



ISSN: 2683 - 1783

AÑO 3, NO. 5 | JULIO - DICIEMBRE, 2016
REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM



JULIO | 2016
DICIEMBRE | 6

$\mathcal{R}_D$

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

NUEVA ÉPOCA, NÚMERO 5
JULIO - DICIEMBRE 2016





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomeli Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Javier Nieto Gutiérrez

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Tomás Mejía, *Nacimiento de un Guerrero*, 2010, Biblioteca Julieta Campos de la Universidad Intercultural del Estado de Tabasco, Oxolotan, Tecotalpan, Tabasco

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, No. 5 (julio - diciembre 2016) es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, correo electrónico: informesderecho@posgrado.unam.mx, Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Editor responsable: Claudio Vázquez Pacheco, Certificado de Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 15735, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación, impresa por Creativa Impresores S.A. de C.V. calle 12, Número 101, Local 1, Colonia José López Portillo, Delegación Iztapalapa, C.P. 09220, Ciudad de México, éste número se terminó de imprimir el mes de mayo de 2017, con un tiraje de 300 ejemplares, impresión tipo offset, con papel Cultural de 90 g para los interiores y papel Couché de 300 g para los forros.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Claudio Vázquez Pacheco

EDITOR

Tania Mendoza Martínez

EDITORIA ADJUNTA

Javier Cancino Jiménez

Diana Érika Hernández Ríos

SECRETARÍA EDITORIAL

Marta Yhamel Belloso

Mitzi Aurora Mendez Hermenegildo

Susana Monserrat Gil Vilchis

Nayeli Itzel Cervantes Carmona

ASISTENTE EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

José Manuel Guevara García

ENCARGADO DE PROGRAMACIÓN Y SISTEMAS

Juan Mario Mondragón Zúñiga

ENCARGADO DE VINCULACIÓN CULTURAL

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Marta Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

María Elena Mansilla y Mejía
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

José María Serna de la Garza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Guillermo Claudio Lariguet
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, ARGENTINA

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Lenio Luiz Streck
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS, BRASIL

Massimo La Torre
UNIVERSIDAD MAGNA GRAECIA DE CATANZARO, ITALIA

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

Tiago Gagliano Pinto Alberto
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL

Leonor Suárez Llanos
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales
UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María José García Salgado
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

José Manuel Cabra Apalategui
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Toni Roger Campione
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Javier Díez García
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Leandro Vergara
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES,
ARGENTINA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Israel Ortiz Villar
UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA



ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
------------------------	----

Carlos H. Reyes Díaz

EDITORIAL.	15
--------------------	----

Abril Uscanga Barradas

CRIMINALIDAD DE CUELLO AZUL, CIVILIDAD, CIUDADANÍA Y PREVENCIÓN. REFLEXIONES EN TORNO A MÉXICO.	25
--	----

José Antonio Álvarez León

CIENCIA, TECNOLOGÍA Y ESTADO MODERNO: ELEMENTOS DE LA BIOPOLÍTICA POTENCIALIZADORES DEL RACISMO	53
--	----

Leticia Sarmiento Sarmiento

LA VÍCTIMA DE REGRESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL	89
--	----

José Luis Eloy Morales Brand

LA LEY GENERAL EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS COMO PARADOJA DEL DERECHO	131
---	-----

Víctor Manuel Rangel Cortés

VISIÓN RESTROPECTIVA DE LA NUEVA LEGISLACION DE MINERÍA DE 1892	179
--	-----

Enrique García y Moisés

LA PROPORCIONALIDAD INTERPRETATIVA Y LA PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL	207
--	-----

Carlos Alberto Burgoa Toledo

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO MÉTODO CIENTÍFICO DE VERIFICACIÓN.	237
--	-----

Gonzalo Levi Obregón Salinas

LOS CONTAMINANTES ACUÍFEROS Y SUS EFECTOS NOCIVOS EN LA SALUD HUMANA	265
<i>Carolina Campos Serrano</i>	
TÉCNICA DE DEFENSA CONSTITUCIONAL ANTE LOS FORMALISMOS PROCESALES DEL NUEVO SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS PARA SERVIDORES PÚBLICOS Y PARTICULARES	293
<i>David Alejandro Parada Sánchez</i>	
INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES	321



PRESENTACIÓN

El estudio del derecho enfrenta cada día con mayor fuerza la exigencia de un análisis más riguroso para que pueda estar en aptitud de servir como herramienta eficiente de solución a los problemas de la actualidad. La FES Acatlán, como una de las entidades participantes del Programa de Posgrado en Derecho, es precisamente uno de los garantes para generar conocimiento desde la óptica de la multidiscipliplina y desde la perspectiva jurídica nos presenta ahora un producto académico de algunos de sus miembros distinguidos.

Con temas variados pero al mismo tiempo de enorme actualidad, los trabajos presentados en este número especial son el reflejo de la tarea constante que se realiza desde uno de los satélites de nuestro posgrado, y que en esta ocasión aporta elementos clave para el fortalecimiento del derecho desde el análisis de temas que conforman la agenda nacional e internacional.

Con este número, la comunidad de la FES Acatlán persiste en consolidar la misión de la universidad, aquella que en palabras de Boaventura de Sousa Santos (2015), consiste en ser el lugar donde por concesión del Estado y de la sociedad una determinada época puede cultivar la más lúcida conciencia de sí misma. Sus miembros –sigue diciendo– se congregan en ella con el único objetivo de buscar, incondicionalmente, la verdad y sólo por amor a la verdad.

En una sociedad mundial cada vez más confrontada contra la verdad científica, de los datos duros, de la evidencia concreta, y al mismo tiempo más influenciada por las opiniones de líderes políticos totalitarios, por la “verdad” de las masas, de la plaza pública y de los “likes”, buscar la verdad resulta cada vez un reto mayor y el objetivo máspreciado de la academia. Es por ello que las propuestas que presentamos en este número especial tienen la finalidad

de abonar al debate de temas actuales, con visiones muy concretas que caen en terrenos de lo penal, de la discriminación, de los derechos humanos, de la filosofía del derecho, etcétera, pero que no se apartan del análisis jurídico sólido, teórico pero al mismo tiempo eminentemente práctico, como corresponde a la labor de una comunidad de posgrado en pleno auge, como esta de la que forman parte los autores.

Con plena conciencia de saberse amparados por la libertad de cátedra como uno de los valores supremos de nuestra Universidad, los autores se atreven a presentar visiones controversiales sobre temas de los cuales se debate actualmente en foros administrativos, legislativos y judiciales, razón de más para hacer del foro académico uno más que fortalezca con calidad su análisis y discusión.

Celebro con entusiasmo la presentación de ediciones especiales de nuestra Revista del Posgrado de Derecho, ya que con ellas demostramos que nuestro Posgrado es un espacio de múltiples voces en construcción permanente, que tiene una gran valía tanto en lo individual desde la perspectiva de una sola de sus entidades, pero que al sumarse al proyecto conjunto, hacen de la UNAM la institución nacional más sólida y el foro idóneo para el fortalecimiento de la sociedad mexicana a la que sirve.

Enhorabuena por la comunidad jurídica de la FES Acatlán que hacen brillar, con su producción académica, al Programa de Posgrado en Derecho. Agradezco profundamente la labor cotidiana que realizan en pro del fortalecimiento de nuestra labor institucional.

Dr. Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
UNAM



EDITORIAL

La creación y difusión del conocimiento son labores fundamentales del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En aras de la realización de estos objetivos, académicos y juristas emplean la reflexión y la investigación sobre cuestiones de naturaleza jurídica para brindar posibles soluciones a las diversas problemáticas que obstruyen la mejoría a la que aspira la sociedad.

Los artículos que se presentan en este número especial de la Revista son el resultado del análisis y la introspección realizadas por académicos y estudiantes miembros de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán a fin de constituir y propiciar un ambiente que favorezca tanto la discusión del entorno social como la formulación de respuestas viables sobre las dificultades presentes dentro de la realidad que enfrentamos en nuestro acontecer cotidiano. De parte del equipo de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM deseamos que su difusión y posterior discusión contribuya y nutra el conocimiento de los estudiosos del derecho y sus escuelas, así como los sectores judiciales; los sectores políticos y a la sociedad civil, tanto nacional como internacional a fin de fomentar con ello la creación de una auténtica cultura de la legalidad.

A continuación me permito realizar una breve síntesis de los diversos artículos presentes en este número de la Revista:

El Doctor José Antonio Álvarez León, en su artículo intitulado “Criminalidad de cuello azul, civilidad ciudadana y prevención. Reflexiones en torno a México” analiza las consecuencias sociales producidas por la criminalidad azul y la manera en que este delito de corte económico se origina, desarrolla y vincula con otros delitos en las clases medias y trabajadoras; además explica cómo generar opciones de política criminal preventiva.

