, MARÍA TERESA, “Autonomías indígenas y justicia de género: las mujeres de la Policía Comunitaria frente a la seguridad, las costumbres y los derechos”, en: *Exigiendo justicia y seguridad. Mujeres indígenas y pluralidades legales en América Latina*, Racher Sieder (Coord.), CIESAS, 2018, pp.100-125
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2020. [Consulta: 19 de mayo, 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3A4gFsh>

PAULA ANGÉLICA CERVANTES AYALA

- TENORIO, FERNANDO, El delito y el control del delito en la modernidad avanzada. Una aproximación al inicio de la biopolítica y la metamorfosis del pharmakos y del homo sacer en la modernidad avanzada, Alemania, Publicia, 2014.
- UNWOMEN, *Turning promises into action: Gender equality in the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2018, [Consulta: 19 de septiembre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/35PHuTr>
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal, Parte General, 2a. ed., Argentina, Ediar, 2006.
- Tesis y jurisprudencia
- Tesis: 1a. CCC/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, página 298.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú Y Otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto De 2010. [Consulta: 23 de octubre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/3fpdDpb>;
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega Y Otros Vs. México, Resumen Oficial Emitido Por La Corte Interamericana de la Sentencia de 30 de agosto de 2010. [Consulta: 25 de octubre, 2020]. Disponible en: <https://bit.ly/3tWPylw>

Análisis del nuevo régimen internacional de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

An analysis of the new international regime of the United Nations Convention on the Law of the Sea

Sergio Ricardo Hernández Ordoñez**

RESUMEN

La regulación de los recursos genéticos es un nuevo desafío para la comunidad internacional ante sus implicaciones para la investigación científica y el desarrollo biotecnológico. El desarrollo de un régimen internacional que atienda las preocupaciones relativas del acceso a los recursos genéticos y la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización es determinante para el futuro de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR). La arquitectura legal de un sistema que va más allá de la jurisdicción nacional requiere de la construcción de entendimientos comunes entre los países desarrolladores de biotecnología y los países usuarios de dicha tecnología. El presente trabajo tiene como principal objetivo hacer una revisión cualitativa de los componentes del texto de negociación en la CONVEMAR para el análisis e identificación de las áreas de oportunidad con el fin de hacer más eficiente el proceso de negociación del instrumento, considerando las lecciones aprendidas en otros foros internacionales y responder a la pregunta: ¿la CONVEMAR está considerando los avances alcanzados en otros tratados que regulan el acceso a los recursos genéticos?

PALABRAS CLAVE

BBNJ, CONVEMAR, recursos genéticos, biotecnología, ONU.

ABSTRACT

The regulation of genetic resources is a new challenge for the international community given its implications for scientific research and biotechnological development. The development of an international regime that addresses concerns regarding access to genetic resources and the equitable sharing of benefits arising from their utilization is crucial for the future of the UNCLOS. The legal architecture of a system that goes beyond national jurisdiction requires the construction of common understandings between biotechnology developing countries and biotechnology user countries. The main objective of this study is to make a qualitative review of the components of the negotiation text in the UNCLOS for the analysis and identification of the areas of opportunity to make the instrument negotiation process more efficient, considering the lessons learned in other international fora and respond, is UNCLOS considering the progress made in other treaties that regulate access to genetic resources?

KEYWORDS

BBNJ, UNCLOS, genetic resources, biotechnology, UN.

*Artículo de investigación postulado el 17 de noviembre de 2021 y aceptado el 11 de abril de 2022

**Profesor en la Universidad Tecnológica de México. (sergio_hernandez@my.unitec.edu.mx) orcid.org/0000-0001-5493-7147

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

SUMARIO

1. Introducción
2. El acceso a los recursos genéticos en el contexto de las negociaciones.
3. Los estándares internacionales sobre acceso a los recursos genéticos en otros foros internacionales
4. El acceso a los recursos genéticos en acuerdos comerciales
5. Conclusiones y aportaciones
6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

En agosto de 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGONU) concluyó que la conservación de la biodiversidad¹ marina ocupa uno de los lugares más destacados en la conciencia internacional, de allí la importancia de estudiar las amenazas y los riesgos que enfrenta, en especial la albergada en las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional.² Este reconocimiento constituyó uno de los primeros pasos para establecer un diálogo internacional relacionado con las problemáticas que involucra a la biodiversidad marina en su conjunto.

La AGONU pidió al Secretario General de la ONU incorporar a su informe anual una descripción de las amenazas y los riesgos para la biodiversidad marina, incluidas medidas de conservación y ordenación para abordar a éstas.³ Estos hallazgos permitirían visibilizar concretamente la problemática para su estudio y análisis encaminado a la construcción de posibles soluciones.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) se señala que las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional son: a) la columna de agua más allá de los límites de la zona económica exclusiva, b) el área más allá de los límites de la plataforma continental, c) los fondos marinos situados bajo las aguas de la alta mar (conocido como “la Zona”).⁴ En estas zonas los países no tienen derecho soberano para hacer valer su

¹ El artículo 2 del CDB define a la biodiversidad o diversidad biológica como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”.

² Cfr. ONU, Asamblea General, A/59/62/Add.1 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General*, quincuagésimo noveno período de sesiones, 18 de agosto de 2004, p. 8.

³ *Ídem*.

⁴ *Ibidem*, p. 51.

legislación nacional, ni para someter algún conflicto a su jurisdicción doméstica. En todo caso, correspondería a las normas del derecho internacional regular las actividades desarrolladas en estas zonas y la legitimidad de la ONU para detonar su proceso de codificación.

Actualmente el 98% de las especies marinas viven en los fondos marinos, la mayoría son aún desconocidas, las cuales constituyen el mayor número especies que en todos los demás ambientes del planeta combinados.⁵ Esto ilustra el enorme espectro que tiene la investigación científica básica y aplicada sobre la biodiversidad marina como fuente de desarrollo para la humanidad.

En febrero de 2005, la AGONU estableció un grupo de trabajo especial oficioso de composición abierta (*ad hoc*) responsable de estudiar las cuestiones relacionadas con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad marina más allá de las zonas de jurisdicción nacional. El mandato principal del grupo fue analizar los aspectos técnicos, científicos, jurídicos, económicos, ambientales y socioeconómicos que involucran a la biodiversidad marina con el fin de identificar opciones y enfoques a favor de su conservación y el uso sostenible.⁶

2. EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS EN EL CONTEXTO DE LAS NEGOCIACIONES.

El informe “Los océanos y el derecho del mar” del Secretario General de la ONU de julio de 2005 revela que el sector de la biotecnología⁷ en el campo de la investigación marina tiene importantes perspectivas de crecimiento y rentabilidad frente a los adelantos en materia de tecnología molecular y bioinformática, lo cual permitirá reunir información sobre la biodiversidad y su potencial.⁸

La biotecnología marina es la ciencia que utiliza total o parcialmente a los organismos marinos para crear o modificar productos, o bien, desarrollar microorganismos para usos concretos, pudiendo transferir material genético⁹ de un organismo a otro.¹⁰

⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁶ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/59/24 *Los océanos y el derecho del mar*, quincuagésimo noveno período de sesiones, 4 de febrero de 2005, párrafo 73.

⁷ El artículo 2 del CDB define a la biotecnología como “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”.

⁸ Cfr. ONU, Asamblea General, A/60/63/Add.1 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General, adición*, sexagésimo período de sesiones, 15 de julio de 2005, párrafo 77.

⁹ El artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica define al material genético como “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”.

¹⁰ Cfr. ONU, Asamblea General, A/60/63/Add.1 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General, adición*, sexagésimo período de sesiones, 15 de julio de 2005, párrafo 78.

La importancia de la biotecnología como un sector emergente es una clara oportunidad para países que ha sido planteado por organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que adopto como resultado de esta relación el término “bioeconomía”.¹¹ De este modo, la investigación puede identificar nuevas funciones de los recursos genéticos, y consecuentemente, hacer más eficiente el desarrollo de tecnologías, nuevos bienes y servicios.¹²

Sin embargo, una de las problemáticas internacionales más visibles relacionadas con el acceso a los recursos genéticos es su apropiación indebida y/o su mal uso, fenómeno referido como “biopiratería”.¹³

Es así como, en marzo de 2007, la AGONU decidió convocar a una reunión del grupo de trabajo *ad hoc* para incorporar como elemento de análisis a los recursos genéticos¹⁴ fuera de las zonas de jurisdicción nacional.¹⁵

El análisis señala que los genes marinos y sus productos son una fuente de información para todas las esferas de la biotecnología, incluidos el sector farmacéutico y los procesos industriales.¹⁶

Esto motivó el inicio de un debate internacional sobre un régimen jurídico que regule a los recursos genéticos marinos en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional apegado a la CONVEMAR,¹⁷ con la invitación a los Estados de sumarse a las discusiones del grupo de trabajo *ad hoc* para progresar en el cumplimiento de su mandato.¹⁸

Al mismo tiempo en la ONU se reconoció la importancia que tiene la investigación acerca los recursos genéticos marinos como una forma de incrementar

¹¹ Cfr. Morales Sánchez, Mario Alberto, Amaro Rosales, Marcela, coordinadores, *La biotecnología en México, Innovación tecnológica, estrategias competitivas y contexto institucional*, Facultad de Economía, UNAM, 2019, p. 32.

¹² Cfr. Ruiz Muller, Manuel, *Recursos genéticos como información natural, Implicancias para el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, segunda edición, Lima, Perú, 2018, p. 14.

¹³ Cfr. Greiber, Thomas *et al.*, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios, Gland (Suiza), UICN, 2013, p. 13.

¹⁴ El artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica define a los recursos genéticos al “material genético de valor real o potencial”.

¹⁵ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/61/222 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo primer período de sesiones, 16 de marzo de 2007, párrafo 91.

¹⁶ Cfr. ONU, Asamblea General, A/62/66/Add.2 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General, adición*, sexagésimo segundo período de sesiones, 10 de septiembre de 2007, párrafo 188.

¹⁷ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/62/215 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo segundo período de sesiones, 14 de marzo de 2008, párrafo 133.

¹⁸ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/63/111 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo tercer período de sesiones, 12 de enero de 2009, párrafo 122.

su comprensión científica, uso y potencial aplicación.¹⁹ Este enfoque permeó durante los sexagésimos cuarto,²⁰ quinto²¹ y sexto²² período de sesiones de la AGONU como lo evidencian sus resoluciones intituladas “Los océanos y el derecho del mar”.

Sin embargo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible del año 2012 constituyó un suceso de gran relevancia para el derecho ambiental internacional que no omitió la importancia de la biodiversidad y sus recursos genéticos. Es así como, en julio de 2012, la AGONU adoptó la resolución 66/288. “El futuro que queremos”, por la cual se destacó la aprobación del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica por su papel en la contribución de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.²³ El Protocolo de Nagoya emergió como un instrumento jurídico especializado en recursos genéticos con propuestas innovadoras para regular internacionalmente su acceso. Esta referencia fue un ejemplo concreto de que es posible materializar reglas internacionales para abordar el acceso a los recursos genéticos por parte de la comunidad internacional.

Así, en el septuagésimo séptimo período de sesiones de la AGONU se impulsó la celebración de reuniones técnicas del grupo de trabajo *ad hoc* para analizar a los recursos genéticos marinos, incluidos su posible alcance regulatorio, tipos de investigación, usos, aplicaciones, cuestiones relativas al acceso, tipos de beneficios y distribución de los beneficios, entre otros.²⁴

Entre las discusiones del grupo de trabajo destacó que el acceso a los recursos genéticos en “la Zona” y su explotación exclusiva por pocos Estados tiene graves consecuencias económicas y sociales aunado a ser incompatible con el principio del patrimonio común de la humanidad.²⁵

¹⁹ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/64/71 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo cuarto período de sesiones, 12 de marzo de 2010, párrafo 144.

²⁰ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/64/71 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo cuarto período de sesiones, 12 de marzo de 2010.

²¹ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/65/37 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo quinto período de sesiones, 17 de marzo de 2011.

²² Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/66/231 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo sexto período de sesiones, 5 de abril de 2012.

²³ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/66/288 *El futuro que queremos*, sexagésimo sexto período de sesiones, 11 de septiembre de 2012, párrafo 199.

²⁴ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/67/78 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo séptimo período de sesiones, 18 de abril de 2013, Anexo.

²⁵ Cfr. ONU, Asamblea General, A/68/339 *Los océanos y el derecho del mar, Carta de fecha 23 de septiembre de 2013 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, sexagésimo octavo período de sesiones, 23 de septiembre de 2013, p. 8.

Asimismo, la participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos marinos de las zonas ubicadas más allá de la jurisdicción nacional son un tema clave en el desarrollo de un futuro instrumento normativo.²⁶ De esta manera, correspondía a la AGONU tomar una decisión acerca de la elaboración de un instrumento internacional en el marco de la CONVEMAR,²⁷ sus parámetros y viabilidad.²⁸

En junio de 2015, la AGONU decidió elaborar un instrumento jurídico vinculante bajo la CONVEMAR, relacionado con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (por sus siglas en inglés BBNJ) y estableció un Comité preparatorio abierto a todos los Estados Miembros de la ONU para formular recomendaciones acerca de los elementos que debería tener el proyecto de texto del instrumento.²⁹

Destaca que entre los temas acordados para las negociaciones del BBNJ se encuentran los recursos genéticos marinos, incluidas las cuestiones acerca de la distribución de los beneficios.³⁰

En 2017, una vez agotados los trabajos del Comité preparatorio, la AGONU convocó a una conferencia intergubernamental con el propósito de redactar el texto de un instrumento partiendo de los elementos desarrollados por el Comité preparatorio.³¹ Dicha conferencia intergubernamental se reunió en tres ocasiones y su cuarta sesión fue prevista del 23 de marzo al 3 de abril de 2020,³² sin embargo, por la contingencia sanitaria ocasionada por la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19) fue aplazada para el año 2022.³³

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/68/70 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo octavo periodo de sesiones, 27 de febrero de 2014, párrafo 197.

²⁸ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/69/245 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo noveno periodo de sesiones, 24 de febrero de 2015, párrafo 214.

²⁹ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/69/292 *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, sexagésimo noveno periodo de sesiones, 6 de julio de 2015, párrafo 1.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 2.

³¹ Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/72/249 *Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, septuagésimo segundo periodo de sesiones, 19 de enero de 2018, párrafo 1.

³² Cfr. ONU, Asamblea General, A/RES/74/19 *Los océanos y el derecho del mar*, septuagésimo cuarto periodo de sesiones, 20 de diciembre de 2019, párrafo 256.

³³ Cfr. ONU, Asamblea General, A/75/L.96, *Singapur: proyecto de decisión, Conferencia intergubernamental sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, septuagésimo quinto periodo de sesiones, Nueva York, 9 de junio de 2021.

a) Elementos desarrollados por el Comité preparatorio: una revisión cualitativa de los componentes de su labor.