El artículo “Ciencia, Tecnología y Estado Moderno: Elementos de la Biopolítica Potencializadores del Racismo” escrito por la Maestra Leticia Sarmiento Sarmiento, analiza el racismo como un fenómeno paralelo al Estado Moderno y al capitalismo que obedece a mecanismos fronterizos de división ideológica encaminados al predominio del Estado como centro de organización racional. Asimismo analiza cómo las políticas criminales, o la biopolítica de la cuestión criminal, no está enfocada a la readaptación sino a la gobernabilidad del crimen directamente proporcional a la demanda social que convierte los términos “criminal” y “delincuente” en emblemas o estereotipos de estigmatización y de racismo por excelencia porque reflejan la concepción de miedo, inseguridad e incertidumbre de la población gobernada.

Con su artículo “La víctima de regreso al sistema de justicia Penal”, el Doctor José Luis Eloy Morales Brand, examina cómo el modelo procesal penal acusatorio beneficia a la víctima mediante el otorgamiento de una serie de facultades y garantías de protección que permiten solucionar eficaz y rápidamente el conflicto provocando que ésta deje de ser considerada un mero objeto de investigación dentro del sistema penal y se convierta en un sujeto procesal interesado con derechos y garantías de protección que favorezcan a la reparación del daño integral.

El Doctor Víctor Manuel Rangel Cortés, egresado y Profesor de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, nos presenta un análisis en su artículo “Ley general en materia de trata de personas como paradoja del derecho” en el cual hace una crítica a la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos como instrumento de poder político; concluyendo que la ley general en contra de trata de personas es una paradoja ya que le da sentido a la fallida política criminal, la cual viola derechos humanos y no resuelve la problemática.

El Doctor en Estudios Latinoamericanos por la UNAM, Enrique García y Moisés, con su artículo “Visión Retrospectiva de la Nueva

Legislación de Minería de 1892” realiza una reflexión sobre dicha legislación promulgada durante el gobierno de Porfirio Díaz; misma que daba a perpetuidad la posición de las minas, significando una renuncia tácita por parte del gobierno a la soberanía del suelo en perjuicio de la Nación. Dentro del artículo, el autor da una explicación de las razones que tuvo el gobierno al promulgar dicha ley y concluye que fue una justificación legal de la necesidad que se tenía y se tiene hasta el presente de atraer la inversión extranjera hacia el sector minero que ha carecido de inversión y tecnología suficiente para explotarlo.

Carlos Alberto Burgoa Toledo, Doctor en derecho por la Universidad de Camerino Italia y profesor de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán contribuye con el artículo “La proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional” una distinción entre estos dos tipos de proporcionalidad, las cuales son dos formas de resolver casos difíciles y que en la práctica se confunden indebidamente pues, mientras la primera es un ejercicio de interpretación aplicable a casos concretos; la segunda es un ejercicio de argumentación que permite conocer el límite impuesto a un derecho constitucional por lo que resulta importante su conocimiento para una adecuada aplicación que se traduzca en el correcto dictado de sentencias que satisfagan los principios del sistema legal.

El académico y Doctor Gonzalo Levi Obregón Salinas busca con su artículo “La argumentación jurídica como método científico de verificación” utilizar dicha teoría como método de verificación de la ciencia jurídica mediante las variables: verdad, lenguaje, teoría, tiempo y consciencia. Lo anterior para poder comprender la importancia que tiene este método dentro de la ciencia jurídica y verificar la verdad de las disposiciones normativas de las teorías actuales, así como constatar el lenguaje en cuanto a su definición, referente y significado.

La Doctora Carolina Campos Serrano, egresada de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, nos proporciona en su artículo “Los contaminantes acuíferos y sus efectos nocivos en la salud humana” un análisis muy detallado de la norma oficial mexicana NOM-052-SE-

MARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos teniendo como objetivo evidenciar los efectos nocivos que se producen al medio ambiente, agua y la salud de los seres vivos en general y al ser humano en lo particular cuando los residuos peligrosos contaminan el agua y el medio ambiente.

Por último, presentamos el trabajo del académico de licenciatura y del Programa de Posgrado en Derecho, el Maestro David Alejandro Parada Sánchez, quién nos ofrece en su artículo intitulado “Técnica de defensa constitucional ante los formalismos procesales del nuevo sistema general de responsabilidades administrativas para servidores públicos y particulares” un análisis del nuevo modelo de Responsabilidad Administrativa de Servidores Públicos y Particulares, derivado de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que permita establecer métodos y estrategias que garanticen el ejercicio pleno de una defensa adecuada para el infractor, superando con ello algunas formalidades procesales que podrían tener como consecuencia una negativa formal de acceso a la justicia.

No omito externar un profundo agradecimiento para el artista Tomás Mejía, quien nos ha favorecido con la donación de la imagen de la portada de la presente revista, así como el reconocimiento a la labor honorífica de vinculación cultural del Maestro Juan Mario Mondragón Zúñiga. Ansío que esto sea el inicio de una colaboración constante con artistas de diferentes latitudes, que nos permitan recordar que el arte y el derecho tienen cabida en un mismo espacio.

Deseo que este número especial de la Revista le proporcione al lector herramientas que le permitan cuestionar algunos de los dogmas impuestos en el derecho y, con ello, formular posturas que abran nuevas perspectivas al estudio de la siempre creciente ciencia jurídica.

Dra. Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA DE LA REVISTA DEL POSGRADO
EN DERECHO DE LA UNAM.



EN PORTADA

Tomás Mejía, *Nacimiento de un Guerrero*, Año, Biblioteca Julieta Campos de la Universidad Intercultural del Estado de Tabasco, Oxolotan, Tecotalpan, Tabasco.

En la búsqueda de crear un símbolo de arraigo, y de conformar y contribuir a una identidad propia de la Universidad Intercultural del Estado de Tabasco (UIET); se diseña y construye un mural; en el marco del Bicentenario de la Independencia de México y el Centenario de la Revolución Mexicana; ubicado en la biblioteca “Julieta Campos” de dicha universidad; que se encuentra en Oxolotan, Tacotalpa; región de la sierra, zona indígena; del estado de Tabasco.

En la cual se puede describir a grandes rasgos y queda representada la confrontación del encuentro de dos mundos; simbolizada a través de un nahual jaguar gigante con cuatro cabezas y garras de águila; que representa la cultura mesoamericana; y del otro lado la cabeza de un caballo que representa la cultura española.

De las fauces del nahual jaguar, se simbolizan las culturas más importantes de Mesoamérica: Cultura Olmeca, Cultura Maya, Cultura Teotihuacana y en su último momento la Cultura Azteca, representada por los guerreros águilas, que son los que confrontan la llegada de los españoles, que es simbolizada por la cabeza del caballo. Este gran combate épico, simboliza el encuentro de dos mundos; donde se fusionan dos grandes culturas. De este combate queda herido el jaguar, y su sangre gotea cayendo sobre la corona de la reina española; simbolizando un reinado manchado con sangre; que al mandato de este poder, destruye y saquea con su ejército sometiendo a los pueblos mesoamericanos; llevándose sus tesoros e

imponiendo una nueva religión, por tal motivo, la reina española se encuentra sentada en su trono y sobre una enorme cruz, que es cargada y jalada por los indígenas, al castigo de los latigazos de un soldado español. Llamándose ellos los reyes católicos, mientras sometían y devastaban al México antiguo.

En la parte alta y al centro del mural, se encuentra el calendario solar azteca, el quinto sol; de donde salen cuatro flamas de fuego, que simbolizan los cuatro puntos cardinales; llevando consigo la energía de unidad a todos los pueblos, para que prevalezcan sus identidades culturales en el tiempo.

Al principio del mural, se encuentra Marinalli; haciéndole un homenaje a la mujer indígena; que fue entregada a los españoles como esclava.

Con su sabiduría y fortaleza trasciende ante nosotros como mujer, se muestra con su desnudez, poderosamente humanizada y guerrera ante todo momento, para salir adelante de esta gran dificultad. Haciendo una gran historia y sirviendo como mediadora de las negociaciones políticas, culturales, económicas y religiosas, a través, de su gran capacidad de comunicarse en la diversidad de las lenguas; es por tal motivo que lleva una flama en la cabeza; con los brazos abiertos, como diosa Marinalli que lleva un mensaje para todos. Se encuentra en medio de dos personajes importantes que es Cuauhtémoc, el último rey azteca, que confronta a Hernán Cortes. De su vientre de Marinalli, sale un espiral que se convierte en la cola del nahual jaguar, simbolizando el nacimiento de una nueva raza; mezcla de la cultura mesoamericana con la cultura europea, naciendo el primer hijo criollo; de la unión de Marinalli con Hernán Cortes.