El Comité desarrolló dos secciones (“A” y “B”) que incluyen los elementos examinados para la elaboración del proyecto de texto del BBJN.

La sección A contiene elementos orientados principalmente a la construcción de los siguientes apartados y/o componentes:

1. *Preámbulo: sugiere incorporar una descripción de las consideraciones que motivaron su elaboración, incluidas las preocupaciones internacionales, la función de la CONVEMAR y el papel de otros organismos internacionales.*³⁴ Este apartado debería explicitar los importantes avances biotecnológicos que requieren de ejercicios de bioprospección en la Zona, rica en biodiversidad marina y sujeta al desarrollo progresivo del derecho ambiental internacional en la materia.
2. *Definiciones: propone que éstas sean coherentes con las existentes en la CONVEMAR y otros instrumentos jurídicos.*³⁵ La incompatibilidad conceptual entre los regímenes especializados en materia de acceso a los recursos genéticos no sólo provocaría una distorsión y asimetría en las reglas del juego y participantes que buscan acceder a los recursos genéticos marinos, sino además fragmentaría los esfuerzos internacionales por tener un espacio y lenguaje común a nivel regulatorio. Este equilibrio en la construcción de nuevos términos y definiciones legales debería observar las referidas consideraciones.
3. *Ámbito de aplicación: promueve que el ámbito geográfico respete la jurisdicción nacional, plataforma continental y zona económica exclusiva de los Estados, mientras que aplicación material del instrumento se acote a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad.*³⁶ El posible cambio de paradigma conceptual relacionado a la jurisdicción nacional e internacional bajo la CONVEMAR podría implicar la creación de un sistema *sui generis* que permita un balance entre los límites de la soberanía nacional a favor de una jurisdicción universal. Este componente

³⁴ Cfr. ONU, Asamblea General, A/AC.287/2017/PC.4/2, Comité Preparatorio establecido en virtud de la resolución 69/292 de la Asamblea General: elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, cuarto período de sesiones, Nueva York, 10 a 21 de julio de 2017, 31 de julio de 2017, pp. 8 y 9.

³⁵ *Ibidem*, p. 9.

³⁶ *Ibidem*.

calificaría el mantenimiento de las actuales condiciones de la CONVE-MAR, o bien, replantear una nueva realidad ante una biodiversidad marina transfronteriza.

4. *Objetivos: sugiere garantizar la aplicación material del instrumento a través de la CONVE-MAR.*³⁷ Si bien, esta Convención mantiene una supremacía internacional respecto de sus disposiciones, también lo es instrumentos como el BBNJ podrían constituir una precedente de subespecialización que podría eventualmente fragmentar técnica y legalmente a la propia CONVE-MAR.
5. *Relación de la CONVE-MAR con otros instrumentos jurídicos y órganos universales, regionales y sectoriales: insta a promover una coherencia entre instrumentos y evitar afectaciones en sus respectivas membresías de los Estados.*³⁸ Es necesario que al calificar estas interacciones se inhiba una posible colisión legal entre instrumentos e incompatibilidades que promueven indirectamente un *forum shopping* con efectos indeseados por los países negociadores, es decir, se inicie una búsqueda del foro más favorable para acceder a los recursos genéticos marinos.
6. *Principios y enfoques generales: propone el equilibrio y respeto de las disposiciones de la CONVE-MAR, así como de la soberanía nacional y el uso con fines pacíficos de la biodiversidad marina.*³⁹ Incorpora el principio de buena fe y del desarrollo sostenible, incluye los enfoques ecosistémico, precautorio, integrado y basado en ciencia.⁴⁰ Estos cimientos sentarían las bases necesarias para que los procesos de implementación del instrumento pueda desarrollar sus principios especializados, esto partiendo del contenido primogénito que le da vida hacia su auto consolidación en la aplicación concreta de operaciones acceso a recursos genéticos.
7. *Arreglos institucionales: sugiere establecer un órgano decisorio, otro técnico o científico y una secretaría para apoyo administrativo y logístico.*⁴¹ Esta nueva burocracia debería adscribirse a la conducción de la política internacional dictada por el sistema de las Naciones Unidas y de la propia CONVE-MAR a efectos de evitar una posible dispersión y fragmentación de esfuerzos institucionales.

³⁷ *Ibidem*, p. 10.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

8. *Solución de controversias: promueve resolver las diferencias a través de medios alternativos pacíficos, así como utilizar a la cooperación como un medio para prevenir disputas.*⁴² Esta sección debería calificarse con los mecanismos exitosos previstos en la Carta de San Francisco, incluidos los medios diplomáticos y jurisdiccionales.

La sección B identifica los temas que requieren de mayor deliberación tales como el enfoque de patrimonio común de la humanidad y de la libertad de la alta mar, así como los recursos genéticos marinos y su distribución de beneficios.⁴³

Los elementos del Comité relativos a los recursos genéticos marinos proponen abordar el acceso y la distribución de los beneficios derivados de su utilización a favor del beneficio de las generaciones presentes y futuras de manera compatible con la investigación científica y el desarrollo.⁴⁴ Se propone establecer una relación entre el instrumento y los derechos de propiedad intelectual⁴⁵ y hacer una vigilancia de la utilización de los recursos genéticos marinos.⁴⁶

b) Cuestiones que deben seguir examinándose a criterio de la Conferencia intergubernamental: una revisión cualitativa de los componentes del texto.

La Conferencia consideró principalmente respecto de los recursos genéticos marinos lo siguiente:

1. *Determinar qué ocurre con los recursos transzonales o que coexisten en las zonas de jurisdicción nacional.*⁴⁷ El elemento técnico es imprescindible para la construcción de propuestas válidas y realistas que den cuenta de la naturaleza intrínseca de la biodiversidad marina.
2. *Distinguir entre los recursos biológicos y genéticos con fines de utilización para investigación genética y como producto básico.*⁴⁸ Este reto implica comunicar las diferencias conceptuales desde el ámbito técnico y jurídico para ser trasladadas a marcos regulatorios apropiados que

⁴² *Ibidem*, p. 20.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁷ Cfr. ONU, Asamblea General, A/CONF.232/2018/3 *Conferencia intergubernamental sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, (Nueva York, 4 a 17 de septiembre de 2018), primer período de sesiones, 25 de junio de 2018, p. 3.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 4.

permitan una trazabilidad y monitoreo de las operaciones relacionadas con tales recursos.

3. *Definir si el instrumento aplicará a los recursos dentro de sus hábitats naturales (in situ) y/o fuera de ellos (ex situ).*⁴⁹ No sólo es relevante determinar el contenido del ámbito material, sino prevenir y/o disuadir posibles prácticas de acceso a recursos genéticos a través del fraude a la ley, es decir, recurrir a fuentes de material genético diversas a las reguladas por el BBNJ.
4. *Determinar si el instrumento aplicará a productos derivados.*⁵⁰ Este componente se estima delicado desde el punto de la trazabilidad y de la “desmaterialización” misma del acceso al recurso genético. Es decir, definir cuando técnicamente se consideraría a un producto como ajeno a una operación primigenia de acceso al recurso genético y cómo lograrlo a nivel regulatorio.
5. *Especificar cómo se regularía el acceso, sus consecuencias prácticas y el tipo de actividades a regular.*⁵¹ Estas determinaciones podrían detonar posibles negociaciones subsecuentes para configurar marcos regulatorios específicos a través de métodos simplificados o complejos, según corresponda al tipo de actividad.
6. *Deliberar acerca de los principios que deberían regir a la distribución de los beneficios tales como patrimonio común de la humanidad y la libertad de la alta mar,*⁵² *así como el tipo de beneficios, beneficiarios y modalidades.*⁵³ Este componente podría incluso desarrollar principios más complejos a los vigentes a través de otros instrumentos internacionales en materia de acceso a los recursos genéticos.
7. *Abordar cómo se establecería la relación del instrumento con los derechos de propiedad intelectual y cómo se lograría la vigilancia de la utilización de los recursos genéticos.*⁵⁴ Este componente podría construir un puente de comunicación necesario entre foros internacionales de diversa índole para con componentes transversales para lograr sus respectivos objetivos.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁴ *Idem.*

En ese sentido, la culminación del proceso de negociación hacia la adopción del BBNJ no debe estar exentar de una revisión cualitativa de los componentes de las propuestas de texto frente a los avances alcanzados en otros foros internacionales especializados en acceso a los recursos genéticos. Este apartado emprendió un análisis que logró la identificación de las áreas de oportunidad con el fin de hacer más eficiente el proceso sumando los esfuerzos y proponiendo mirar hacia las lecciones aprendidas en otros foros. Sin embargo, no se advierte que la CONVEMAR este considerando plenamente y con claridad el progreso realizado en otros tratados especializados. Esto es, no impulsa con mayor visibilidad el lenguaje internacionalmente adoptado, por ejemplo, el contenido en el Protocolo de Nagoya.

3. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS EN OTROS FOROS INTERNACIONALES.

a) Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)

El CDB se adoptó en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992, los objetivos del tratado son la conservación de la biodiversidad, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.⁵⁵

El CDB propone transitar de una realidad en la que los Estados desarrollados acceden a los recursos genéticos de los países en desarrollo, utilizándolos sin compartir los beneficios.⁵⁶

En el CDB se reconoce el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales, incluida la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos a través de las condiciones mutuamente acordadas (CMA) y sometido al consentimiento fundamentado previo (CFP) de la Parte que proporciona los recursos, para lo cual cada Parte adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política para distribuir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial.⁵⁷ Es relevante señalar que el CDB no proporciona una definición legal

⁵⁵ Cfr. Decreto de promulgación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1993, artículo 1.

⁵⁶ Cfr. Concha Machuca, Ricardo, "El protocolo de Nagoya y los acuerdos para el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: una propuesta discutida", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Volumen 10, número 3, 2020, p. 345.

⁵⁷ Cfr. Decreto de promulgación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1993, artículo 15.

de los términos CMA y CFP, por lo cual corresponde a los países determinar sus alcances.

En el marco de la séptima reunión de la Conferencia de las Partes (COP)⁵⁸ en el CDB que tuvo lugar en Kuala Lumpur, Malasia, del 9 al 20 de febrero de 2004, se adoptó la Decisión VII/19. “Acceso y participación en los beneficios en relación con los recursos genéticos”, misma que dio cuenta de la importancia de los recursos genéticos y su relación con la CONVEMAR.⁵⁹

En modo similar, durante la octava reunión de la COP sostenida en Curitiba, Brasil, del 20 al 31 de marzo de 2006, se adoptó la Decisión VIII/21. “Diversidad biológica marina y costera: conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del fondo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional”, por la cual se reconoció a la CONVEMAR como el foro apropiado para regular las actividades acontecidas en las áreas marinas fuera de la jurisdicción nacional, incluidos los recursos genéticos.⁶⁰

De este modo, el CDB cuenta con significativo progreso acerca del acceso a los recursos genéticos que permitiría enriquecer en mayor medida la labor emprendida por la CONVEMAR a través de información relacionada con los avances de implementación nacional y los desafíos que enfrentan los países.

b) Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Nagoya)

El tratado internacional conocido como el Protocolo de Nagoya se adoptó en Nagoya, Japón, en octubre de 2010, sus objetivos son regular la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y contribuir a la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de sus componentes.⁶¹ El Protocolo busca impulsar acciones para alcanzar el logro del tercer objetivo del CDB a través de reglas complementarias

⁵⁸ En el artículo 23 del CDB se reconoce a la Conferencia de las Partes como el máximo órgano decisorio del Convenio, participando en sus reuniones todos los Estados Parte.

⁵⁹ Cfr. CDB, Conferencia de las Partes, Decisión VII/19. Acceso y participación en los beneficios en relación con los recursos genéticos (Artículo 15), UNEP/CBD/COP/7/21.

⁶⁰ Cfr. CDB, Conferencia de las Partes, Decisión VIII/21. Diversidad biológica marina y costera: conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del fondo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional.

⁶¹ Cfr. Decreto Promulgatorio del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en Nagoya el veintinueve de octubre de dos mil diez, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de octubre de 2014, artículo 1.

para la regulación del acceso a los recursos genéticos. El tratado representa la adopción de una herramienta para combatir a la biopiratería.

Así, el marco regulatorio del Protocolo se aplica a los recursos genéticos comprendidos en el CDB⁶² a través de un enfoque de apoyo mutuo con otros instrumentos internacionales.⁶³ Este enfoque permite la coexistencia de los regímenes internacionales vigentes o en construcción en materia de recursos genéticos, por ejemplo, el BBNJ.

En el Protocolo se mandata que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos deben compartirse de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos, sea el país de origen de tales recursos, o bien, los haya adquirido en CMA.⁶⁴ Por otro lado, el acceso a los recursos genéticos con fines de utilización debe sujetarse al CFP.⁶⁵ En este punto es importante señalar que el Protocolo tampoco proporciona definiciones legales acerca de las CMA y el CFP, situación que se traslada a las Partes para su desarrollo vía legislación doméstica. Sin embargo, se refrenda el compromiso internacional por constituir a las CMA y al CFP como pilares de los regímenes jurídicos de acceso a los recursos genéticos contenidos en el CDB y el Protocolo de Nagoya.

Con el propósito de vigilar el cumplimiento y transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos, las Partes se obliga a designar puntos de verificación y a emitir un permiso o su equivalente como certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente.⁶⁶ Este certificado acreditaría ante los Estados Parte del Protocolo que el acceso a los recursos genéticos se dio en CMA y se obtuvo el CFP en términos de los estándares del tratado y en apego de la legislación nacional correspondiente. El establecimiento de autoridades nacionales de verificación y el levantamiento de documentación oficial son una aportación del Protocolo a los instrumentos especializados en acceso a los recursos genéticos.

En el Protocolo se señala que las Partes deben incorporar en sus CMA cuestiones como la determinación de jurisdicción en casos de controversias, la ley aplicable y garantizar el acceso a la justicia.⁶⁷ Las sugerencias para definir el contenido de las CMA constituyen otra aportación concreta a las medidas que nutren al sistema de acceso a los recursos genéticos.

⁶² *Ibidem*, artículo 3.

⁶³ *Ibidem*, artículo 4.

⁶⁴ *Ibidem*, artículo 5.

⁶⁵ *Ibidem*, artículo 6.

⁶⁶ *Ibidem*, artículo 17.

⁶⁷ *Ibidem*, artículo 18.

Entre los beneficios que se proponen en el Protocolo de Nagoya se encuentran el pago de regalías, otorgamiento de licencias en caso de comercialización de los productos, financiamiento para la investigación, creación de empresas conjuntas, determinación de la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual, fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología, realización de aportes a la economía local, brindar reconocimiento social, entre otros.⁶⁸ Las orientaciones propuestas permiten visibilizar las contribuciones monetarias y no monetarias para alcanzar una justa participación en beneficios entre usuarios y proveedores de recursos genéticos.

De esta manera, el Protocolo ha desarrollado progresos significativos con motivo del acceso a los recursos genéticos que permitirían enriquecer la labor de la CONVEMAR, por ejemplo, la instrumentación del CFP y las CMA como pilares del acceso y los mecanismos para garantizar la distribución de beneficios, incluidas las interacciones con el sistema de propiedad industrial.

c) Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA)

El TIRFAA fue adoptado el 3 de noviembre de 2001 por la 31ª Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), cuyos objetivos son conservar y utilizar de manera sostenible los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA), incluida la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el CDB para alcanzar una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria.⁶⁹ Este tratado emergió para ser reconocido como un instrumento especializado en materia de acceso a recursos genéticos en armonía con otros tratados vigentes o en construcción.

Las Partes establecieron un sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios derivados de la utilización de los RFAA,⁷⁰ cuya aplicación recae a los RFAA contenidos en un Anexo del tratado.⁷¹ Al mismo tiempo, el tratado establece un mecanismo de facilitación del acceso a los RFAA del Anexo cuando éste sea exclusivamente con fines de utilización y conservación para la investi-

⁶⁸ *Ibidem*, Anexo.

⁶⁹ Cfr. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, adoptado el 3 de noviembre de 2001 por la 31ª Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), artículo 1.

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 10.

⁷¹ *Ibidem*, artículo 11.

gación, mejoramiento y capacitación para la alimentación y la agricultura.⁷² De esta manera, la fórmula del tratado se concentró en realizar un listado de RFAA considerados como estratégicos para la agricultura y la alimentación.

La estructura legal e institucional del TIRFAA asegura que se mantenga la circulación de los RFAA fundamentales para la agricultura y la seguridad alimentaria estableciendo respecto de los cuales los países son más interdependientes.⁷³

La distribución de beneficios del TIRFAA radica principalmente en el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia, la creación de capacidad, bajo la dirección del Órgano Rector⁷⁴ del tratado y utilizando un acuerdo de transferencia de material (ATM).⁷⁵ Es posible identificar que el sistema de distribución no brinda más opciones como sucede en el Protocolo de Nagoya, sin embargo, el ATM constituye una herramienta útil para garantizar beneficios concretos, por lo que su diseño y contenido es esencial para el logro de los objetivos del TIRFAA.

En el marco de la quinta reunión del Órgano Rector que tuvo lugar en Mascate, Omán, del 24 al 28 de septiembre de 2013, se adoptó la Resolución 1/2013 “Aplicación del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios”, por la cual se determinó que el sistema multilateral del TIRFAA constituye un elemento del régimen internacional de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios, de modo similar al CDB y su Protocolo de Nagoya.⁷⁶ Esta decisión coloca políticamente a los tres tratados internacionales como regímenes especializados vigentes.

Así, en la séptima reunión del Órgano Rector sostenida en Kigali, Ruanda, del 30 de octubre al 3 de noviembre de 2017, se adoptó la Resolución 2/2017 “Medidas para mejorar el funcionamiento del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios”, mediante la cual se impulsó la labor de un grupo de trabajo especial de composición abierta para mejorar el funcionamiento del sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios, incluida la revisión del ATM.⁷⁷

⁷² *Ibidem*, artículo 12.

⁷³ Cfr. Moore, Gerald, TYMOWSKI, Witold, *Guía Explicativa del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, UICN, Gland, Suiza, 2008, p. 1.

⁷⁴ De conformidad con el artículo 19 del TIRFAA, el Órgano Rector constituye el máximo órgano de la toma de decisiones y está conformado por todos sus Estados Parte.

⁷⁵ *Ibidem*, artículo 13.

⁷⁶ Cfr. FAO, Órgano Rector, Quinta reunión, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Resolución 1/2013 Aplicación del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios.

⁷⁷ Cfr. FAO, Órgano Rector, Séptima reunión, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Resolución 2/2017 Medidas para mejorar el funcionamiento del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios, IT/GB-7/17/Res2.

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

De manera, el TIRFAA ha demostrado la viabilidad de considerar los avances y lecciones aprendidas desde el CDB y sus Protocolo de Nagoya en el perfeccionamiento de su propio régimen jurídico. Este ejercicio podría ser replicado para enriquecer los trabajos de la CONVEMAR.

d) Marco de Preparación para una Gripe Pandémica (PIP Framework)

El *PIP Framework* se adoptó el 24 de mayo de 2011 por la Asamblea Mundial de la Salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), pese a no ser un tratado internacional, si es un instrumento jurídico relevante para la organización.

Los principales objetivos del *PIP Framework* son mejorar la respuesta ante una pandemia de gripe, disponer de un sistema equitativo para el intercambio de virus H5N1 y otros virus gripales potencialmente pandémicos, así como garantizar el acceso a las vacunas y la distribución de otros beneficios.⁷⁸

Los Estados Miembros de la OMS utilizan el Acuerdo Modelo de Transferencia de Material (AMTM) para regular la transferencia de materiales biológicos, lo cual abarca a los recursos genéticos.⁷⁹ El AMTM constituye un modelo similar al ATM del TIRFAA y al establecimiento de la CMA del CDB y del Protocolo de Nagoya, por lo que es fundamental su diseño y contenido para garantizar el logro de los objetivos del *PIP Framework*.

El sistema de participación en beneficios busca aumentar la capacidad de vigilancia frente a una pandemia, la evaluación de riesgos e información, priorizar acceso a medicamentos, antivirales y vacunas contra el H5N1, transferencia de tecnología, entre otros.⁸⁰

Así, en el marco del 72º periodo de sesiones de la de la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS que tuvo lugar en Ginebra, Suiza, del 20 al 28 de mayo de 2019, dicha organización expresó la importancia de detonar cooperación con otros foros multilaterales relacionados con el acceso y la participación en los beneficios, tales como el Protocolo de Nagoya.⁸¹ Este punto de convergencia política e institucional es crucial para la evaluación coherente y armónica entre instrumentos especializados.

⁷⁸ Cfr. OMS, Asamblea Mundial de la Salud, *WHA64.5 Preparación para una gripe pandémica: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios*, Sexagésimo cuarto periodo de sesiones, 24 de mayo de 2011, 2. Objetivo.

⁷⁹ *Ibidem*, 5.4 Acuerdos Modelo de Transferencia de Material.

⁸⁰ *Ibidem*, 6. Sistema de compartición de beneficios en el contexto de la preparación para una gripe pandémica.

⁸¹ Cfr. OMS, Asamblea Mundial de la Salud, *A72/32 Implicaciones para la salud pública de la aplicación del Protocolo de Nagoya*, Informe del Director General, 72.ª reunión de la Asamblea Mundial de la Salud, 18 de abril de 2019.

En suma, el *PIP Framework* no descarta la posibilidad de considerar los avances y lecciones aprendidas desde el CDB y sus Protocolo de Nagoya en el perfeccionamiento de su propio régimen jurídico, lo cual impulsa un desarrollo coherente que puede ser un punto de referencia para la CONVEMAR.

4. EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS EN ACUERDOS COMERCIALES.

a) Tratado comercial México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)

El 1 julio de 2020 entró en vigor el T-MEC como el nuevo acuerdo regional desarrollado con altos niveles de protección al medio ambiente y con un enfoque de apoyo mutuo entre las esferas comerciales y ambientales.⁸²

El capítulo 24 del tratado contiene una disposición acerca del comercio y la biodiversidad, por la cual se reconoce la importancia de su conservación y uso sostenible, al mismo tiempo destacan el papel del acceso a los recursos genéticos, dentro de sus respectivas jurisdicciones nacionales, a través del CFP y la CMA, incluida la distribución de los beneficios derivados de su utilización entre usuarios y proveedores de tales recursos.⁸³ Este componente coloca al tema del acceso a los recursos genéticos como parte de un nuevo lenguaje comercial en la región.

Por otro lado, las Partes acordaron abordar asuntos de interés mutuo mediante la cooperación, misma que puede incluir al intercambio de información y experiencias en áreas como el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de su utilización.⁸⁴ Esto significa que los países de la región comercial pueden allegarse de las experiencias nacionales en la implementación de los regímenes internacionales de acceso.

La introducción de temas como los recursos genéticos en los tratados comerciales permitirán explorar sus implicaciones hacia las discusiones internacionales de otros foros internacionales.⁸⁵

⁸² Cfr. Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, texto preambular.

⁸³ *Ibidem*, artículo 24.15.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Cfr. Espinosa, María Fernanda, "Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC", *Revista ICONOS*, número 9, Flacso, Ecuador, Quito, 2004, p. 14.

b) Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT)

En diciembre de 2018 entró en vigor el TIPAT, acuerdo comercial que en el ámbito ambiental busca promover la adopción de altos niveles para su protección a través de la aplicación efectiva de las legislaciones nacionales en la materia.⁸⁶

El capítulo 20 del acuerdo comercial reconoce la importancia de facilitar el acceso a recursos genéticos conforme a las jurisdicciones nacionales de las Partes y de conformidad con las obligaciones internacionales de cada Parte. Se hace énfasis en que algunas Partes exigen el CFP para conceder el acceso a los recursos genéticos y, una vez otorgado, el establecimiento de CMA para la distribución de los beneficios derivados de su utilización entre usuarios y proveedores.⁸⁷

A través de la cooperación internacional, las Partes pueden abordar asuntos de interés mutuo para el intercambio de información y experiencias en materia de biodiversidad, tales como el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios derivados de su utilización.⁸⁸ En modo similar al T-MEC, el TIPAT adopta un nuevo lenguaje comercial frente a los regímenes internacionales de acceso.

El acceso a los recursos genéticos en los acuerdos comerciales exige certidumbre y seguridad jurídica para la observancia del marco regulatorio de los Estados Parte. La construcción del lenguaje comercial y medio ambiental se desarrolló con plena vigencia de las reglas contenidas en tratados como el CDB y sus Protocolo de Nagoya, lo cual impone el compromiso de mantener una coherencia legal con los trabajos de la CONVEMAR.

5. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS FINALES A MANERA DE APORTACIÓN.

Los informes de las Naciones Unidas que indican un alto porcentaje de especies marinas vivientes en los fondos marinos con características e información aún desconocidas son un valioso atractivo para el sector biotecnológico en un mundo bioeconómico.

La creación de un nuevo lenguaje comercial que abriga al tema de los recursos genéticos con los pilares de acceso (CMA y CFP), colocan a instrumentos como el CDB y su Protocolo de Nagoya como un logro social hacia el logro del equilibrio y compatibilidad entre las esferas ambientales y comerciales.

⁸⁶ Cfr. Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, texto preambular.

⁸⁷ *Ibidem*, artículo 20.13.4.

⁸⁸ *Ibidem*, artículo 20.13.6.

La construcción de nuevas reglas internacionales siempre trae consigo resistencias legítimas e ilegítimas, sin embargo, cada vez es más notoria la voz de Estados que buscan abatir la problemática de la biopiratería haciéndose notar en diversos foros e instrumentos internacionales.

El establecimiento de regímenes internacionales relativos al acceso a los recursos genéticos exige alcanzar un punto de acuerdo entre las cuestiones ambientales, económicas, sociales y científicas. El camino hacia la consolidación de procesos de codificación del derecho internacional en este ámbito inició desde la adopción del CDB y ahora su Protocolo de Nagoya. Las deliberaciones con motivo del BBNJ no pueden omitir los precedentes políticos y jurídicos de los instrumentos especializados vigentes que visibilizan fórmulas de solución para un adecuado acceso a los recursos genéticos. Así, las relaciones internacionales incorporarán gradualmente en su agenda al acceso a los recursos genéticos.

Los principios jurídicos tradicionalmente adoptados por la CONVEMAR estarán siendo puestos a prueba frente al principio de justicia en todas sus vertientes. La determinación jurídica de los recursos transzonales, o bien, que coexisten en las zonas de jurisdicción nacional que se reflexiona en el BBNJ es un claro ejemplo de las complejidades por las que atraviesa la rigidez de principios considerados como intocables en la CONVEMAR frente a la sana crítica jurídica para la construcción de acuerdos multilaterales cuando estos fenómenos ocurran al interior del BBNJ.

La discusión añeja acerca de la distinción entre los recursos biológicos y genéticos con fines de utilización para investigación genética y como producto básico en el BBNJ no estuvo ausente en la adopción del Protocolo de Nagoya, es decir, no constituyó una barrera para el surgimiento de ese tratado. La implementación nacional permite que este aspecto pueda resolverse hacia la regulación de la utilización comercial misma del recurso genético y no gravar en exceso el acceso.

En modo similar, la definición acerca de si el BBNJ debe aplicar a los recursos *in situ* y/o *ex situ* es una cuestión que se está abordando por los Estados Parte del Protocolo de Nagoya. Este punto técnico puede alimentarse de la puesta en marcha de los procesos de implementación nacional del referido Protocolo.

Las consecuencias prácticas para adoptar al BBNJ radica el combate a una problemática generalizada y evidente alrededor del mundo como lo es la biopiratería. La materialización de la apropiación indebida y mal uso de los recursos genéticos acontece con mayor lesividad social en las actividades de comercialización de los productos biotecnológicos derivados de estos recursos.

Los principios de patrimonio común de la humanidad y de libertad de la alta mar para el caso de los recursos genéticos marinos podrían constituir un obstáculo para el cambio de paradigma social. Al mismo tiempo, esto podría negarle a los Estados de un sistema justo y equitativo para la distribución de beneficios monetarios y no monetarios.

De esta manera, la CONVEMAR no está considerando plenamente y con claridad el progreso realizado en otros tratados especializados en materia acceso a los recursos genéticos, esto al no impulsar con mayor visibilidad el lenguaje internacionalmente adoptado, por ejemplo, el contenido en el Protocolo de Nagoya.

Finalmente, la relación del BBNJ con los derechos de propiedad intelectual es quizás uno de los retos mayores de este proceso internacional. Esta justa relación no ha llegado del todo en ninguno de los actuales instrumentos especializados en materia de acceso a los recursos genéticos. Una nueva oportunidad social aparece para la comunidad internacional.