En la parte baja del mural esta representado con gran fortaleza el nahual jaguar, que pisa una máscara antigua, que representa una cultura y simbolizan una identidad; siendo esto una respuesta integral de su capacidad de permanecer como pueblo y nación. Se muestran los genitales del jaguar, como una representación de la fortaleza y el carácter que deben tener los nuevos guerreros para

confrontar los embates a su cultura; tener grandeza al nivel de los nahuales antiguos, para defender las tradiciones, defender la libertad y su autonomía de una nación unida; prevaleciendo las identidades de los pueblos; teniendo así la oportunidad de trascender en el tiempo y la historia, buscando nuevas respuestas, nuevos encuentros con las demás culturas; respetando la autonomía de todas las naciones.

Tomás Mejía

Tomás Martínez Mejía es un mexicano y tabasqueño comprometido con su país y su estado, a través de su pintura de caballete y murales en donde plasma con cariño las antiguas tradiciones, usos y costumbres de su pueblo, de antes y de ahora, y para que no se pierda con el transcurso del tiempo, pese a los múltiples cambios económicos y sociales. Iniciando sus estudios de artes plásticas en la Casa de Artes “José Gorostiza”,

Parte de su obra de escultura se encuentra en el Colegio de Bachilleres de Tabasco, en Tamulte de las Sabanas; el museo Interactivo Papagayo; el municipio de Paraíso, Tabasco. En lo que respecta a sus murales se ubican en el Hotel “Posada San Pedro”; en el Centro de Visualización; en el Administrativo de PEMEX, Tabasco; en el edificio lobby del CIVE (Centro Internacional de Vinculación y Enseñanza) en la UJAT; en la Universidad Intercultural del Estado de Tabasco UIET; en el edificio de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la UJAT; en Mérida, Yucatán; entre otros espacios donde se ubica la filosofía e ideología de nuestro amigo como escultor y gran muralista.

Es preciso señalar, que el maestro Tomás, en el mes de septiembre de 2018, inauguró su galería denominada “La Trinchera del Arte”, ubicada en calle Iguala 214. Col. Centro. C.P. 86000, en Villahermosa, Tabasco, México; en donde imparte diversos talleres de arte, entre los que se encuentra el de pintura.

ARTÍCULOS



CRIMINALIDAD DE CUELLO AZUL, CIVILIDAD, CIUDADANÍA Y PREVENCIÓN. REFLEXIONES EN TORNO A MÉXICO

JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ LEÓN¹

RESUMEN: La criminalidad azul es una categoría intermedia en la clasificación de los delitos, de forma particular de los ilícitos de corte económico. Durante mucho tiempo se dio poca importancia a esta categoría, pues se pensaba más en el tamaño del daño (cantidades) y en la clasificación de los grandes delincuentes, y no en las consecuencias sociales producidas. En el México de hoy la crisis de inseguridad y control del delito ubica en el contexto criminológico a las clases económicas siempre vulneradas como nichos del delito ocupacional en función de sus precarias condiciones materiales de existencia y oportunidad de progreso. El delito económico se origina, desarrolla y vincula a otros delitos en las clases medias y trabajadoras, y es ahí, donde toma relevancia la criminalidad azul y las explicaciones para generar opciones de política criminal preventiva.

PALABRAS CLAVES: *Criminalidad, criminal azul, delito ocupacional, delito económico, prevención, política criminal.*

ABSTRACT: Blue crime is an intermediate category in the classification of crimes, particularly in the case of economic offenses. For a long time, little importance was given to this category, as more was thought about the size of the damage (quantities) and the classification of the big criminals, and not about the social consequences produced. In today's Mexico the crisis of insecurity and crime control places in the criminological context the economic classes always violated as niches of the occupational crime based on their precarious material conditions of existence and opportunity for progress. The economic crime originates, develops and links to other crimes in the middle and working classes, and that is where the blue crime and the explanations to generate preventive criminal policy options take relevance.

¹ Profesor Titular del Posgrado en Derecho y Política Criminal, FES Acatlán UNAM.

KEYWORDS: *Criminality, blue criminal, occupational crime, economic crime, prevention, criminal policy.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Criminalidad Azul en México, Contexto Teórico. III. Civilidad y Ciudadanía, frente a la criminalidad de cuello azul. IV. Clases en ascenso, delitos ocupacionales. V. Prevención y reflexiones en torno a la criminalidad de cuello azul. Fuentes de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad azul es un concepto criminológico que se refiere a los delitos económicos y a su práctica en ciertas clases sociales y profesiones; se deriva, pero se distingue de la delincuencia de cuello blanco y por ello genéricamente es poco referida en los temas penales o criminológicos. El objetivo de este artículo es retomar y exponer las características de esta criminalidad y hacer una aplicación con bases teóricas a la problemática mexicana y sus repercusiones en las estrategias de política criminal y prevención.

Se busca de manera secundaria, advertir, no desde una visión moralista sino de una postura ético jurídica, las repercusiones del desinterés por significar el repunte de los delitos ocupacionales en torno a las clases sociales en ascenso y su vínculo con otros delitos graves; lo anterior con el fin de crear reflexiones generales dentro del mismo texto.

II. CRIMINALIDAD AZUL EN MÉXICO, CONTEXTO TEÓRICO

México es un país donde la impunidad,² el delito, y el no respeto por la ley y las instituciones se va asentando cada vez más; el señalamiento del exterior (Organismos Internacionales respecto de

² Se da cuando se deja de cumplir con la obligación de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos. Tomado de: Matute Donde, *El*

violación a derechos humanos), así lo demuestra y ponen en tela de juicio la eficacia del gobierno en estos temas.

Muchos son los problemas que se contextualizan desde esta óptica, particularmente la banalidad del delito, el descrédito de las instituciones, la violencia cotidiana, la inseguridad real, la percepción de inseguridad, el miedo social, la paranoia colectiva, el rompimiento del orden (social e institucional), y la pérdida de la esperanza en la construcción de un país mejor.

Las estrategias de política criminal en este país, se han focalizado mayoritariamente y en los últimos tiempos en los delitos de impacto, en la persecución de hombres de notoria carrera criminal, en enemigos del sistema, en el control social abstracto que impone la amenaza, el aumento de las penas y la pérdida de la libertad, como una forma de disuasión y riesgo para el gobernado que no sede a la obediencia, ante la amenaza del trastocamiento de sus libertades pensando que es más redituable vivir del delito, ante la imposibilidad de una mejora sustancial en su nivel de vida o en sus expectativas, no importa, como diría Bauman, que se pierda el sentido de vivir en seguridad en una comunidad de reglas y orden.

La política criminal se ha concentrado únicamente en la visión institucional de la seguridad pública y los alcances de un nuevo sistema de justicia; se ha guiado entonces por la panacea de los derechos humanos y la reubicación en este plano de la víctima y la reparación del daño, no por intrascendentes, sino como únicos y fundamentales, olvidando que éstos, siempre existirán en tanto no cambie el centro que los origina (el delito mismo) y las condiciones que permiten que se reproduzca, particularmente en lo referido a las estrategias creadas para minimizar, controlar y a la postre, cambiar dichas situaciones.

Las causas del delito en la historia del pensamiento criminológico son muchas, como muchas son las teorías que lo explican, pero

principio de legalidad penal: Perspectivas del Derecho Penal Internacional, México, México Universitario, J.M. Bosch, 2007, p.11.

en este caso, la génesis del crimen está ubicada en las dinámicas sociales que se vuelven constantes e insuperables a través de las acciones del Estado, es decir, es su propia génesis.

Sí, la historia del sistema político mexicano debería estar íntimamente ligada a la definición de su Estado, porque es ahí, donde se desprenden los ideales del sistema de justicia, la delineación de los bienes jurídicos que fundamentarán todas las aspiraciones de los súbditos, las relaciones entre iguales, las prácticas políticas, las relaciones y posiciones entre la clase política y burocrática y con los gobernados, de tal suerte que la construcción de todo el sistema de control social y de control penal reflejen a cabalidad las aspiraciones de ese Estado sin ponerlo en riesgo; de ahí que la política criminal a decir de Juan Bustos, sea, “un conjunto de procesos sociales y dinámicos...”.³ Y por tanto apéndice de la política general del Estado.