6. BIBLIOGRAFÍA.

CDB, Conferencia de las Partes, Decisión VII/19. Acceso y participación en los beneficios en relación con los recursos genéticos (Artículo 15), UNEP/CBD/COP/7/21. [Consultada 11 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-07/full/cop-07-dec-es.pdf>]

CDB, Conferencia de las Partes, Decisión VIII/21. Diversidad biológica marina y costera: conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del fondo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional. [Consultada 11 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-08/full/cop-08-dec-es.pdf>]

Concha Machuca, Ricardo, “El protocolo de Nagoya y los acuerdos para el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: una propuesta discutida”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Volumen 10, número 3, 2020. [Consultada 3 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/7327>]

Decreto de promulgación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, México, 7 de mayo de 1993, Diario Oficial de la Federación. [Consultada 9 de noviembre de 2021] [Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4735670&fecha=07/05/1993#:~:text=DOF%3A%2007%2F05%2F1993&text=El%20citado%20Convenio%20fue%20aprobado,mil%20novecientos%20noventa%20y%20tres]

Decreto Promulgatorio del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en Nagoya el

- veintinueve de octubre de dos mil diez, México, 10 de octubre de 2014, Diario Oficial de la Federación. [Consultada 9 de noviembre de 2021] [Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5363605&fecha=10/10/2014]
- Decreto por el que se aprueba el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, hecho en Santiago de Chile el ocho de marzo de dos mil dieciocho, así como los cuatro acuerdos paralelos negociados en el marco de la suscripción del mismo, México, 23 de mayo de 2018, Diario Oficial de la Federación. [Consultada 10 de noviembre de 2021] [Disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5523830&fecha=23/05/2018]
- Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho; del Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en la Ciudad de México el diez de diciembre de dos mil diecinueve; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados en la Ciudad de México, el diez de diciembre de dos mil diecinueve, México, 29 de junio de 2020, Diario Oficial de la Federación. [Consultada 10 de noviembre de 2021] [Disponible en: http://dof.gob.mx/2020/SRE/T_MEC_290620.pdf]
- Espinosa, María Fernanda, “Recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: piezas clave en los TLC”, *Revista ICONOS*, número 9, Flacso, Ecuador, Quito, 2004. [Consultada 10 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/Articulo?codigo=4823273>]
- FAO, Órgano Rector, Quinta reunión, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Resolución 1/2013 Aplicación del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios. [Consultada 10 de noviembre de 2021] [Disponible en: <http://www.fao.org/3/be594s/be594s.pdf>]
- FAO, Órgano Rector, Séptima reunión, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Resolución 2/2017 Medidas para mejorar el funcionamiento del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios, IT/GB-7/17/Res2. [Consultada 2 de noviembre de 2021] [Disponible en: <http://www.fao.org/3/MV104ES/mv104es.pdf>]
- Greiber, Thomas *et al.*, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios, Gland (Suiza), UICN, 2013. [Consultada 12 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-083-Es.pdf>]
- Moore, Gerald, TYMOWSKI, Witold, *Guía Explicativa del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, UICN, Gland, Suiza, 2008. [Consultada 12 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-057-Es.pdf>]

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

- Morales Sánchez, Mario Alberto, Amaro Rosales, Marcela, coordinadores, *La biotecnología en México, Innovación tecnológica, estrategias competitivas y contexto institucional*, Facultad de Economía, UNAM, 2019. [Consultada 5 de noviembre de 2021] [Disponible en: <http://www.economia.unam.mx/assets/pdfs/libros/biotecnologia/La%20Biotecnologia%20en%20Mexico.pdf>]
- ONU, Asamblea General, A/59/62/Add.1 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General*, quincuagésimo noveno período de sesiones, 18 de agosto de 2004. [Consultada 3 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/59/62/Add.1>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/59/24 *Los océanos y el derecho del mar*, quincuagésimo noveno período de sesiones, 4 de febrero de 2005. [Consultada 3 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/59/24>]
- ONU, Asamblea General, A/60/63/Add.1 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General, adición*, sexagésimo período de sesiones, 15 de julio de 2005. [Consultada 4 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/60/63/Add.1>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/61/222 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo primer período de sesiones, 16 de marzo de 2007. [Consultada 4 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/61/222>]
- ONU, Asamblea General, A/62/66/Add.2 *Los océanos y el derecho del mar, Informe del Secretario General, adición*, sexagésimo segundo período de sesiones, 10 de septiembre de 2007. [Consultada 5 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/62/66/Add.2>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/62/215 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo segundo período de sesiones, 14 de marzo de 2008. [Consultada 5 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/62/215>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/63/111 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo tercer período de sesiones, 12 de enero de 2009. [Consultada 5 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/63/111>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/64/71 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo cuarto período de sesiones, 12 de marzo de 2010. [Consultada 6 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/64/71>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/65/37 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo quinto período de sesiones, 17 de marzo de 2011. [Consultada 6 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/65/37>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/66/231 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo sexto período de sesiones, 5 de abril de 2012. [Consultada 6 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/66/231>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/66/288 *El futuro que queremos*, sexagésimo sexto período de sesiones, 11 de septiembre de 2012. [Consultada 6 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/66/288>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/67/78 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo séptimo período de sesiones, 18 de abril de 2013. [Consultada 6 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/67/78>]

- ONU, Asamblea General, A/68/339 *Los océanos y el derecho del mar*, Carta de fecha 23 de septiembre de 2013 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta, sexagésimo octavo periodo de sesiones, 23 de septiembre de 2013. [Consultada 7 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/68/399>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/68/70 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo octavo periodo de sesiones, 27 de febrero de 2014. [Consultada 7 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/68/70>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/69/245 *Los océanos y el derecho del mar*, sexagésimo noveno periodo de sesiones, 24 de febrero de 2015. [Consultada 7 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/69/245>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/69/292 *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, sexagésimo noveno periodo de sesiones, 6 de julio de 2015. [Consultada 8 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/69/292>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/72/249 *Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, septuagésimo segundo periodo de sesiones, 19 de enero de 2018. [Consultada 8 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/72/249>]
- ONU, Asamblea General, A/CONF.232/2018/3 *Conferencia intergubernamental sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, (Nueva York, 4 a 17 de septiembre de 2018), primer periodo de sesiones, 25 de junio de 2018. [Consultada 8 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.232/2018/3>]
- ONU, Asamblea General, A/AC.287/2017/PC.4/2, *Comité Preparatorio establecido en virtud de la resolución 69/292 de la Asamblea General: elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, cuarto periodo de sesiones, Nueva York, 10 a 21 de julio de 2017, 31 de julio de 2017. [Consultada 9 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/AC.287/2017/PC.4/2>]
- ONU, Asamblea General, A/RES/74/19 *Los océanos y el derecho del mar*, septuagésimo cuarto periodo de sesiones, 20 de diciembre de 2019. [Consultada 9 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/74/19>]

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

- ONU, Asamblea General, A/75/L.96, *Singapur: proyecto de decisión, Conferencia intergubernamental sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, septuagésimo quinto período de sesiones, Nueva York, 9 de junio de 2021. [Consultada 9 de noviembre de 2021] [Disponible en: <https://www.undocs.org/es/A/75/L.96>]
- OMS, Asamblea Mundial de la Salud, WHA64.5 *Preparación para una gripe pandémica: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios*, Sexagésimo cuarto período de sesiones, 24 de mayo de 2011. [Consultada 10 de noviembre de 2021] [Disponible en: https://apps.who.int/gb/pip/pdf_files/pandemic-influenza-preparedness-sp.pdf]
- OMS, Asamblea Mundial de la Salud, A72/32 *Implicaciones para la salud pública de la aplicación del Protocolo de Nagoya*, Informe del Director General, 72.^a reunión de la Asamblea Mundial de la Salud, 18 de abril de 2019. [Consultada 10 de noviembre de 2021] [Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_32-sp.pdf]
- Ruiz Muller, Manuel, *Recursos genéticos como información natural, Implicancias para el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, segunda edición, Lima, Perú, 2018. [Consultada 11 de noviembre de 2021] [Disponible en: https://repositorio.spda.org.pe/bitstream/20.500.12823/131/1/Recursos_geneticos_2018.pdf]
- Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, adoptado el 3 de noviembre de 2001 por la 31^a Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). [Consultada 14 de noviembre de 2021] [Disponible en: http://www.fao.org/pgrfa-gpa-archive/hnd/files/Tratado_internacional_sobre_los_recursos_fitogeneticos_para_la_alimentacion_y_la_agricultura.pdf]

La evolución jurídica de los regímenes económicos matrimoniales en México a 200 años de la consumación de su Independencia*

The legal evolution of the matrimonial property regimes in Mexico, 200 years after the consummation of its Independence

Arán García Sánchez**

RESUMEN

El presente trabajo de investigación plantea un análisis de historia comparada, con base en la evolución jurídica de los regímenes económicos matrimoniales a partir de la consumación de la independencia de México y el surgimiento de su sistema jurídico hasta nuestros días. A través de un enfoque normativo y empírico, el autor realiza un estudio descriptivo de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina que ha incidido en la evolución de las instituciones referidas.

PALABRAS CLAVE

Regímenes matrimoniales, separación de bienes, sociedad conyugal, capitulaciones.

ABSTRACT

This research work proposes a comparative (historical) analysis, based on the legal evolution of matrimonial economic regimes from the consummation of independence in Mexico and the emergence of the Mexican Legal System to this day. For this, under a normative and empirical approach, a descriptive study of the legislation, jurisprudence and doctrine is carried out, which have influenced the evolution of the aforementioned institutions.

KEYWORDS

Marital regimes, Separation of property, Conjugal partnership, Capitulations.

*Artículo de investigación postulado el 15 de noviembre de 2021 y aceptado el 24 de marzo de 2022

**Director del Departamento de Derecho en la Región Centro – Sur del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Puebla, México.

(agarci@tec.mx) orcid.org/0000-0002-8693-1177

SUMARIO

1. Introducción
2. Los regímenes económicos matrimoniales en el periodo decimonónico
3. La evolución de los regímenes económicos matrimoniales en el siglo xx
4. Los regímenes económico-matrimoniales en el sistema jurídico mexicano en el siglo xxi
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de esta investigación parte de la siguiente pregunta: ¿Cuál ha sido la evolución de los regímenes económicos matrimoniales en México, a 200 años de la consumación de su Independencia? La anterior pregunta permite plantearnos la siguiente hipótesis: Los regímenes económicos matrimoniales en México han tenido una evolución jurídica, respecto al tipo de legislación que los ha regulado a 200 años de la consumación de su independencia.

En primer término, se realiza un análisis de la evolución de las instituciones objeto de estudio a partir del derecho colonial como antecedente y hasta la codificación civil federal de 1884. Posteriormente, estudiamos su desarrollo en el siglo XX, partiendo de la producción legislativa de Venustiano Carranza y culminando con la independencia legislativa de la codificación civil del entonces Distrito Federal. Por último, analizamos la evolución del sistema jurídico matrimonial y de los regímenes económicos matrimoniales a la luz del presente siglo.

Es preciso señalar que la presente investigación se realiza principalmente tomando en consideración los textos normativos que regulaban en su momento los regímenes económicos matrimoniales. En esa medida, se toman como base, para el desarrollo del trabajo, los aspectos que estaban previstos en los ordenamientos jurídicos en cada periodo específico de tiempo, lo cual es concatenado con doctrina especializada para dotar de mayor sentido al tema. Cabe precisar que se añade al trabajo el Derecho Indiano como antecedente de importancia para el entendimiento de la regulación e implicaciones de los regímenes económicos matrimoniales posteriores a la consumación de la independencia.

2. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN EL PERIODO DECIMONÓNICO

2.1 *Derecho indiano*

En México, para efectos del presente estudio, es necesario referirse al estado de la cuestión en cuanto al matrimonio y sus regímenes económicos, previos a la Independencia del país, para después introducimos en el sistema jurídico post independentista.

Anterior a la consumación de la independencia mexicana, el sistema jurídico, que imperaba, estaba conformado por el derecho colonial o también conocido como derecho indiano.¹

A partir de lo planteado por el Dr. Margadant, podemos señalar que existió la aplicación paralela de dos derechos, el colonial o indiano y el castellano, es decir, el primero era aplicado específicamente en la colonia y el castellano era de aplicación general y supletoria respecto del primero.

El derecho indiano, tuvo su origen en 1492 en las Capitulaciones de Santa Fe y su desaparición fue resultado de la consumación de los procesos independentista del siglo XIX.² Sus principales fuentes fueron: *Cédulas reales, provisiones, instrucciones, ordenanzas, autos acordados, pragmatismo, reglamentos, decretos, cartas abiertas*.³ Lo anterior provocó que el sistema jurídico colonial estuviera conformado por distintos cuerpos normativos no sistematizados. Provocando la *recopilación de las leyes de las indias* de 1680.⁴ A pesar del esfuerzo recopilador "[...] no recogió con exactitud el texto de las disposiciones y omitió otras, de allí la necesidad de confrontar sus leyes con los textos originales".⁵ La iniciación de la vigencia de la recopilación en la Nueva España es mediante reales cédulas.⁶ Posterior al proceso recopilador, en 1680, y con el afán de subsanar

¹ "Derecho expedido por las autoridades españolas peninsulares o sus delegados u otros funcionarios y organismos en los territorios ultramarinos, para valer en éstos. Hacia un lado, este derecho se completa por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la corona o el ambiente cristiano y por otro lado (y sobre todo en materia de derecho privado) por el derecho castellano" en Floris Margadant, Guillermo, *Introducción al estudio del derecho mexicano*, 18a. ed., Ciudad de México, Esfinge, 2009, p. 53.

² Bernal Gómez, Beatriz, "La periodificación del Derecho Indiano" en la obra de Alfonso García-Gallo, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2011, p. 199.

³ Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 54.

⁴ Cuyo contenido era de nueve libros integrados por 218 títulos y 6447 leyes Cfr. Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford, 2003, pp. 249-250.

⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁶ En la Nueva España, inicia la distribución y venta de la Recopilación, a partir del anuncio que se le hace al virrey mediante Reales Cédulas de 29 de mayo y 17 de junio de 1680. Posterior a ello, los Cabildos fueron obligados a adquirir su propia Recopilación para gobernar y administrar justicia. Muro Orejón, "Cedulario americano del siglo XVII",

sus deficiencias, se intentó adecuar dicha recopilación a través de un proyecto denominado "Nuevo Código de las Leyes de las Indias".⁷

A continuación, analizaremos la conformación del derecho familiar indiano, con base en el derecho privado. El derecho privado indiano era conformado por el derecho castellano de forma supletoria y sus fuentes, derivado de la escasez de normas ius privatistas en éste.⁸

El derecho familiar indiano, tiene su fuente en la cédula real del 12 de julio de 1564. Dicha cédula declara que sus cánones, producto del Concilio de Trento, son ley de rey y esta es la fuente de la castellanización del derecho canónico.⁹ Por lo tanto, el derecho privado indiano se fortalecía con la supletoriedad del derecho castellano y por las Siete Partidas y, para el caso de las instituciones familiares, eran reguladas por el derecho canónico a partir de su castellanización derivado de la Cédula Real en comento.

Las principales incidencias del derecho indiano en materia de matrimonio, de acuerdo con la Dra. Castañeda, fueron: El aumento de las relaciones concubina-rias al dar plena validez a los matrimonios eclesiásticos.

En cuanto al tema de las tutelas y fianzas fue regulado por el Consejo de Indias. También fueron emitidas normas en dos sentidos: para que los coloni-zadores no abandonaran a sus esposas en territorio español y para preservar la unidad de la familia indígena a través de prohibiciones laborales, en cuanto a que una esposa, no podía laborar en una hacienda, si el esposo no trabajaba en el mismo lugar.¹⁰

Antonio Dougnac, en su libro *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, realizó un esquema del régimen económico matrimonial, cuya pretensión fue estructurar al derecho matrimonial vigente en las indias, y al mismo tiempo propone un esquema del régimen económico matrimonial.¹¹

Escuela de Estudios Hispano Americanos de Sevilla, Consejo Superior de Investigación Científica, Sevilla, 1956, t. I, núm. 95. *Cit in*. Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, Ciudad de México, Oxford, 2003, p. 251.