En México, la impunidad se ha ido enraizando desde la construcción misma del sistema político, por ello permea cada rincón y espacio de las instituciones, por lo que entonces, las prácticas sociales son en gran medida conflictivas, violentas, delictivas y corruptas. El sistema cultural mexicano se refleja en sus instituciones y por ende, en el sistema penal (todo sistema jurídico es un sistema cultural). En este orden de ideas, el delito económico a nuestro decir, tiene dos cimientos dentro de las diversas clasificaciones criminológicas y del tratamiento penal existente; el primero, la corrupción⁴ gestada desde la clase gobernante y la burocracia media; segundo, los delitos de cuello azul, que permean en las clases medias y los sectores laborales.

³ Cfr. Ramírez Bustos, “Política Criminal”, Rev. A 11 de Posgrado, México, ENEP Acatlán, enero-junio 1988.

⁴ Actos mediante los cuales un funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses de los particulares a cambio de una recompensa. Tomado de: Edmundo González Llaça, *Corrupción Patología Colectiva*, México, INAP, 2006, p.50.

Estos dos cimientos toman sus elementos o se aderezan desde otra falla del sistema político institucional, que es de incidencia cultural y social, la gestación del conflicto, de la violencia y de las conductas antisociales, por la escasa visión en la comprensión del concepto ciudadanía y de la civilidad, ejes rectores de las políticas preventivas y de la política criminal moderna (como reproductor de valores y de ideas democráticas).

La impunidad y la corrupción tienen como paralelo el incremento y sustento natural (natural por antonomasia), de los delitos de cuello azul por darse en las zonas más populares, en atención a la densidad poblacional, es decir, en las clases medias y bajas del estrato social. En estos niveles, es donde más se reproducen los elementos moralizantes que toma el derecho para crear procesos legitimadores y encausamientos legales para el establecimiento del orden y del control.

Es importante resaltar que, no se trata de los delitos convencionales,⁵ sino de una categoría intermedia que se ha ido sumando a los existentes, generando consigo nuevas dimensiones de la descomposición social y de evidenciación del fracaso del proyecto de Estado.

Es decir, si colocáramos los delitos en una pirámide y explicamos el nivel que ocupan bajo una visión criminológica, tendríamos por ser redimensionadores a nivel transnacional por su violencia: primero, a los de alto impacto (secuestro, violación, homicidio doloso, desaparición forzada de persona, trata de persona, extorsión, robo con violencia); segundo, los delitos de cuello blanco (tráfico de influencias, lavado de dinero, fraude, delitos financieros, malversación de fondos, quiebra fraudulenta, bancarios, defraudación fiscal y otros delitos cometidos por profesionales de alto nivel socioeco-

⁵ La criminalidad convencional es sinónimo de la perpetrada mayormente por el pobre diablo, refiriéndose al ciudadano de pie, y en especial el marginado o excluido. Tomado de M. López Rey, *Criminología, criminalidad y planificación de la política criminal*, Madrid, Aguilar, Tomo II, p. 227.

nómico); los delitos de los caquis (la impunidad de los militares); tercero, los delitos de cifra dorada (poder político y económico); luego los delitos convencionales (toda forma de delito cotidiano y de no relevancia para las clases dominantes y poder político, económico, mismos que se clasifican así por su reproducción y frecuencia); y por último, los de bagatela (aquellos que al ser convencionales son intrascendentes, cometidos por ignorancia, descuido o necesidad); así, en medio de esta clasificación pero antes de los delitos convencionales y de bagatela están los delitos de cuello azul o bien conocidos como los “ocupacionales”.

Como ya se dijo, esta clasificación criminológica no es nueva pero hoy toma relevancia en México, pues refiere “que el factor casual no es la pobreza en el sentido de la necesidad económica, sino las relaciones sociales e interpersonales, que a veces están asociadas con la pobreza y a veces con la riqueza (*sic*)”⁶ estos delitos son cometidos a decir del mismo Sutherland por profesionales asalariados, comerciantes, vendedores que desde su posición encuentran un medio para la estafa y la impunidad, aprovechándose de su relación social con la víctima que, confía y cree en ellos como medio para resolver sus problemas o necesidades.

Dentro de estas actividades delictivas se incluye, entre otras, la de los profesionales libres, como los médicos, cuando suministran ilícitamente drogas, o practican abortos; lo mismo ocurre con el asesoramiento que prestan los abogados o contadores en la ejecución de actividades ilícitas o delictivas.⁷

⁶ Edwin Sutherland, *El delito no es exclusivo de las clases bajas*, del texto, *Criminología Contemporánea, Introducción y sus fundamentos teóricos*, México, INACIPE, 2012, p. 152.

⁷ Ramiro Anzít Guerrero, *Los delitos de cuello blanco y los de cuello azul*, Argentina, Fuente electrónica, archivos de criminología, criminalística y seguridad privada, Sociedad Mexicana de Criminología, fechado de: 15 de junio 2015, p.3.

Estos delitos son multifactoriales y pueden albergar nuevas formas o mutaciones sociales, económicas y aspiracionales, son el centro para la nueva criminalidad capitalista.

Las personas que forman parte de la criminalidad de cuello azul, se ubican en las clases sociales medias y en ascenso, por lo que sus problemáticas económicas, ideologías, concepciones de la vida y las relaciones cotidianas, son un caldo de cultivo para ellos, pero también, un lugar de arropamiento de criminales que, en ellas se refugian o que buscan conectar sus negocios ilícitos, convencionales o de impacto.

Los frentes de combate al delito generalmente se planean desde la lógica de la incidencia de los mismos, por tanto, los delitos de mayor impacto y los de escándalo social tal como lo referimos en el orden que ocupan los delitos en los extremos de la pirámide que mencionamos líneas más arriba, son los que reciben mayor atención por razones políticas o por la forma de su desenlace (tipo de repercusión), pero poco o casi nada se atienden los de cuello azul, y lo que generan en su contexto. Por esta razón creemos conveniente precisar algunas reflexiones en torno a esa criminalidad y su prevención.

La primera, el escaso trabajo que se hace en torno a la prevención de esta criminalidad y que se ubica en los procesos de civilidad y ciudadanía, que son muy fuertes y determinantes en la sociedad, pero más aún, en las clases medias; reforzar valores sociales y enseñar valores cívicos, son los ejes sistémicos funcionales probados en las sociedades modernas, estos ejes controlan la gestación de los conflictos y de la violencia e inciden en el comportamiento moral del hombre civilizado.

El clasemediero promedio, cuando alcanza un nivel de bienestar personal o familiar, decide en general cuidar su estatus antes que aventurarse a perderlo todo. La moralidad imperante puede ser hipócrita pero funcional para contener comportamiento de vida en atención al estatus de cada sujeto, ya sea por sentido de pertenencia a grupos y de expectativas que debe procurar mantener.

La segunda, la prevención y sus estrategias desde el entorno físico donde se asientan las clases medias, olvidan las características multifactoriales para la generación de esta criminalidad y abonan de forma contraria a la gestación de puntos de conflicto que, terminan en violencia; es decir, se les permite apropiarse de formas de control de la seguridad, se autorizan las islas de seguridad en controles privado-públicos, privados-privados,⁸ generando choques de poder entre ciudadanos cuando consideran que el Estado no cumple con la función garante de la seguridad (los desposeídos de ese control son abiertamente excluidos y llegan a la confrontación en reclamo de un derecho primigenio de igualdad) y hacen creer al empoderado económicamente que tiene el derecho de humillar o sobre ponerse a otro a través de prepotencia y tráfico de influencia (cierran calles, impiden el aparcamiento, someten a empleados, etcétera).

Estos controles privados, no sólo se imponen al más débil, si no que exaltan las virtudes intelectuales o el estatus social para que los profesionales o adinerados partan del desvalor moral para extorsionar sistemáticamente a sus clientes, asesorados o subordinados; se valen de ellos, de la necesidad de una atención profesional, de la creencia ciega de que alguien le está ayudando a enfrentar un problema de vida.

Los controles económicos son complejos y se refieren al enriquecimiento y a la extorsión, en las prácticas profesionales que se

⁸ Privados-públicos, se imponen reglas y formas de sometimiento en pro de la seguridad de un privado a otro, en un espacio público, sólo por el dominio físico del lugar sustentado por ejemplo en un nombramiento de servidor público o en una simple expresión de poder, condicionando un servicio o la disposición del bien, ejemplo de ello, ingreso a un banco o el acceso a una oficina de una universidad pública, cerrar una calle, etc.; ; privado-privado; cuando el particular a partir de su derecho privado decide imponer controles adicionales y extremos aunados al derecho de propiedad, sin importar si con ello somete o lesiona la dignidad de alguien que necesita o quiere hablar con el titular del derecho o simplemente si necesita un favor.

extienden a otros diversos campos del derecho como el civil, el mercantil, la ética y las ciencias administrativas.