⁷ En la realidad, se presentó ante el Rey Carlos IV, fue un proyecto del libro primero de dicha codificación, posteriormente a través de un Real Decreto de 1792 ordenó que no se publicará en su totalidad. Por lo tanto, lo que se publicó fue el primer libro y es por ello la denominación de "proyecto". La mayoría de las normas recopiladas, incluyen cuestiones de Derecho público; las de orden privado se regulaban por el Derecho castellano, como las Siete Partidas, o por el canónico. Castañeda Rivas, María Leoba, "El derecho civil en la época independiente", en *La independencia de México a 200 años de su inicio*. Pensamiento social y jurídico, Ciudad de México, UNAM, 2010, p. 26, [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4074/3.pdf>].

⁸ Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 133.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 26-28.

¹¹ Dougnac Rodríguez, Antonio, *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, pp. 238-239 [Disponible en: http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000175].

El autor en comento define al régimen económico matrimonial,¹² con base en el derecho comparado, los divide en: comunidad de bienes; de separación; el de participación en los gananciales y el dotal. Al mismo tiempo deduce que el régimen de comunidad de bienes restringido a los gananciales es el que se aplicó fundamentalmente en las Indias, derivado del trasplante del sistema castellano al nuevo mundo. Dicha integración no es de forma pura, ya que existen variantes de las donaciones matrimoniales, en cuanto a los esponsales, la dote y las arras.¹³ Por último, define y describe el contenido del régimen de la manera siguiente:

En el régimen de comunidad de bienes restringidos a los gananciales, forma el fondo común los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso por cualquiera de los cónyuges y los frutos que producen tanto los bienes sociales como los propios de los cónyuges. Los muebles o inmuebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia del matrimonio son propios de cada cual. También aquí la administración de todos los bienes compete al marido.¹⁴

Después de analizar las fuentes del Derecho Indiano, sus incidencias en el matrimonio y determinar el régimen económico que predominó en la época, es pertinente destacar la regulación y función de la dote, en el periodo conocido como la colonia o el virreinato. Su regulación encontraba sustento en las Leyes del Toro y su función era incidir en las relaciones económicas matrimoniales. A partir de una declaración de los bienes y su valor (propiedad de la familia de la novia) a favor del novio con la condición de contraer matrimonio, cuya formalidad era a través de una carta dotal ante notario. Además, el esposo aportaba el 10 por ciento del valor de su bienes en calidad de arras. La de la dote y las arras conformaban el patrimonio del marido.¹⁵

A partir de este momento podemos iniciar el análisis de los regímenes económicos, con base en el sistema jurídico post independentista.

¹² Quien lo definió como "Llamamos régimen económico matrimonial a la regulación de los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros. Esta regulación ha variado según los diversos sistemas jurídicos que ha conocido la humanidad. Los más sobresalientes en el derecho comparado son: el de comunidad de bienes; el de separación; el sin comunidad; el de participación en los gananciales y el dotal", *Ibidem*, pp. 239-240.

¹³ *Ibidem*, pp. 240-241

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Couturier, Edith, "La mujer y la familia en el México del siglo XVIII: Legislación y práctica", *Historias. Revista de la Dirección de Estudios Históricos del Instituto Nacional de Antropología e Historia*, 1996, pp. 28-29, [Disponible en: https://estudioshistoricos.inah.gob.mx/revistaHistorias/wp-content/uploads/historias_36_27-38.pdf].

2.2 Sistema jurídico familiar del México independiente

La codificación civil oaxaqueña de 1827, es considerada la primera de las naciones independientes en América, con base en el Código Civil francés¹⁶ y la primera codificación de México, independiente de otros proyectos de códigos civiles de otros estados.¹⁷ En dicha codificación no encontramos una reglamentación específica en cuanto a regímenes económicos. El artículo 33¹⁸ de la referida codificación oaxaqueña, menciona que debían expresar las partidas matrimoniales y en ninguna de sus siete fracciones hace referencia a los regímenes económicos matrimoniales. Lo anterior tiene su fundamento en que hasta ese momento no existía una separación entre Estado e Iglesia, los nacimientos, matrimonios y muertes eran registrados en los libros parroquiales a cargo de los curas y con autorización del Estado.¹⁹ En consecuencia, los únicos matrimonios válidos eran los católicos.²⁰

Por lo tanto, es evidente que después de la consumación de la independencia el derecho indiano se continuó aplicando, en cuanto y tanto se construía un sistema jurídico secular.

Posterior a la consumación, la situación nacional se encontraba en las siguientes circunstancias: carente de un orden constitucional, de un ordenamiento jurídico, derivado de lo anterior se seguía aplicando el derecho indiano. Además había una gran influencia de los representantes católicos en la vida nacional, en particular en la constitución, declaración y reconocimiento de los actos de lo civil. Lo anterior derivó en la creación de un sistema laico. Con relación a este último aspecto, se ha señalado que el término de la influencia del Iglesia en la regulación de figuras de carácter jurídico, si bien no fue inmediatamente posterior a la independencia en la medida que se siguió utilizando un tiempo en la legislación colonial, fue definitiva para que a mediados del siglo XIX se comenzaran a

¹⁶ Cruz Barney, Óscar, "La Codificación en México", en *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 175, [Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1733-historia-del-derecho-memoria-del-congreso-internacional-de-culturas-y-sistemas-juridicos-comparados>].

¹⁷ "[...] además, en otros estados se elaboraron algunos proyectos de códigos civiles, como en Zacatecas (1829) y Jalisco (1833). También es importante señalar que en Guanajuato se celebró un concurso para su elaboración (1833). Ramírez Martínez, Benito, "Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación civil federal mexicana". *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, Volumen XXXVI, julio-diciembre 2017, p. 85 [Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/article/view/11945/13708>].

¹⁸ Véase: Código Civil de Oaxaca, Notaría Pública 232 de la Ciudad de México. [Disponible en: <https://www.notaria-232df.com/codigos/codigo-civil-de-oajaca-1828-1829-libro-primero-titulo-segundo-de-los-registros-de-los-nacimientos-matrimonios-y-muertes-arts-28-a-37/>].

¹⁹ *Ibidem*. Artículo 28 Código Civil de Oaxaca.

²⁰ *Ibidem*. Artículo 78 Código Civil de Oaxaca.

llevar a cabo esfuerzos para propugnar por regulaciones de carácter secular que concluyeron en las Leyes de Reforma.²¹

Lo anterior es la fuente histórica que provocó la separación de la Iglesia y el Estado mexicano a partir de las Leyes de Reforma de 1855-1867. Dentro de los ordenamientos que conformaban las referidas leyes, encontramos la Ley Orgánica del Registro Civil de 1857, considerada una ley de carácter administrativo y que en su artículo 72 hace referencia a los efectos jurídicos del matrimonio siempre y cuando se registre ante un Juez del Registro Civil.²² Dichos efectos jurídicos civiles son regulados en el artículo 73 de la ley en comento, dentro de ellos encontramos: "[...] las ganancias, la dote, las arras y demás acciones que le competen a la mujer", en cuanto a la administración de la sociedad conyugal señala que le corresponde al marido.²³ A partir de este momento podemos decir que tenemos en México los primeros vestigios seculares de los regímenes económico-matrimoniales.

Codificaciones civiles de 1870 y 1884. Las dos codificaciones compartían la misma denominación: Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. La primera codificación decimonónica civil federal, fue aprobada por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870 e inicia su vigencia a partir del 1° de marzo de 1871.²⁴ En cuanto a la segunda, el 14 de diciembre de 1883 el Congreso facultó al Poder Ejecutivo para que llevara a cabo las reformas correspondientes, el 31 de marzo de 1884 se expidió y el 24 de mayo de 1884 se aprueba.²⁵ Derivado segundo del mismo nombre, aprobado y expedido el 31 de marzo de 1884.²⁶

Ambas codificaciones contemplaban una concepción idéntica del matrimonio, en el primero de ellos en su artículo 159 y el segundo en el artículo 155: "El matrimonio es la sociedad de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".²⁷ La única diferencia que existía era la ubicación en su articulado. Cabe

²¹ Ramírez Martínez, Benito, *op. cit.*, p. 86.

²² Artículo 72. "El matrimonio que no esté registrado, no producirá efectos civiles", *Ley orgánica del Registro Civil de 1857*. [Disponible en: http://www.anfade.org.mx/docs/ponencias/Leyorganicaregistrocivil1857_anexo5.pdf].

²³ Artículo 73. *Ibidem*.

²⁴ Cruz Barney, Óscar, *La Codificación op. cit.*, p. 143.

²⁵ *Ibidem*, p. 146.

²⁶ Artículo único. [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1884-arts-1-a-a-26-de-la-le-y-de-las-personas/>].

²⁷ "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Código Civil de 1870 artículo 159, [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1870-arts-159-a-189/> y Código Civil 1884 artículo 155 <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1884-arts-155-a-289-del-matrimonio/>].

destacar que en dichas concepciones establecen: la naturaleza jurídica del matrimonio como una sociedad legítima, además determinaba la heterosexualidad de los cónyuges, su indisolubilidad y su objeto fundado en la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

Por lo que se refiere a los regímenes económicos matrimoniales en las codificaciones en comento, planteamos un comparativo entre ellas, respecto al número de artículos que regulan el contrato de matrimonio con relación a los bienes de los cónyuges y es mínima.

El Código civil de 1870 funda su regulación del artículo 2099 a 2350²⁸ y la codificación de 1884 del artículo 1965 a 2218.²⁹ El primero tiene dedicados 251 artículos y el segundo 247, es decir, existe una diferencia de 4 artículos en cuanto a su extensión.

En relación a las clases de regímenes económicos matrimoniales previstos por las legislaciones civiles decimonónicas mexicanas eran: la sociedad conyugal (voluntaria y legal) y de separación de bienes. Los artículos 2099 del Código Civil de 1870 y 1965 del Código Civil de 1884 señalaban: "El contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes". Derivado de lo anterior podemos deducir que no existía un régimen económico matrimonial supletorio en ambas codificaciones.

En el mismo capítulo primero en ambas legislaciones denominado Disposiciones generales, se establecen las clases de sociedad conyugal al señalar: "La sociedad conyugal puede ser voluntaria o legal" (artículos 2101 del Código Civil de 1870 y 1967 del Código Civil de 1884).

En materia de la sociedad conyugal había dos clases: voluntaria y legal y lo que no estuviere comprendido en los títulos, sería regulado por la sociedad común de forma supletoria (artículos 2105 CC 1870 y 1969 CC 1884).

La sociedad voluntaria: se encontraba regulada en el Capítulo III, en los artículos 2120-2130 CC de 1884 y 1986-1996 CC de 1884. El texto de los artículos en comento eran idénticos, la única diferencia era la ubicación en cuanto al articulado. La base de la sociedad voluntaria, era la autonomía de la voluntad, con fundamento en las capitulaciones matrimoniales,³⁰ y en la escritura de capitulaciones que constituía sociedad voluntaria podría establecerse un tercer

²⁸ Código Civil de 1870, [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1870-arts-2099-a-2350-del-contrato-de-matrimonio-con-relacion-a-los-bienes-de-los-consortes/>].

²⁹ Código Civil de 1884, [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1884-arts-1965-a-2218-del-contrato-de-matrimonio-con-relacion-a-los-bienes-de-los-consortes/>].

³⁰ Las capitulaciones debían constar en escritura pública, su contenido era regulado por los artículos 2120 CC de 1870 y 1997 CC de 1884.

régimen económico de ganancias.³¹ Además, todo lo que no estuviere expresado en ellas de modo terminante, era regulado por lo establecido en la sociedad legal (artículos 2102 CC de 1870 y 1968 CC de 1884). Dicha autonomía no era ilimitada, por el contrario las mismas codificaciones establecían límites. Por último, los artículos 2130 CC de 1870 y 1996 CC de 1884 señalaba la supletoriedad del régimen de sociedad a falta de capitulaciones expresas.

La sociedad legal: se encontraba regulada por los artículos 2131 al 2155 Código Civil de 1870 y 1997 al 2022 Código Civil de 1884. Dicha sociedad consideraba dos tipos de bienes: los propios de cada cónyuge³² siendo necesaria la formulación de un inventario respecto de los mismos³³ y los que conformaban el fondo legal de la sociedad,³⁴ sin dejar de lado ciertas particularidades respecto a qué otras cosas pertenecen al mismo.³⁵

Ambas codificaciones iniciaban su reglamentación señalando los efectos que producen los matrimonios celebrados fuera del "Distrito o de la California" (sic

³¹ Artículo 2120 CC de 1870 y 1986 CC de 1884. La escritura de capitulaciones que constituya la sociedad voluntaria, debe contener: 4° La declaración de si la sociedad es sólo de ganancias, expresándose por menor cuáles deban ser las comunes y la parte que a cada consorte haya de corresponder. [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1870-arts-2099-a-2350-del-contrato-de-matrimonio-con-relacion-a-los-bienes-de-los-consortes/>].

³² A partir de los artículos 2133-2140 CC de 1870 y 1999-2007 CC de 1884, se determinan los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Son propios: los bienes al tiempo de celebrarse el matrimonio, los que se adquieran por prescripción positiva cuando la posesión inició antes del matrimonio, los que adquieran por el don de la fortuna, por donación, herencia, legado constituidos a título particular, los adquiridos por retroventa u otro título anterior al matrimonio, independientemente de que la prestación se cumpla después del matrimonio, los bienes raíces adquiridos por sustitución derivado de compraventa o permuta de bienes propios de los cónyuges, los que se adquieran por consolidación, las prestaciones exigibles en plazos vencidos durante el matrimonio no serán gananciales a excepción de las derivadas del usufructo (artículos 2134-2140 CC de 1870 y 1999-2007 CC de 1884).

³³ Era necesario formular un inventario de los bienes propios, en las capitulaciones matrimoniales o instrumento público separado. Si no se ha hecho inventario se presumen comunes (artículos 2155 CC de 1870 y 2022 CC de 1884).

³⁴ Los artículos 2141 CC de 1870 y 2008 CC de 1884 señalaban lo que conformaba el fondo de la sociedad legal considerando lo siguiente: los bienes adquiridos por el marido o cualquiera de los cónyuges, los que provengan por herencia, legado o donación sin designación de parte, el precio sacado de la masa común para adquirir fincas por retroventa u otro título, el exceso o diferencia de predio dado por uno de los cónyuges, los bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad a costa del caudal común, los frutos, accesiones, rentas e intereses percibidos o devengados durante la sociedad, procedentes de los bienes comunes o de los de cada cónyuge.