Es por ello que la prevención social debe voltear al desarrollo del sistema cotidiano de vida, más allá de las expectativas económicas y eso únicamente puede funcionar si el hombre medianamente letrado se asume como parte de un eslabón social y con una responsabilidad ciudadana.

III. CIVILIDAD Y CIUDADANÍA, FRENTE A LA CRIMINALIDAD DE CUELLO AZUL

El hombre moderno, el que de conformidad con los cánones capitalistas, tiene una educación promedio, es decir, llega a ser profesional y por tanto su condición de ascenso económico es parte de su reto diario, está formado para las vicisitudes de la lucha del más apto, en el entorno de la vorágine sutil, pero presente a cada paso de su vida, la lucha del más fuerte, porque ve siempre un futuro incierto y un presente lo más cómodo posible; estos retos son su lógica de vida, sin que nada a ciencia cierta le garantice algo.

En esos mismos cánones, se le provee de herramientas, aptitudes y capacidades para mejorar su condición de vida económica y social, sin importar desde que tan bajo partió o hacia dónde se profile, porque el reto es ser un profesional de “éxito”, cumplir “los objetivos predominantes implican diversos grados de sentimiento y de importancia y comprenden una estructura de referencia aspiracional.”⁹ Esto es lo que particularmente ofrece el mundo moderno y los programas de las universidades privadas y su publicidad “esperanzas de una formación integral” y las públicas, de forma implícitas en la meta soñada de un título profesional.

Pero la verdad suele ser más poderosa que cualquier expectativa vendida o formada en ese receptáculo social, llamado mundo de

⁹ Robert K. Merton, “Estructura Social y Anomia”, en *Antología de Criminología*, Sánchez Sandoval y Ana Josefina Álvarez, México, UNAM, 2003, p 290.

profesionales. Lo cierto es que, salir de la escuela profesional o de negocios, no es garantía de nada, “pero son cosa por las que vale la pena esforzarse, Linton, llamó designios para la vida de grupo (*sic*).”¹⁰

En una vida de desenfreno económico, las políticas educativas y las universidades han dejado algo en el olvido, la parte humana y los valores sociales, más aún el Estado mismo en su preocupación por ver en el modelo capitalista exitoso, ha generado implícitamente el riesgo social. La conciencia social y de clase se funda hoy por los satisfactores meramente económicos más que por las valoraciones de grupo y la aspiración de un mundo mejor, en luchar por el prójimo o simplemente por idealizar, que se es profesional también para ayudar, hoy todo es como diría Bauman, “la vida líquida”.

Las políticas educativas han dejado de ser desde la primaria hasta la Universidad, un factor determinante para fortalecer a la nación desde la identidad del conglomerado humano. En la escuela básica, los valores sociales y la formación cívica ya no son una opción real de utilidad. Se olvida que la ética, consolida al ser humano y le permite distinguir los comportamientos buenos y malos para sí, se deja de lado que uno de los vínculos para el fortalecimiento de la moral imperante, y que es ahí; en la formación del hombre donde se comprende que el conocimiento científico y el bien colectivo, dan un sentido humanista y útil no sólo para sí, sino para el prójimo.

La formación científica y humana, vistas desde el control social informal o suave no sólo genera expectativas de comportamiento sino indudablemente satisfactores personales de vida y consolidación del idealismo colectivo y funcionamiento de las estructuras sociales e institucionales. Es aquí donde nace la civilidad, valor y condicionante como ya se dijo para las expectativas, incluso para la lógica de la prevención; cuando ésta no se da, surge la incivilidad y con ello, sin duda, la anomia social.

¹⁰ *Loc. Cit.*

Esto es así porque la civilidad nos conduce a “una política que en doble sentido de amabilidad y de acuerdo...supone acciones y palabras que constituyen un freno a la violencia,”¹¹ pero no solo eso, sino que permite también que los sujetos se respeten y toleren entre sí, que reconozcan sus entornos y que vean sus diferencias para poder convivir; civilidad entonces, “contiene la expectativa de apertura, permanencia y creación de un espacio público donde los agentes puedan reconocerse y regular sus conflictos.”¹² La formación del joven y del adulto profesional se va graduando para abonar a una inserción efectiva al tejido social en general.

El delito, es visto y concebido como un acto amoral y de incivilidad, en el plano de la intolerancia y el respeto por el otro, sus bienes y su vida.

No es esta una visión romántica o efímera, es un elemento probado en otros momentos de la historia y en diferentes latitudes. La civilidad conduce entonces a otro concepto indisoluble, la “ciudadanía” y en ella se realizan las aspiraciones del colectivo social e institucional del Estado, impactando y fortaleciendo la lógica y la razón del derecho, como mecanismo de empalme entre la moral imperante y el deber ser (control informal y formal).

La ciudadanía es entonces “un estatus que garantiza a los individuos iguales derechos y deberes, libertades y restricciones, poderes y responsabilidades, y en ese sentido, ocupa un lugar central en la política democrática,”¹³ cuando estos dos conceptos están presentes en la vida del hombre, entonces su conducción moral es correcta o al menos acorde a lo esperado en el entorno social donde esté y se mueva. De forma contraria, el olvido de los valores sociales y de los encausamientos en la escuela, van corrompiendo al hombre y

¹¹ Susana Villavicencio, “Ciudadanía y civilidad: Acerca del derecho a tener derechos”, Colombia Internacional, Red de Revistas Científicas de América Latina, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2007, p. 39.

¹² *Loc. Cit.*

¹³ *Loc. Cit.*

van degradando el entorno social por prácticas abusivas, violentas y delictivas.

Hoy estamos frente a un torbellino económico, en él, las aspiraciones de un mundo donde ser el mejor y ser exitoso se reducen a tener bienes materiales; en el entorno cotidiano la vida global ha impactado las estrategias educativas por modelos de enseñanza técnica, científica y económica, dejando de lado las humanidades, las ciencias sociales y la formación cívica; en el día a día los cambios forzados de esta época han universalizado derechos *Pro Hombre*, sin que éste (el sujeto), pueda comprenderlos a plenitud y hacer buen uso de ellos de forma dignificante (nos referimos a que el sujeto cree en todo momento que se violan sus derechos y asume que reclamar de todo, es parte de su derecho subjetivo realizable y de auto satisfacción).

Por otro lado las arbitrariedades del sistema institucional, la ineficiencia del aparato protector de los derechos humanos, la pobreza y el miedo latente a caer del escalafón social, incentivan directamente, en la construcción de una ideología de competencia al ritmo que sea y por sobre quien sea, rompiendo así las bondades de vivir y comprender un mundo civilizado, donde las reglas y los deberes deben estar en concordancia. La moralidad se debilita y se laxan los comportamientos y las exigencias, el respeto al otro y a la autoridad en la que ya no se cree ni como referencia simbólica.

Así, el profesionista promedio, sin escrúpulos, temeroso de no asegurar su futuro, obsesionado con el éxito de su seguridad económica, deseoso del progreso e instruido en el arte de usar los conocimientos primero para sí, y después por sí, de desproveerse a sí mismos del sentido de la ayuda al prójimo, de la visión del interés nacional, habido de oportunidades y conocedor al mismo tiempo de que los empleos, los cargos y las llamadas al escenario laboral, pueden ser por una única vez en su vida, decide aprovechar su situación personal, sus relaciones y conocimientos para estafar, engañar, venderse al mejor postor o incluso para operar desde sitios oscuros, con

tal de obtener el “sueño deseado” la tranquilidad económica y con ello, todo lo demás alcanzable.

La vida global está hecha para los más aptos, ricos que lo tienen todo o los preparados que engrosan las filias de reserva para ser utilizados mientras el resto, ven con mayor precariedad la vida. La pobreza de los países emergentes como el nuestro, no facilita las expectativas de los profesionales pues en su súper producción (formación y titulación de ellos en cantidad y no calidad), la corrupción viene implícita, pues la educación se abarata, se forman investigadores que no saben investigar, se cursan posgrados en menos tiempo que una mala secundaria y se acredita a niños que son reprobados en los estándares internacionales básicos, bajo el falso discurso de no dañar su viabilidad de vida.

Así, se dan las bases del oportunismo, del sometimiento del otro, del chantaje y la violencia; se pasa a crear seres irrespetuosos de la propia condición humana, de su entorno y de todo cuanto existe, guiados por hombres iguales que no creen en la civilidad y buscan desarticular los proceso de ciudadanía; ambos líderes y hombres comunes se creen sabedores y poseedores de algo que los conduce al violar la ley o encontrar en ella, renglones torcidos para ser impunes, ser incólumes ante la justicia, el orden y el progreso social.