³⁵ De los artículos 2142 al 2155 CC de 1870 y 2009 al 2022 CC de 1884, se establecen ciertas particularidades en cuanto a qué otras cosas pertenecen al fondo legal. Lo adquirido por razón del usufructo pertenecen al fondo social, los edificios construidos durante la sociedad con fondos de ella, la cabezas de ganado que excedan del número de las que al celebrarse el matrimonio tenían los cónyuges, las minas denunciadas durante el matrimonio, así como las barras o acciones adquiridas con el caudal común, los frutos pendientes al disolverse la sociedad, los tesoros encontrados casualmente es propio del cónyuge que lo encontró y el encontrado por industria pertenece al fondo social, los productos de las barras y las acciones propias de los cónyuges durante la sociedad son parte del fondo social, los bienes que algunos de los cónyuges debió adquirir como propios durante ella, y que no fueron adquiridos sino después de disuelta, además de sus frutos.

artículos 2123 CC de 1870 y 1997 CC de 1884) y que al domiciliarse en dichos territorios que leyes regulan al matrimonio y los bienes de los cónyuges.³⁶

La única diferencia entre las dos codificaciones en este rubro es que el CC de 1844 incorpora en su artículo 2005 la regulación del precio obtenido producto de la venta de bienes propios de cada uno de los cónyuges es propia del vendedor, pero si fueron estimados al celebrarse el matrimonio o al otorgar capitulaciones, el precio será del dueño en que fueron estimados y el aumento o la disminución al ser vendido se reputará como ganancia o pérdida de la sociedad.

El otro régimen contemplado es el de *separación de bienes*,³⁷ que puede ser absoluto y parcial, el cual se regía por las capitulaciones matrimoniales.³⁸ En cuanto al parcial, habría la posibilidad de un régimen mixto, es decir, una parte de sus bienes en separación de bienes con base en las capitulaciones y otros bajo sociedad legal.

En materia de separación de bienes,³⁹ ambas codificaciones lo tenían regulada en lo particular en sus respectivos capítulos VII, denominados, *De la separación de los bienes en los artículos 2205-2230 CC de 1870 y 2072-2097 CC de 1884*.

La separación de bienes podía ser convencional⁴⁰ o por sentencia, es decir, judicial. La convencional era por convenio de los consortes, con base en las capitulaciones matrimoniales ya sea antes de la celebración del matrimonio o

³⁶ En cuanto a los bienes adquiridos por los cónyuges y que al domiciliarse cónyuges en dichos territorios, su matrimonio se regulará por las leyes del lugar donde se celebró, con la salvedad de los bienes inmuebles y muebles de los cónyuges en su calidad de extranjeros establecido en los artículos 14 y 18 CC de 1870 y 13 y 17 CC de 1884. El artículo 14 CC de 1870 y 13 CC de 1884 señala que los bienes inmuebles situados en el Distrito Federal y en Baja California se regirán por la legislación nacional independientemente de que sean poseídos por extranjeros. El artículo 18 y 17 regula la ejecución de los contratos y testamentos, cuando existan bienes muebles y sean otorgados por extranjeros, además faculta a estos últimos para elegir la ley a la que ha de sujetarse la solemnidad del acto. El segundo artículo (2132 CC de 1870 y 1998 CC de 1884) establece la obligación de los cónyuges naturales o vecinos del Distrito y de la California que contraigan matrimonio fuera de dichas jurisdicciones deberán sujetarse a los establecido en los artículos 13, 14, 15 y 17 CC de 1870 y 12, 13, 14 y 16 CC de 1870.

³⁷ "La separación de bienes puede ser absoluta ó parcial. En el segundo caso, los puntos que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, se regirán por los preceptos que arreglan la sociedad legal, á no ser que los esposos constituyan acerca de ellos sociedad voluntaria" (sic). De acuerdo a lo que señalan los artículos 2111 CC de 1870 y 1977 CC de 1884.

³⁸ "La separación de bienes se rige por las capitulaciones matrimoniales que expresamente la establezcan" (artículos 2111 CC de 1870 y 1976 CC de 1884). Y por los preceptos relativos a la separación de bienes en particular establecido en los artículos 2205-2230 del CC de 1870 Y 2072 a 2097 del CC de 1884.

³⁹ Señalaban aspectos importantes en cuanto al origen de la separación de bienes, la incidencia de las capitulaciones matrimoniales y los derechos y obligaciones de los cónyuges, más adelante, describimos algunos aspectos relevantes.

⁴⁰ Para ello podemos encontrar una regulación específica para cada clase de separación de bienes en los artículos 2218-2224 CC de 1870 [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1870-arts-2099-a-2350-del-contrato-de-matrimonio-con-relacion-a-los-bienes-de-los-consortes/>] y 2085-2091 CC de 1884 [Disponible en: <https://www.notaria232df.com/codigos/codigo-civil-1884-arts-1965-a-2218-del-contrato-de-matrimonio-con-relacion-a-los-bienes-de-los-consortes/>].

durante éste. La judicial era derivada de una resolución judicial. En dichas capitulaciones los consortes podían establecer todas las condiciones que consideraran convenientes para administrar sus bienes, sin dejar de lado las limitaciones establecidas en las codificaciones.⁴¹ La separación de bienes por sentencia, contemplaba ciertas consideraciones.⁴²

3. LA EVOLUCIÓN DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN EL SIGLO XX

3.1 *La Ley sobre Relaciones Familiares*

Es importante señalar que a partir de este momento, iniciamos el estudio de la evolución de los regímenes económicos matrimoniales a la luz de las legislaciones civiles, en los inicios del siglo XX, derivado de la incidencia legislativa impulsada por Venustiano Carranza y hasta antes de su primera mitad.

Nuestro punto de partida es el *Plan de Guadalupe* de 23 de marzo de 1913, en el que el General Venustiano Carranza, desconocía la legitimidad del gobierno del General Victoriano Huerta, como lo señala en los considerandos del plan.⁴³ Dicho plan estaba conformado por siete numerales y posteriormente fueron modificados por diversos decretos, uno de ellos en lo particular es considerado

⁴¹ Verbigracia: los cónyuges conservan la propiedad y la administración de sus bienes muebles e inmuebles y el goce de sus productos (artículos 2208 CC de 1870 y 2075 CC de 1884). Los cónyuges tienen la obligación de sostener los alimentos, la habitación, la educación de los hijos y demás cargas del matrimonio, según lo convenido y a falta de éste, en proporción a sus rentas (artículos 2209 CC de 1870 y 2076 CC de 1884). La mujer no podía enajenar los inmuebles ni los derechos reales, salvo consentimiento expreso del marido y si la oposición es infundada lo otorga el juez (artículos 2210 CC de 1870 y 2077 CC de 1884), cualquier pacto en contrario sería nulo. En cuanto a las deudas, las anteriores al matrimonio, debían ser pagadas por el deudor y sus bienes y las contraídas durante el matrimonio, serán pagadas por ambos cónyuges en caso de ser obligados conjuntamente y en caso de no ser así, cada quien será responsable de sus deudas (artículos 2214-2216 CC de 1870 y 2081-2083 CC de 1884).

⁴² Cuando la separación establezca una pena impuesta al marido que lo inhabilite para administrar los bienes, la mujer administraba sus bienes propios, los comunes y los del marido eran administrados por apoderado nombrado por el marido y de no ser así, por la mujer con las mismas facultades del marido, con una limitante, no podía gravar ni enajenar los bienes inmuebles que en virtud de la separación le hayan correspondido o porque se le haya encargado a la administración, salvo licencia judicial. En cuanto a los acreedores no perjudicaba sus derechos adquiridos con anterioridad. Para que la separación causará ejecutoria, debía registrarse en registro público la demanda de separación y la sentencia. La separación podía cesar por reconciliación de los consortes y quedaba restaurada en los mismo términos y condiciones en que estuvo constituida antes de la separación, salvo que celebraran nuevas capitulaciones, sin que esto perjudicara de ninguna manera los actos ejecutados ni los contratos celebrados durante la separación (artículos 2224-2230 CC de 1870 y 2091-2097 CC de 1884).

⁴³ Por último, que algunos Gobiernos de los Estados de la Unión han reconocido al Gobierno ilegítimo impuesto por la parte del ejército que consumó la traición, mandado por el mismo General Huerta, a pesar de haber violado la Soberanía de esos mismos Estados, cuyos gobernantes debieron ser los primeros en desconocerlo, los suscritos, jefes y oficiales con mando de fuerzas constitucionalistas, hemos acordado y sostendremos con armas el siguiente plan. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Venustiano Carranza, Plan de Guadalupe. Decretos y acuerdos 1913-1917*, Ciudad de México, 2013. p. 19, [Disponible en: <https://inehrm.gob.mx/work/models/inehrm/Resource/455/1/images/PlanGpe.pdf>].

como la génesis de la legislación civil en México y por lo tanto, incidió en la relación jurídica matrimonial y sus consecuencias jurídico familiares a través de la Ley Sobre Relaciones Familiares.⁴⁴ "El decreto en comento es el de 12 de diciembre de 1914 expedido en la Heroica Veracruz por Venustiano Carranza y en su artículo 2°, facultaba al Primer Jefe de la Revolución y Encargado del Poder Ejecutivo, a expedir y poner en vigor durante la lucha todas las leyes, disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país",⁴⁵ dentro de estas facultades y en relación con el objeto de la investigación se señala: "revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas".⁴⁶

Lo anterior fue el fundamento para expedir la Ley sobre relaciones familiares, el objetivo principal de la ley fue derogar el Derecho de Familia del Código Civil de 1884 y que dicha codificación continuó vigente hasta 1932.⁴⁷ En su capítulo XVIII Del Contrato de Matrimonio con Relación a los Bienes de los Consortes, era regulado de los artículos 270- 284.

Iniciaba regulando los bienes propios de cada cónyuge señalando: que al momento de celebrar el contrato de matrimonio los cónyuges conservaban la propiedad y administración de los bienes al igual que sus frutos accesiones derivados de sus propiedades (artículo 270).⁴⁸ También eran considerados como propios los salarios, sueldos, honorarios y ganancias obtenidas por servicios profesionales, por un empleo, ejercicio de una profesión o producto del comercio o industria (artículo 271).⁴⁹ Los anteriores artículos inciden en el régimen económico de separación de bienes. En cuanto a la sociedad conyugal en el artículo 272 de la referida ley señalaba: antes o después de celebrar el matrimonio podían convenir en que los productos de todos sus bienes que poseen o de alguno o algunos serían comunes previa especificación. Lo que antecede denota más que una regulación en particular respecto de los regímenes, disposiciones generales como se establecía en la codificación civil de 1884.

⁴⁴ Ramírez Martínez, Benito, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁵ Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *op. cit.*, p. 40. [Disponible en: <https://inehrm.gob.mx/work/models/inehrm/Resource/455/1/images/PlanGpe.pdf>]

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ En el apartado de disposiciones varias de la Ley Sobre Relaciones Familiares en su artículo 9° señala que quedan derogado los trece capítulos del Título décimo del Código Civil publicado por el decreto de 15 de mayo de 1884, relativo Del Contrato de Matrimonio con Relación a los Bienes de los Consortes. Ley Sobre Relaciones Familiares, pp. 78-79. [Disponible en: <https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>].

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 46-47.

⁴⁹ *Ibidem*, p.47.

Algo que pocos autores refieren son las Disposiciones Varias de la ley en comentario, conformadas por 10 artículos y de los que haremos referencia al 3°, 4° y 5°. El primero de los referidos menciona la retroactividad de la ley al señalar: las disposiciones de la ley serán aplicables a los matrimonios celebrados con anterioridad y a partir de la misma. El segundo: La sociedad legal en los casos en los que el matrimonio se haya celebrado con ese régimen, se liquidará conforme a los términos legales, a solicitud expresa de uno de los cónyuges, en caso contrario continuará como simple mancomunidad. El tercero hace alusión a los matrimonios que se hayan celebrado bajo el régimen de separación de bienes, continuará bajo sus estipulaciones, salvo que pugnen con la referida ley.

Para terminar el estudio de la Ley Sobre Relaciones Familiares, nos vamos a referir a las reformas de mayor trascendencia en materia de matrimonio y sus regímenes económicos de acuerdo a los seis puntos que menciona Montero Duhalt: Primera: la supresión de la potestad marital y lo que permitió que el matrimonio fuera igualitario en cuanto a los derechos y obligaciones, Tercera: el acogimiento del divorcio vincular derivado de la Ley Sobre Relaciones Familiares, Sexta: El establecimiento del régimen de separación de bienes como supletorio y la derogación del régimen de gananciales.⁵⁰ Ahora podemos estudiar su trascendencia en la codificación de 1928.

3.2 Código Civil 1928-1932

La codificación de 20 de agosto de 1928, cuyo ámbito espacial era el Distrito Federal y Territorios Federales, inicia su vigencia el 1° de octubre de 1932 derivado del decreto expedido por el presidente de la República en turno Pascual Ortiz Rubio, con fundamento en su artículo primero y de acuerdo a las facultades que le concede la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política Mexicana.⁵¹

A partir de su entrada en vigor, se abroga las disposiciones establecidas en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 que tuvieron su origen en el Código Civil de 1884.

En cuanto a los regímenes económicos son regulados del artículo 178 al 218 de la referida codificación de forma similar a la codificación civil de 1884. El primero de los artículos antes mencionados señalaba: "El contrato de matrimonio

285

⁵⁰ Montero Duhalt, Sara, "Antecedentes históricos de la ley Sobre Relaciones Familiares", En *Memoria del II congreso de historia del derecho mexicano*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 662, [Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9700>].

⁵¹ Diario Oficial de la Federación. Decreto de 1° de septiembre de 1932. [Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4431043&fecha=01/09/1932&cod_diario=186550].

debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso”.⁵² El artículo siguiente señala que las capitulaciones son la base fundamental para constituir los dos regímenes económicos antes señalados.⁵³

En consecuencia, las capitulaciones matrimoniales eran un requisito para presentar la solicitud de matrimonio. Lo anterior era regulado en lo relativo a las actas de matrimonio con fundamento en el artículo 97 y 98 de la codificación en comento, para la solicitud escrita de matrimonio era necesaria la celebración de un convenio por parte de los pretendientes, con relación a sus bienes presentes o futuros. Además expresar con toda claridad bajo qué régimen se celebrará el matrimonio, es decir, sociedad conyugal o separación de bienes. Dicho convenio era un requisito *sine qua non* para presentar la solicitud de matrimonio, aun a pretexto de que los pretendientes carecieran de bienes, en tal caso versará sobre los que adquieran durante el matrimonio.⁵⁴

Lo anterior se encontraba previsto en lo relativo a las actas de matrimonio, con fundamento en el artículo 97 y 98 de la codificación en comento. El primero de ellos referente a la solicitud escrita de matrimonio, lo que debía expresar y que se presentaba ante el Oficial del Registro Civil. El segundo, mencionaba lo que debía acompañarse a la solicitud de matrimonio, en su fracción V menciona la presentación de un convenio celebrado entre los pretendientes, con relación a sus bienes presentes y futuros.

4. LOS REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EN EL SIGLO XXI

Es preciso atender conceptualmente lo que se ha entendido como régimen económico en el matrimonio.

María de Montserrat Pérez Contreras define al régimen patrimonial del matrimonio como:

⁵² Código Civil de 1928. Artículo 178. [Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf].

⁵³ Artículo 179, *Ibidem*.

⁵⁴ Artículos 98 y 97, *Ibidem*.

[E]l sistema de normas jurídicas a través del cual se regula la relación económica y/o de administración y propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, ya sea entre los cónyuges o de éstos frente a terceros.⁵⁵

Por su parte Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan que se denomina régimen económico-conyugal "Al conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio".⁵⁶ Con base en las dos definiciones anteriores es importante señalar que el matrimonio produce dos tipos de efectos entre los cónyuges y en relación a los hijos. En los primeros podemos destacar a los regímenes económicos matrimoniales y en la presente investigación analizamos su evolución a partir de la independencia, hasta nuestros días.

La regulación en el siglo XXI del matrimonio y sus regímenes económicos en México se da principalmente a través de 32 legislaciones de carácter local, una por cada entidad federativa, aunado al hecho de que existe un Código Civil Federal que, en su Libro Primero (De las Personas), Título Quinto (Del matrimonio), compuesto por 10 capítulos, también regula cuestiones relacionadas con el matrimonio. En la mayoría de las entidades federativas las codificaciones civiles aún regulan al derecho familiar, pero existen algunas entidades que a octubre de 2021 ya cuentan con una legislación especial en materia familiar, tal es el caso de: Coahuila,⁵⁷ Hidalgo,⁵⁸ Michoacán,⁵⁹ Morelos,⁶⁰ San Luis Potosí,⁶¹ Sinaloa,⁶² Sonora,⁶³ Yucatán⁶⁴ y Zacatecas.⁶⁵

Con relación a la forma en que se regulan los regímenes económicos matrimoniales en las legislaciones civiles o familiares locales,⁶⁶ es preciso señalar que las 32 entidades federativas contemplan la separación de bienes como un régimen económico matrimonial, pero sólo en 22 de ellas se establece expresamente

⁵⁵ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura Jurídica*, Ciudad de México, Nostra Ediciones, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 43.

⁵⁶ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 133.

⁵⁷ Con la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

⁵⁸ Con la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

⁵⁹ Con el Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.

⁶⁰ Con el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

⁶¹ Con el Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.

⁶² Con el Código Familiar del Estado de Sinaloa.

⁶³ Con el Código de Familia para el Estado de Sonora.

⁶⁴ Con el Código de Familia para el Estado de Yucatán.

⁶⁵ Con el Código Familiar del Estado de Zacatecas.

⁶⁶ Cabe precisar que se consultaron en octubre de 2021 las 32 legislaciones de carácter local civiles o familiares, según fuera el caso, para poder establecer los aspectos principales de los regímenes económicos matrimoniales.

que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial.⁶⁷ En las demás únicamente se menciona este régimen sin ninguna división.

Con relación a la sociedad conyugal, en 31 entidades federativas se utiliza dicho término para hacer referencia a este tipo de régimen, la entidad que opta por otra terminología es Quintana Roo quien hace referencia a Comunidad de Bienes. Aunado a lo anterior, entidades como Aguascalientes, Oaxaca, Sonora y Tamaulipas contemplan que la sociedad conyugal puede ser convencional o legal.

Por su parte Jalisco, en lugar de dividir a la sociedad conyugal como en el caso de las entidades anteriormente mencionadas opta por establecer a la Sociedad Legal como un tercer tipo de régimen. Otro caso particular es el de Querétaro que señala a la Comunidad de Bienes como un tercer tipo de régimen económico matrimonial. Asimismo, Zacatecas señala de forma expresa la existencia del régimen mixto, aunque ya en la descripción de los regímenes se entiende que el mixto es en realidad la separación de bienes parcial.

Con relación al tema del régimen que es supletorio, Aguascalientes, Oaxaca, Sonora y Tamaulipas señalan que será el de sociedad conyugal de tipo legal. Por su parte Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Michoacán, Morelos, Puebla, Tabasco y Veracruz establecen la sociedad conyugal como régimen supletorio. Aunado a lo anterior, Campeche, Coahuila, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Yucatán y Zacatecas el régimen supletorio que contemplan es el de separación de bienes. Querétaro señala a la Comunidad de Bienes como régimen económico matrimonial supletorio. Por último, hay entidades en donde no se señala cuál será el régimen económico matrimonial supletorio, tal es el caso de Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Jalisco, Sinaloa y Tlaxcala.

Lo cierto es que en gran medida los códigos locales comparten semejanzas con el Código Civil Federal, por lo anterior, para efectos de desarrollar las implicaciones de los regímenes económico matrimoniales en México se atenderá a lo señalado en el Código Civil Federal.

El Capítulo IV del Título Quinto fue nombrado "Del Contrato de Matrimonio con Relación a los Bienes" y está compuesto del artículo 178 al 182.⁶⁸ Dicho

⁶⁷ Las entidades que contemplan que el régimen de separación puede ser absoluto o parcial son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

⁶⁸ Código Civil Federal, México, 31 de agosto de 1928, Diario Oficial de la Federación: 11 de enero de 2021.

capítulo inicia previendo como regímenes del matrimonio a la sociedad conyugal y a la separación de bienes.

Es importante señalar que la codificación federal prevé dos regímenes que se pueden elegir, pero no regula un régimen subsidiario. En consecuencia, nos remitimos al artículo 98 relativo al acta de matrimonio y los requisitos que se deben acompañar a la solicitud de matrimonio ante el Juez del Registro Civil y en su fracción V establece que debe acompañarse un convenio respecto a su bienes presentes y a los que se adquieran durante el matrimonio y expresarse claramente bajo qué régimen se contrae el matrimonio y no puede dejar de presentarse dicho convenio bajo pretexto de mencionar que no se tienen bienes presentes, es decir, el convenio para determinar el régimen económico matrimonial es un requisito *sine qua non*. Por lo tanto, el régimen económico matrimonial en México a nivel federal es convencional y no legal. A excepción del tema relacionado con el régimen de sociedad conyugal, ya que en el caso de no otorgar capitulaciones matrimoniales se atenderá a las disposiciones relativas al régimen de sociedad contempladas en el Código del 28.

4.1 La sociedad conyugal

Este tipo de régimen económico del matrimonio ha sido definido como:

[U]na comunidad de bienes en la que no importa cuál de los cónyuges adquiera o sea titular de los bienes durante el matrimonio, éstos pertenecen a la sociedad de bienes y regulada en las capitulaciones matrimoniales por los mismos. En caso de divorcio, se considera que son copropietarios, por lo que se puede afirmar que la propiedad de los bienes comunes es de ambos cónyuges mientras exista la sociedad conyugal.⁶⁹

De la cita textual se advierte que dicho régimen implica el establecimiento de capitulaciones matrimoniales, por lo que antes de continuar con el desarrollo de cómo se encuentra regulado en el Código Civil Federal atenderemos a definir qué se entiende por dicho término. Respecto a las capitulaciones matrimoniales se puede observar lo siguiente:

289

⁶⁹ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, p. 47.

Las capitulaciones matrimoniales son un acuerdo de las voluntades de los contrayentes o cónyuges, en virtud del cual se establece, se modifica o se sustituye el régimen económico de su matrimonio.

Así las cosas, diremos que las capitulaciones matrimoniales son definidas, en términos de ley, como pactos que los otorgantes, contrayentes matrimoniales o cónyuges, celebran para establecer y regular el régimen patrimonial de su matrimonio, y reglamentar la administración de los bienes, lo cual será derecho y obligación en ambos cónyuges, salvo pacto contrario, de conformidad a la ley.⁷⁰

Por tanto, con base en ambas definiciones, las capitulaciones matrimoniales son un requisito *sine qua non* de cualquier régimen económico del matrimonio. Pasando a lo contemplado en el Código Civil Federal, es preciso señalar que respecto el tema de las capitulaciones matrimoniales, el Capítulo IV del Título Quinto las define como "los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno"⁷¹ y señala en el artículo 180 que pueden otorgarse previo a la celebración del matrimonio o dentro del matrimonio y que los bienes que se contemplen pueden ser tanto los que los cónyuges tengan antes y después de llevar a establecer las capitulaciones.⁷²

Ya en el Capítulo V del Título Quinto del Código Civil Federal se regula a la sociedad conyugal del artículo 183 al 206. Se señala que la sociedad conyugal se registrará a través de lo establecido en las capitulaciones matrimoniales y solo en caso de lo no previsto en éstas se atenderá a los criterios legales establecidos para este tipo de régimen. Puede constituirse el régimen de sociedad conyugal ya sea al momento de llevar a cabo el matrimonio o posteriormente, durante su existencia.

En caso de que la sociedad conyugal implique la transmisión del derecho de propiedad de algún bien que legalmente exija escritura pública, las capitulaciones matrimoniales deben llevarse a cabo mediante fedatario público. En el caso de que se quieran realizar capitulaciones matrimoniales que constan en escritura pública, las mismas deberán llevarse a cabo mediante instrumento público en el que se haga referencia a las capitulaciones primitivas y debe realizarse la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos plenos

⁷⁰ *Ibidem*, p. 45.

⁷¹ Código Civil Federal, México, 31 de agosto de 1928, Diario Oficial de la Federación: 11 de enero de 2021.

⁷² *Idem*.

en contra de terceras personas. Asimismo, se puede terminar con el régimen de sociedad conyugal previo a la disolución de este régimen si así lo convienen los consortes, si el cónyuge que administra 1) por torpeza o negligencia pone en riesgo de ruina a su cónyuge o reduzca en gran proporción los bienes de la sociedad conyugal, 2) enajene los bienes a sus acreedores, 3) si se le declara en concurso o quiebra o 4) cualquier otro supuesto que estime la autoridad judicial; así como por resolución judicial que determine la muerte de uno de los consortes.

Respecto al contenido de las capitulaciones matrimoniales el mismo Código Civil Federal ha señalado que se debe prever una lista tanto de bienes muebles como inmuebles, de las deudas, la declaración sobre los bienes y productos presente y futuros que comprenderán la sociedad conyugal, la mención sobre quién será el administrado, así como las bases para la liquidación de la misma.

Lo anterior pone en evidencia que las capitulaciones matrimoniales para el caso de la sociedad conyugal comprenden la identificación de los bienes, deudas, frutos, que formarán parte de este régimen económico, así como quién será el administrador y los criterios a tomar en cuenta para la liquidación de la sociedad conyugal. Aunado a lo anterior, las capitulaciones matrimoniales en donde se establezca que uno de los cónyuges sea el que asuma todas las deudas o utilidades, será nula. Si se establece una cantidad fija de pago para uno de los cónyuges, el otro por sí mismo o sus herederos deberá pagar la cantidad convenida independientemente de si hay o no ganancias para la sociedad conyugal, toda transmisión de una parte de los bienes que sean propios de uno de los consortes al otro será considerado una donación entre consortes.

Durante la vigencia de la sociedad conyugal no se puede renunciar a las ganancias que deriven de este régimen, sólo se podrá renunciar a las ganancias que se determinen una vez disuelta la sociedad. Si bien la administración de los bienes recae en uno de los consortes y esta puede modificarse (en caso de controversia la debe resolver la autoridad judicial), lo cierto es que el dominio de los bienes que son comunes a la sociedad es de ambos cónyuges. En caso de que uno de los cónyuges, sin justificación, abandone el domicilio conyugal por más de 6 meses interrumpe los efectos que se lo benefician desde el momento en que se ausentó. Si existiese nulidad en la constitución de la sociedad conyugal existen cuatro supuestos 1) si ambos consortes actuaron de buena fe o 2) si solo un consorte actuó de buena fe pero no le es desfavorable el régimen, en ambos casos surte efectos hasta que una sentencia firme determine la nulidad; 3) en el caso de que el establecimiento del régimen de sociedad conyugal perjudique al consorte que actuó de buena fe o 4) que ambos consortes actuaron de mala fe, en los dos supuestos se establece que existe nulidad desde el comienzo.

En los casos en los que la terminación de la sociedad conyugal se derive por nulidad del matrimonio, el cónyuge que actuó de mala fe no tiene derecho a recibir las utilidades de la sociedad conyugal, por lo cual en primer lugar se les darán a los hijos o en caso de que no tengan al cónyuge que sea inocente o en el supuesto que ambos actuaron de mala fe se darán a los hijos y si no hay entonces se reparten en la proporción que cada uno aportó al régimen.

Una vez que se ha liquidado este régimen es necesario realizar un inventario de los bienes de la sociedad conyugal, posteriormente se procederá a pagar las deudas que tuviera la sociedad, se devolverá a cada consorte lo que aportó al régimen y lo que sobre se reparte entre ambos conforme lo convinieron.

Cuando derivado de la disolución de la sociedad conyugal, el saldo fueran pérdidas, las mismas se dividirán en la medida del porcentaje de las utilidades que les corresponden, si solo fue uno de los cónyuges el que aportó capital, la pérdida se le atribuye a éste. Cuando muera uno de los consortes, el otro tendrá la posesión y administrará el haber patrimonial de la sociedad junto con la persona que sea designada como representante en el proceso sucesorio y hasta antes de la partición.

4.2 *La separación de bienes*

La separación de bienes ha sido entendida de la siguiente manera:

Este régimen es el que reconoce a cada cónyuge la propiedad de los bienes que tuviese antes y durante el matrimonio, así como el disfrute, administración y disposición, por sí, de los mismos; por lo que serán responsables personales y exclusivos de las obligaciones contraídas por cada uno de ellos. Representa la independencia económica de los cónyuges, regulada jurídicamente, durante el matrimonio.⁷³

292

Como se puede advertir de la cita, implica la responsabilidad individual de cada uno de los cónyuges respecto a su haber patrimonial durante la vigencia del matrimonio. Es el Capítulo VI del Título Quinto del Código Civil Federal, específicamente de los artículos 207 a 218, en donde se regula lo relacionado a este tipo de régimen.

La forma para constituir el régimen de separación de bienes es a través de capitulaciones matrimoniales que se pueden establecer antes o durante el

⁷³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, p. 50.

matrimonio, por pacto entre los cónyuges o por determinación de la autoridad jurisdiccional. Los criterios de separación de bienes contemplan tanto los bienes que tenían los consortes, previo al matrimonio y los que surjan después de éste.

Lo cierto es que el código multicitado, señala que existen dos modalidades del régimen de separación de bienes: parcial y absoluta. Se señala que la parcial implica la existencia de bienes que no son contemplados por los cónyuges para que se rijan, por lo que se refiere a la separación de bienes, los mismos deben crear una sociedad conyugal para dichos bienes con lo cual se registrarán bajo los criterios de dicho régimen, conocido en la doctrina como régimen mixto.