Cuando se trata de diseñar las diferentes formas de la convivencia humana, los residuos son seres humanos. Ciertos seres que ni —encajan ni se les pueden encajar en la forma diseñada. O los que —adulteran su pureza y enturbian su transparencia[...] Guiada por leyes artificiales, la humanidad cambia penosamente zaran-deada, ajada, herida y afligida por las fuerzas de la sinrazón, el prejuicio y la superstición.¹⁴

La vida económica trae consigo delitos económicos. Los seres desmoralizados, ventajosos por sus conocimientos, aprovechados de

¹⁴ Bauman Zygmunt, *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, México, Paidós, 2016, pp. 45 y 46.

las desgracias ajenas, técnicamente preparados para ver y hacer lo que el sujeto común no puede, desprovistos de toda moralidad, se vuelen los delincuentes. El saber, es un mecanismo para el delito, el oportunismo es un factor de delito y el delito, es estatus encubierto por una imagen de hombre prominente, sutil, e incluso, reconocido por su prestigio o por su bondad en *pro* del prójimo. El delincuente ocupacional, es el que vende su moral o se rebaja a ver en ella únicamente moneda de cambio.

El profesional de la estafa, lo sería en muchos casos, a decir del cineasta mexicano,¹⁵ llega a los cuarenta y deja de ser romántico, porque se enfrenta a él mismo, y a las exigencias de un mundo muchas veces inalcanzable por la vía de la rectitud moralizante o por el imperdonable deseo de no encontrarse a sí mismo.

La educación escolar es piedra angular del entendimiento de la civilidad y la identificación y compenetración a la ciudadanía. La escuela media y superior debería de ser el vínculo activo y el referente ético social de una actuar acorde a los más altos principios sociales, donde el conocimiento científico y humanístico templen al hombre letrado para actuar conforme a la correcta condición social y con ello aspirar a vidas dignas y respetuosas.

Una vez más, no se trata de un sueño aspiracional, se trata de darse cuenta que la clase empresarial y la clase media ilustrada son origen y manutención de un sistema corrupto y mediocre al amparo del poder público. Miguel de la Madrid, tal vez por ello aludía al dicho “la corrupción somos todos”; es evidente entonces que estas variables han llevado al México actual a no resolver su régimen anticorrupción, pues su operación misma dependería de líderes políticos y hombres formados profesionalmente para perseguir esencialmente a esa clase burocrática burguesa y los grandes tenedores del dinero ¿serán estos delincuencia azul?

¹⁵ Cfr. Ver. Roberto Gavaldón, *El Rebozo de Soledad*, México, 1952.

IV. CLASES EN ASCENSO, DELITOS OCUPACIONALES

Como ya se examinó el génesis ideológico del delito ocupacional se encuentra en la ética del profesional o prestador de un servicio. Sin embargo, hay tres referentes determinantes para su puesta en marcha y son, la valoración ética, el oportunismo para su concreción y la motivación económica.

El profesional que presta o vende sus servicios se encuentra generalmente en una condición privilegiada para decidir actuar y favorecerse de sus víctimas; lo que tiene que ver con la connotación personal de la libertad de hacer y con la valoración de sus actos, lo que generalmente apunta al posicionamiento de una moral hipócrita por la confrontación de razones contrarias para decidir lo “correcto o no”, es decir, cada profesión tiene códigos de ética que el individuo aprende en su formación pero quedan al arbitrio del profesional en su conocimiento moral.

Los profesionales son generalmente llamados para resolver problemas que tienen que ver con conocimientos específicos y donde la situación del cliente, da la condición situacional de actuación del profesionista (como sujeto activo¹⁶), es decir, ubica al cliente como sujeto pasivo,¹⁷ por estar indefenso bajo situaciones de angustia, preocupación, miedo, necesidad, desconocimiento o confianza, etcétera.

La condición clave para que se dé un delito es a su vez la condición específica del control preventivo por antonomasia, es decir, el entorno donde una persona se mueve teniendo dominio de sí, de sus bienes y/o de sus relaciones o decisiones al sentirse en confort, es su espacio situacional. Así, cuando el pasivo (cliente), acude con el profesional, traslada su espacio situacional, no porque tenga dominio físico del lugar, sino porque entra en un estatus de confort y

¹⁶ Persona que realiza el delito por acción u omisión.

¹⁷ Individuo sobre el cual recae la acción del sujeto activo en la realización del delito.

deposita en el otro (de lograrse el vínculo o acuerdo tácito para la atención) su confianza y abre sus cuestiones íntimas para ser ayudado; por lo que, la mala *praxis*¹⁸ puede conducir al cliente a una zona de riesgo y su espacio situacional puede ser un lugar para la consumación del delito.

Cuando el profesional decide valerse del control de dominio situacional del pasivo entonces operan diversos modos circunstanciales del “hacer” del profesional para alcanzar sus fines y propósitos, de ahí la variación del delito. Lo anterior significa que, puede el profesional o prestador de servicio o empleado elegir tiempos de actuar, modos y premios (ganancias objeto del delito), por eso estos delitos se diversifican por su acción y se concretan por el modo de lesión que es “el enriquecimiento a costa de”; el activo puede decidir, engañar, ocultar, omitir, inducir a acciones, chantajear, presionar, etcétera.

Esos delitos dependerán su éxito e incidencia, de las habilidades del profesional, por ello también se abre un problema en cuantificación o simple determinación del daño en lo colectivo, dejándose esta parte a la secuela demostrable del delito en lo particular (es decir, en cada víctima), no como en otras calificaciones de delitos donde los daños causados de una u otra forma se pueden cuantificar o calificar socialmente de manera específica, cuando se trata de repercusiones económicas por acciones financieras, fraudes, robos, etc. Consecuentemente este tipo de criminalidad se sustrae de la clasificación piramidal a la que nos referíamos en el punto anterior y de la lógica colectiva del daño causado; sin embargo, es una de las más lesivas económicamente hablando.

El dilema sobre lo que produce esta criminalidad o sus consecuencias nos regresa otra vez a la moral y el control de los espacios públicos y privados, esto significa que un profesional que estafa a su

¹⁸ Se entiende como aquel acto ilícito e inapropiado en el ejercicio de una profesión. Tomado de: Fuente electrónica: <www.definicionabc.com/derecho/mala-praxis.php>, cita del día: 4 de octubre del 2016.

cliente se escuda en un dicho popular con trascendencia jurídica, “el leal saber y entender” que éticamente puede ocultar las formas dolosas de actuar o bien, el acuerdo de voluntades, lo que entonces nos conduce al otro sentido de la mala *praxis* que tiene que ver con la pericia y los resultados, y nos ubicaría en otro tipo de delitos como los de práctica médica culposa.

Esto distorsiona formas de actuar no éticas en los delitos de estafa, pues el sujeto que lo hace, está en su espacio privado para decidir desde su saber, la mejor estrategia del actuar y no es el Estado quien pueda intervenir en dicha esfera privada, pues su acción se limita a la prevención negativa de los delitos, es decir, a su advertencia de no hacer y en este caso, el actuar se oculta en una decisión privada y profesional.

Sin embargo, los delitos de cuello azul tienen la condición “de ejecución superflua”, por ello su similitud a las formas de la estafa, pues una situación obvia derivada del trabajo, asesoría, tratamiento o servicio, se realiza o condiciona a cosas innecesarias sabidas por el profesional y que le retribuyen un daño al cliente o paciente, ya sea de forma abusiva o gradual.

La relevancia de estos delitos no sólo es que pueden destruir patrimonios o poner en riesgo la salud física y mental de las personas, sino las conexiones lesivas que pueden crear. La ejecución superflua, también tiene coparticipación superflua pues de no ser por una obviedad en la ejecución de uno o varios delitos (difícil de demostrar, como hacer revisiones innecesarias, cobrar estudios médicos sin sentido o hacer dictámenes técnicos indescifrables), los profesionales se conectan entre sí para construir desde prácticas lícitas, estafas mayúsculas entre varios de ellos (sin entrar tampoco en conexiones de participación delictiva).

En el caso que tratamos, la complejidad estriba en la condición dogmática para construir un delito *ad hoc* y con ello determinar a ciencia cierta bienes a proteger y *modus* de ejecución del mismo; pues otra vez nos referimos al campo ético para después llegar a

delitos aislados o encubiertos. Este es el reto, construir controles donde se pueda dar vida a algún delito y contención a esas actividades que a su vez están vinculadas a otros delitos aislados, autónomos o especiales, pero que en algún momento se vinculan al mismo origen; por ejemplo, el médico canaliza al paciente a estudios clínicos no necesarios a cierto laboratorio y luego con otro especialista y después a un internamiento hospitalario, estando los intervinientes todos conectados al mismo fin, tratar a una persona no enferma o relativamente enferma para estafarle su dinero.

La idea central sería no quedarse solo en formas aisladas de la criminalidad o en criminalidad aparente,¹⁹ pues de no hacerlo, estas actividades no permitirán el interés público de proteger al menos las actividades más comunes o las formas de actuar ilícitas, sin importar el ramo donde se den. Si esto no pasa, el control²⁰ del espacio público se seguirá diluyendo en sus límites con lo aceptable y moralmente correcto.

Los delitos de cuello azul son delitos económicos, es decir, una subcategorización de los delitos de cuello blanco, pues su diferencia es quién los comete y a qué escala; los delitos ocupacionales, son realizados desde la operatividad del trabajo cotidiano, desde la red situacional de la empresa, la oficina pública o como ya se dijo del propio sujeto pasivo en las actividades independientes.

¹⁹ “...una parte importante de la criminalidad deberá siempre de quedar fuera del alcance de las autoridades encargadas del control social, por lo menos se puede saber el número exacto de infracciones comunicadas a la policía y el ministerio público o descubiertas por dichos organismos. Este tipo de criminalidad recibe el nombre de criminalidad Aparente, pues comprende los delitos que aún no han sido juzgados por los tribunales” Alessandro Monteverde *apud* José María Rico en: *Crimen y justicia en América Latina*, México, Siglo XXI, 2015, p 32.

²⁰ “...la esfera de lo público —espacio de construcción de ciudadanía— espacio donde se intersectan (las pretensiones) entre la sociedad civil y el Estado en un sentido limitado, es un espacio en extinción.” José A. Alvarez León, “Estado Laico: La cuestión del aborto y los derechos de la mujer entre lo público y lo privado” *Rev. de Posgrado en Derecho UNAM*, México, UNAM, 2009, p 36.

En México, este tipo de criminalidad refiere a delitos como: fraude, fraude contable, fraude hipotecario, bancario, malversación de activos, delitos cibernéticos, contra la propiedad intelectual, abuso de confianza, daño en propiedad, extorsión, despojo, robo, lesiones (de prácticas médicas), aborto, uso de información privilegiada, tráfico de influencia, evasión fiscal, soborno, robo de identidad, usurpación de funciones, uso indebido de atribuciones, fraudes registrales, fraude en la adquisición de empresas, etc., Según el Diario Milenio, en México y al corte del año 2016 “el 50% de las compañías mexicanas que reportan ser víctimas de un delito tuvieron una pérdida de 100,000 dólares, 3% reportó pérdidas de 5 mdd, y 1% más de 100 mdd, las empresas más dañadas tiene que ver con bienes físicos, transportación y logística, comercio a detalle, industria manufacturera y servicios financieros (*sic*)”.²¹

Estos delitos son genéricamente operados por profesionales, operarios y técnicos de las empresas o establecimientos mercantiles; esto significa que no basta observarlos como delitos patrimoniales como son en su mayoría, si no se observa el fenómeno criminal a partir del *modus operandi* desde su comisión como se decía líneas arriba.

Los empleos de profesionales o técnicos en la Hipermodernidad,²² ubican a esta clase trabajadora en la primera línea del desarrollo y del impulso de las nuevas formas de trabajo, cada vez más especializadas; son los mismos empleados de las empresas quienes aprenden a operar los sistemas, dar servicios, manejar información

²¹ Leonardo Peralta, “Delitos económicos: el enemigo está dentro”, México, <<https://www.milenio.com>>, 30 mayo 2016.

²² “...es por un lado, la sociedad de la publicidad, la que busca el placer inmediato. Pero al mismo tiempo, no lo puede disfrutar porque le pesa una enorme ansiedad sobre el futuro, fruto de las crisis económicas, del desempleo y un creciente temor en temas de salud, virus y epidemias. Es la ideología de la prevención, no la del disfrute. Es la que se preocupa por un futuro profesional incierto y por la educación de los niños en un contexto conflictivo.” Tomado de: Gilles Lipovetsky, *La era del vacío*, Barcelona, Anagrama, 1986, p 61.

y se relacionan con otras empresas, profesionales, o simplemente controlar las mercancías y sus destinos, así y por ello, la condición de clase medieros o en oportunidad de ascenso “los tienta” al delito, pues sigue siendo subestimada su posición (económica) a través de la abrupta concentración de la riqueza y nula expectativa de superar su clase social a través del trabajo limpio y digno.

El empleado promedio (asalariado) sueña en hacer capital para independizarse, por lo que ve desde el lugar que ocupan, la simple oportunidad por abuso de confianza o por necesidad, como sea, cada causa minimiza las razones morales que lo pueden contener de delinquir, pero al final, este empleado acaba por asumir sus riesgos, de ahí su diferencia con los delitos de cuello blanco.

Esta realidad demuestra dónde está el delincuente y qué lo motiva “El estudio de PwC (PricewaterhouseCoopers) halló una preocupante tendencia, el delincuente económico al interior de la empresa suele ser una persona con educación universitaria o superior, de más de 30 años y con más de tres años de experiencia en la empresa”.²³

Los trabajadores independientes también privilegian su posición para pedir a sus contadores o por sí, evadir al fisco, o incrementar sus ganancias a través de la interconexión simulada de servicios o de forma extensiva junto con otros profesionales, exprimiendo a sus clientes de manera secuencial o no, para garantizar ciertas rentas que tampoco son reportadas al fisco,²⁴ se trata de comisiones privadas entre ellos o a través de servicios y renta de instalaciones supuestamente con el fin de ofrecer a sus clientes ayudas en los gas-

²³ *Loc. Cit.*

²⁴ “La Procuraduría General de la República, abrió entre enero y septiembre del año pasado 545 averiguaciones previas contra contribuyentes que presuntamente incurrieron en defraudación al fisco por ingresos no declarados al Servicio de Administración Tributaria (SAT), lo que representó un incremento del 15.9% respecto del mismo periodo de 2013, cuando la dependencia inició 470 indagatorias... “Alfredo Méndez, La encargada de los delitos fiscales de la PGR criminaliza a contribuyentes: especialistas. Diario la Jornada, electrónica, México, octubre 13 del 2014, p.6.

tos, trato preferencial de instalaciones de buena calidad no caras y nada parecidas a las públicas y otros beneficios.

Otros notados en el arte de la estafa son los médicos, la prestación de servicios médicos, cirugías ambulatorias, análisis clínicos, segundas opiniones o terapias. Las escuelas privadas no se quedan atrás, ofrecen a sabiendas de su calidad, estudios de posgrado que no cumplen con la expectativa de calidad y utilidad necesarias para obtener un grado académico, pero venden títulos ajustados a las necesidades laborales del estudiante, lo que incluye de *facto* justificantes de ausencia, no entrega de trabajos, validación de créditos cuando no se hace examen, titulación de funcionarios de alto nivel que nunca asisten a clases y muchas triquiñuelas más; todo al amparo de un registro oficial de estudios.

En unos y otros casos se prestan para la autosatisfacción, por un lado los estudiantes para poder competir en la lógica meritocrática de los empleos o la búsqueda de ascenso laboral, y por el otro lado los dueños de las escuelas, por impunidad y prostitución de la educación a cambio de dinero, a la hora de cumplir con esos requisitos oficiales que a la postre, inciden en la eficacia de las políticas educativas del país y en los servicios prestados.

Casos como éstos puede haber muchos en cada profesión, en cada tipo de servicio, con cada tipo de necesidad que pueda requerir de la ayuda de un especialista o técnico y a su vez requiera de interconexiones con otros; los ejemplos anteriores redundan en las referencias más comunes de este tipo de criminalidad, pero entre más abajo sea el estatus de quien comete la violación a la ley penal o más común sea el servicio o auxilio requerido, el delito, la estafa o el hurto, más difícilmente podrá ser cuantificado y controlado como por ejemplo, el plomero que engaña a la ama de casa o el técnico en computación que burla la confianza de quien lo contrata.

V. PREVENCIÓN Y REFLEXIONES EN TORNO A LA CRIMINALIDAD DE CUELLO AZUL

Como es sabido, las formas de prevención del delito se ubican dogmáticamente en la prevención negativa y la especial positiva. En este sentido, la ubicación de los delitos se da de forma específica de acuerdo a la clasificación de que se trate en los códigos y en atención a lo que lesiona y la forma en cómo se realizan; por tal motivo la mayoría de los delitos que aquí se han comentado se clasifican en patrimoniales y desde el punto de vista de la criminalidad a la que nos referimos en delitos económicos.