Respecto a la separación de bienes absoluta, el Código Civil Federal no realiza algún otro pronunciamiento, por lo cual se puede deducir que es cuando los consortes deciden que tantos los bienes con los que cuentan previos al matrimonio y los que adquieran durante la vigencia del mismo son propiedad de cada uno de los cónyuges. Se hace referencia a que durante el matrimonio se puede pasar de un régimen de separación de bienes a uno de sociedad conyugal, también se precisa que si las capitulaciones para el establecimiento de la separación de bienes se dan previo a la celebración del matrimonio no es necesario que las mismas consten en escritura pública, pero en caso que se establezca posterior a la celebración del mismo se deben observar los requisitos legales para la transmisión de los bienes que se trate.

Continuando con lo que establece el código, se prevé que en las capitulaciones matrimoniales es necesario incluir un inventario en el cual se van a establecer tanto los bienes como las deudas de cada uno de los consortes. Además, los cónyuges son propietarios y administradores de sus bienes por lo que las ganancias derivadas de los mismos son individuales, ello también aplica para toda aquella remuneración económica que reciba alguno de los esposos derivado de la prestación de algún servicio profesional.

En caso de que durante la vigencia del régimen de separación de bienes por medio de la fortuna o algún acto jurídico gratuito se vuelvan propietarios en común de algún bien mientras no se lleve a cabo la repartición correspondiente, la administración del bien o bienes podrá estar a cargo de ambos esposos o por uno de ellos si así lo acuerdan, en este último caso el cónyuge fungirá como mandatario.

Por asistir, prestar un servicio o aconsejar entre sí los cónyuges no pueden exigir el pago de alguna contraprestación. En el caso de los bienes de los hijos de los cónyuges, con relación a los bienes que obtengan por cuestiones diferentes al trabajo de sus hijos, con relación a la mitad del usufructo que les corresponde

como padres se dividirá de forma equitativa.⁷⁴ Los consortes tienen la obligación de pagar los daños y perjuicios que se ocasionen de forma recíproca derivados de negligencia, dolo o culpa.

4.3 Régimen mixto

Con relación al régimen mixto se ha advertido que:

Se constituye tanto por bienes o patrimonios propiedad de cada uno de los cónyuges como por bienes propiedad de ambos en comunidad.

Durante la existencia del matrimonio, los cónyuges mantienen la administración y disposición de los bienes que forman su patrimonio individual, pero si se pretende disolver el vínculo matrimonial, cada uno de ellos deberá participar de las ganancias obtenidas en el patrimonio del otro, por cuanto a una categoría específica de bienes o en el valor de los mismos, respecto de aquellos que tuvieron en comunidad.⁷⁵

En México el Código Civil Federal no señala de forma expresa que existe un régimen matrimonial mixto, no obstante ello, se ha señalado que se contempla el régimen de separación de bienes parcial. En esa medida, dicha modalidad es un régimen mixto toda vez que una parte de los bienes se registrará por los criterios de la separación de bienes y la restante se regulará con base en la sociedad conyugal. Bajo esa razón existen bienes que en la lógica del régimen matrimonial son de propiedad y administración de cada uno de los cónyuges y bienes que serán comunes a la institución matrimonial. Por ello, se contemplarán los criterios de la sociedad conyugal y separación de bienes según corresponda. En ambos casos se tendrá que elaborar un inventario para el caso de la separación de bienes, en el que se incluya una lista de los bienes y deudas para la sociedad conyugal, al momento de constituirse el régimen mixto, para saber con claridad qué es lo que entra dentro de cada régimen. Por lo tanto, se tendrá que revisar lo que ya se ha establecido respecto a la sociedad conyugal y separación de bienes. Es preciso señalar que el Código Civil Federal no contempla expresamente cuál debe ser el régimen supletorio.

⁷⁴ Código Civil Federal, México, 31 de agosto de 1928, Diario Oficial de la Federación: 11 de enero de 2021. Específicamente en los artículos 217, 428, 429 y 430.

⁷⁵ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, p. 44.

Por último, es importante mencionar las ventajas y desventajas de los dos regímenes económicos puros, es decir, omitiendo al mixto.

El régimen de separación tiene las siguientes ventajas: la libre disposición (inter vivos y mortis causa) y conservación del patrimonio de cada uno de los cónyuges, evita la responsabilidad civil solidaria en cuanto a la adquisición de deudas, no existe una liquidación del haber matrimonial derivado del divorcio. Otro beneficio es que con acuerdo de los cónyuges pueden mudar al régimen de sociedad conyugal. Desventajas su constitución no es tácita y a partir de la misma es un requisito la formulación de capitulaciones, existe un deber asistencial en favor del cónyuge que no trabaje a través de una pensión compensatoria.

El régimen de sociedad conyugal cuenta con algunas ventajas, en cuanto a su formalización es voluntario por parte de los cónyuges, en caso de omisión respecto a la elección de un régimen es supletorio. Otra ventaja es que su regulación se rige por capitulaciones, dando certeza a los socios y su inscripción surte efectos contra terceros. Además, en caso de liquidación es conforme a su convenio, dicha liquidación puede ser dentro del matrimonio y mudar al régimen de separación de bienes o puede ser al momento de divorciarse. También es relevante señalar que no se puede renunciar anticipadamente a las ganancias. En caso de abandono injustificado del domicilio conyugal por más de 6 seis meses se interrumpe. Respecto de los efectos *mortis causas*, en caso de muerte de uno de los cónyuges, el supérstite mantiene la posesión y administración del haber patrimonial. En correspondencia con sus desventajas hay responsabilidad solidaria en cuanto a las deudas adquiridas por la sociedad. Otra situación desfavorable es que en caso de disolución de la sociedad hubiera pérdidas serán divididas de acuerdo al porcentaje de sus aportaciones, en caso de que las aportaciones sean a cargo de un solo cónyuge, éste asume la pérdida.

5. CONCLUSIONES

El Derecho Indiano y Castellanos tuvieron una vigencia paralela, el primero en la Colonia y el segundo de aplicación supletoria en la misma. Este conjunto de ordenamientos jurídicos en sus inicios fue poco organizado, provocando la recopilación de las leyes de las Indias de 1680. La cuales, no recogieron con exactitud los textos originales y omitieron otros. El inicio de su vigencia fue mediante reales cédulas. Posterior al proceso recopilador y para subsanar las deficiencias, se intentó adecuar la recopilación con el denominado Nuevo Código de las Leyes de las Indias quedando en un mero proyecto.

La fuente principal del derecho indiano fueron los cánones plasmados en la cédula real de 12 de julio de 1564 como consecuencia del Concilio de Trento. Por lo tanto, las instituciones familiares eran reguladas por el Derecho Canónico. Las principales incidencias de Derecho Indiano en materia de matrimonio fueron en otros aspectos como las relaciones concubinarias, la plena validez a los matrimonios eclesiásticos, las fianzas para garantizar el no abandono de las esposas de los colonizadores en territorio español, la preservación de familia indígena a través de prohibiciones laborales. Asimismo, se confirma que la comunidad de bienes restringidos a los gananciales era la más utilizada en el derecho indiano, sin dejar de lado la incidencia de las dotes en la esfera económica matrimonial de la época.

La codificación civil oaxaqueña de 1827, no especificaba en su texto un tratamiento especial en cuanto a los regímenes económicos matrimoniales, lo anterior tuvo su fundamento en el derecho canónico ya que no se contaba con un derecho secular.

Posterior a la consumación de la independencia y previo al movimiento liberal mexicano de mediados del siglo XIX, el país carecía de un orden constitucional, de un orden jurídico, por ende se seguía aplicando de forma supletoria el Derecho Indiano. Además existía una gran influencia de la iglesia católica en los actos del estado civil, lo que trajo como consecuencia las Leyes de Reforma. En cuanto a los regímenes económicos, la Ley Orgánica del Registro Civil de 1857, en su artículo 72, hace referencia a los efectos jurídicos del matrimonio una vez registrado ante el Juez del Registro Civil y uno de ellos tiene relación con las ganancias derivadas de la celebración del matrimonio.

Las codificaciones civiles decimonónicas de 1870 y 1884 comparten textos muy similares relativos a los regímenes económicos y cuentan con algunas diferencias mínimas en cuanto al número de artículos que regulan los regímenes. Otra diferencia es que en el Código Civil de 1884 en su artículo 2005 establece que la regulación del precio obtenido de la venta de bienes propios de cada uno de los cónyuges es propia del vendedor, pero si fueron estimados al momento de la celebración del matrimonio o al otorgar capitulaciones, el precio será del dueño en que fueron estimados y el aumento o la disminución al ser vendido se reputará como ganancia o pérdida de la sociedad. Respecto a los regímenes económicos del matrimonio encontramos una evolución ya que en el Código Civil de 1870 y 1884 se establece en específico la regulación de la sociedad conyugal: voluntaria y legal, el de separación de bienes. También pudimos deducir la constitución de un tercer régimen de ganancias y que se pacta en la escritura

LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN MÉXICO A 200...

Tabla 1. Los derechos de acceso en asuntos ambientales (Acuerdo Escazú)

Criterio: Acceso a la justicia	Amparo en Revisión 631/2012 (Tribu Yaqui)	Amparo en Revisión 270/2015 y 499/2015 (soya transgénica)	Amparo en Revisión 365/2018 (minas del Cobre)	Amparo en Revisión 23/2018 (energía eólica)	Amparo en Revisión 641/2017 (contaminación de agua)
Procedimiento judicial efectivo contra decisiones, actos y omisiones de los Estados que afecten el acceso a la información ambiental, la participación pública o normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.	Justicia Administrativa Acceso al juicio de amparo	Amparo directo contra la autorización o permiso de liberación de organismos genéticamente modificados	Amparo directo contra la autorización o permiso de liberación de organismos genéticamente modificados	Amparo directo contra la autorización o permiso de liberación de organismos genéticamente modificados	Recurso administrativo ante la autoridad municipal
Contar con órganos jurisdiccionales especializados para asegurar que los procedimientos sean efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y dirigidos a la defensa del medio ambiente	La justicia administrativa Sala SCJN especializada (administrativo y laboral)	Juzgados y Tribunales federales, no especializados En revisión, Sala de la SCJN	Juzgados y Tribunales federales, no especializados En revisión, Sala de la SCJN	Juzgados y Tribunales federales, no especializados En revisión, Sala de la SCJN	Juzgados y Tribunales federales, no especializados En revisión, Sala de la SCJN
Deber de velar por mecanismos de apoyo y asistencia jurídica gratuita para los grupos en situación de vulnerabilidad.	Suplencia de la queja, defensoría pública Criterios para contar con intérpretes y traductores	Suplencia de la queja, defensoría pública Criterios para contar con intérpretes y traductores	Suplencia de la queja, defensoría pública Criterios para contar con intérpretes y traductores	Suplencia de la queja, defensoría pública Criterios para contar con intérpretes y traductores	Suplencia de la queja, defensoría pública Criterios para contar con intérpretes y traductores

de capitulaciones que constituye a la sociedad voluntaria, al declarar que la sociedad es sólo de ganancias.

En cuanto a los regímenes económicos, la Ley Sobre Relaciones Familiares, sólo contemplaba disposiciones generales y no existía una regulación en particular como en la codificación de 1884. Los principales aspectos a considerar los encontramos en las Disposiciones Varias: en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley a los matrimonios celebrados con anterioridad, respecto de la liquidación de la sociedad legal y al régimen de separación de bienes que continúa bajo sus estipulaciones, salvo que vaya en contra de la referida ley. Por último y no menos importante es el establecimiento de la consideración del régimen de separación de bienes a falta de capitulaciones expresas.

La codificación civil de 1928-1932, en cuanto a regímenes económicos se establecía que el matrimonio debía celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes y las capitulaciones eran la base para constituirlos. Además, era necesaria la celebración de un convenio por parte de los pretendientes, con relación a sus bienes. Dicho convenio era un requisito *sine qua non* para presentar la solicitud de matrimonio, aún pretexto de que los pretendientes carecieran de bienes, en tal caso versará sobre lo que adquieran durante el matrimonio.

A la luz del del siglo XXI en México, contamos con tres regímenes económicos matrimoniales. A nivel local, las 32 legislaciones de las entidades federativas contemplan el régimen de separación de bienes como un régimen económico matrimonial, y en 31 se hace alusión a la sociedad conyugal, debido a que en Quintana Roo en lugar de hacer referencia a la sociedad conyugal se señala el régimen de comunidad de bienes. Otro aspecto a nivel local es el hecho de que hay dos escenarios con relación al tipo de régimen económico supletorio: en el que se señala expresamente el régimen supletorio y en el que no se señala. Asimismo, en el Código Civil Federal se prevén dos tipos de regímenes; la sociedad conyugal y la separación de bienes. Respecto al tema de la separación de bienes cuenta el código con una división entre absoluta y parcial, siendo ésta última considerada como un régimen mixto.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Gómez, Beatriz, “La periodificación del Derecho Indiano en la obra de Alfonso García-Gallo”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2011, p. 193-2010.
Castañeda Rivas, María Leoba, “El derecho civil en la época independiente”, en *La independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y*

- jurídico*, Ciudad de México, UNAM, 2010, pp. 1-42, [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4074/3.pdf>]
- Couturier, Edith, “La mujer y la familia en el México del siglo XVIII: Legislación y práctica”, *Historias. Revista de la Dirección de Estudios Históricos del Instituto Nacional de Antropología e Historia*, 1996, pp. 27-38, [Disponible en: https://estudioshistoricos.inah.gob.mx/revistaHistorias/wp-content/uploads/historias_36_27-38.pdf].
- 3/01DraCastaneda.pdf].
- Cruz Barney, Óscar, “La Codificación en México”, en *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 135-186, [Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1733-historia-del-derecho-memoria-del-congreso-internacional-de-culturas-y-sistemas-juridicos-comparados>].
- Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford, 2003.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2012.
- Dougnac Rodríguez, Antonio, *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, [Disponible en: http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000175].
- Floris Margadant, Guillermo, *Introducción al estudio del derecho mexicano*, 18a. ed., Ciudad de México, Esfinge, 2009.
- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Venustiano Carranza, Plan de Guadalupe. Decretos y acuerdos 1913-1917*, Ciudad de México, 2013, [Disponible en: <https://inehrm.gob.mx/work/models/inehrm/Resource/455/1/images/PlanGpe.pdf>].
- Montero Duhalt, Sara, “Antecedentes históricos de la ley Sobre Relaciones Familiares”, *En Memoria del II congreso de historia del derecho mexicano*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, [Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9700>].
- Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura Jurídica*, Ciudad de México, Nostra Ediciones, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Ramírez Martínez, Benito, “Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación civil federal mexicana”. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, Volumen XXXVI, julio-diciembre 2017, p. 86 [Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/article/view/11945/13708>]