El problema es entonces que, el control preventivo por su clasificación atiende a una política criminal cerrada o restringida, es decir, a la amenaza y/o advertencia de las consecuencias del delito, o a la complejidad que representaría establecer todas las variantes del mismo de forma simple o conexas; pero no a la doble apariencia que encubre el cómo surgió la idea del delito y cómo se encamina al sujeto pasivo a sufrirlo.

Es decir, la diversidad de estas acciones delictuosas y de los agentes que pueden cometerlos hacen imposible estrategias generales desde la visión institucional (Procuradurías u organismos que tengan formas de control), si hablásemos del tipo de criminalidad en su conjunto, la pregunta sería entonces ¿sería útil verlo así? ¿Es necesario pensar en una estrategia de prevención no por el tipo de delitos sino por tipo de criminalidad? ¿Sería útil crear una forma preventiva en otra visión?

La respuesta ciertamente es “sí” a todas las interrogantes, no al tipo de estrategia cerrada del control de la criminalidad. El enfoque debe ser a largo plazo, deberá fundarse en un origen diferente a la política criminal, permear a otras materias y rubros, para después como colofón permear al derecho penal.

Será necesario una prevención más allá de la prevención social, porque el fenómeno que antes se veía implícito en la criminalidad

de cuello blanco y delitos económicos hoy, es tan relevante que, permite ser el refugio, el nido y el engendro de delitos de todo tipo incluyendo los de alto impacto.

La clase media y la pobre en expectativas de ascenso, han sido filtradas por la delincuencia y ven en ella un modo de cambiar en lo individual los estragos del capitalismo salvaje.

Desde el surgimiento de la criminología social²⁵ ya se veían las razones plurifactoriales criminógenas como a la pobreza y el desamparo que fueron génesis de los delitos económicos; sin embargo, éstos (los delitos económicos) son el punto de partida para sumar otras razones, donde el dinero y la perspectiva de vida encuentran en algunas mentes las respuestas para el quehacer delincuenciales.

Es por esta razón que la prevención en términos normales no es efectiva cuando agrupamos los delitos de cuello azul. El problema central como se dijo al principio de este ensayo está en lo que el Estado ha dejado de hacer y como esto se refleja como política operativa desde el sistema político.

Recordemos que la política criminal es un apéndice a las políticas generales del Estado, por lo tanto la pregunta es ¿las políticas generales del estado mexicano están articuladas para evitar algunas causas generales del delito? Tendríamos que plantearnos también si bastará una constante lucha contra el delincuente en forma reactiva para terminar con sus conductas lesivas o si las conductas morales de los individuos que las realizan cambiarán por tener controles severos en el quehacer de las personas en cada espacio situacional.

Pensemos por ejemplo en las empresas que tienen el poder técnico y económico para implementar el control sobre sus mercancías, pueden reducir el riesgo dentro de ellas pero cuando éstas se trasla-

²⁵ “Es la ciencia de los delitos y de las penas, renovada por el método experimental, siguiendo las aportaciones de la antropología y la estadística criminal. Tomado de: Enrico Ferri, *Sociología Criminal*, Italia, Valleta ediciones, 6ta edición, 2006.

dan a esferas de dominio donde no tienen control, es decir, esferas no situacionales, los empleados otra vez cometen delitos.

Analicemos también cuando la autoridad deja el control de los espacios no situacionales a los vecinos, para que se auto ayuden en su protección, pues genera disparidad de condiciones y el empoderamiento de unos particulares sobre otros que, se asumen más fuertes, listos o con influencias para hacerlo.

En ambos ejemplos no sólo no se evitan conductas, sino que se abre la posibilidad de que se relacionen con delinquentes de otro calibre como ya sucede en este país y las consecuencias son la apropiación de espacios y los controles territoriales del crimen en cualquier ámbito.

Entonces ¿qué hacer? La única forma está en el “hombre moral,” pregunta de la criminología desde siempre ¿por qué es el hombre capaz de burlar la ley? ¿acaso no comprende que hace daño? Y la respuesta otra vez se da con miras a las razones morales colectivas que ya no son arropadas por el derecho y por tanto la civilidad queda desprovista de lo más elemental, la incomprensión o desvaloración de lo que son los deberes y las obligaciones entre iguales y la asunción de que el acto de barbarie, el abuso y la violencia son patentes desde la incivilidad. Calificación que de inmediato refiere también al tipo de ciudad donde el delito no es sólo antonomasia de la existencia de ley, sino forma de vida; particular cuando los delitos económicos se cobijan con violencia.

El hombre forrado en conocimientos científicos y técnicos al igual que el analfabeto enfrentan la vida cotidiana desde una razón moral (no por ella conformista o conservadora), es decir, fue cocido, hecho, construido con valores que identifica como muy propios y como necesarios para el orden donde vive, por ello uno u otro, pueden ponderar sus actos en sus diferentes situaciones de vida por ejemplo; un hombre rico y letrado, que no tiene una visión humana del respeto a la vida por el prójimo, y un mendigo que tampoco la tiene, no ven límites en privar de la vida a una persona si este se

opone a sus intereses o; si tuviese ese referente moral de respeto a la vida humana, únicamente encontraría razones morales y jurídicas, del por qué y en que situaciones mataría, es decir, en razones cívicas y éticas.

Así entonces, la respuesta es simple y compleja a la vez, las políticas generales del Estado impactan al ser articuladas en la vida de los gobernados de forma positiva o negativa; las condiciones de vida económica, social, cultural, etc., nos darán un referente, que impactará en la comisión de delitos; pero más efectivo serán cuando esas políticas impacten en la generación y reproducción de valores colectivos, siendo algunos de sus canales productores y reproductores, la escuela y los aparatos ideológicos del Estado, y las expresiones de justicia y democracia, que al final son los ejes de solidificación de la ciudadanía.

El hombre moral,²⁶ identifica sus propios límites consigo mismo y con los demás, acepta y racionaliza el deber ser y participa de los espacios que le son permitidos. Un hombre moral es un ser civilizado en su tiempo y por tanto un buen ciudadano.

La criminalidad azul, únicamente se podrá combatir a largo plazo si el Estado, en sus reformas, no sólo implementa más derechos subjetivos, si no de construcción del individuo a través de cometidos materiales (educación, trabajo, salud) como que den razón, también del proyecto de Estado y sean eficaces al crear verdaderos sujetos identificados y relacionados en plena civilidad.

Los delitos ocupacionales siempre existirán como cualquier otro delito, pero podrían disminuir sus conexiones de reproducción y

²⁶ “...uno de los fundamentos de la moral kantiana el hombre, el único ser que actúa bajo representaciones de leyes; ni Dios, ni a la naturaleza, ni a los animales les es dado actuar de esa manera. Por ejemplo, el hombre es el único que dice que hará tal cosa porque la considera buena, conveniente, justa, etcétera. Cuando obra así, lo hace en atención a representaciones objetivas de lo bueno, lo conveniente, de lo justo, etcétera...” Tomado de: Agustín Pérez Carrillo, “Los conceptos de Derecho y Moral en Kant”, Rev. Facultad de Derecho, No. 75, México, UNAM, 2010, P 599.

alcance cuando el profesional, técnico, o empleado sea ético y tenga condiciones de vida digna o al menos, aceptables para realizarse como persona.

No hay fórmulas mágicas, las recetas ya están probadas; lo que existe es la resistencia a la auto crítica, al cambio y la apuesta a las transformaciones a largo plazo, el deseo por desterrar el encubrimiento de una clase amoral y salvaje; el combate al delito desde el Yo, y la dignificación del hombre mismo.

Retomar la clasificación de la criminalidad azul, es un recordatorio de algo que dimos por hecho controlado y normado a través de definiciones y penas; hecho que generó en su olvido un profundo daño a una capa del tejido social, las clases medias trabajadoras y las clases bajas, todas llenas de aspiraciones, hoy, lesionadas desde su concepción y transformadas en utopías; clases sociales que demográficamente forman la mayoría y que son (otra vez) las más proclives al delito económico y la gestación de la violencia.

No se busca, levantar la mano de forma inocentemente o de forma moralista para hablar de valores sociales; se busca señalar y responsabilizar las transformaciones del Estado que han envilecido, cada espacio de la vida.

La política educativa formadora de hombres impíos en condiciones de vida menos adversas y una ciudadanía empoderada, es la mejor política estatal, preventiva y disuasiva para cualquier delito. México está dentro de los 45 países más corruptos e impunes del mundo²⁷ y dentro de los 4 más violentos del continente americano²⁸ y con más bajos niveles de respeto por la vida humana, entonces ¿verdad o reto? esa es la cuestión.

²⁷ Cfr. Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparency International, en <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf>, consultado, 7 de junio de 2108.

²⁸ Cfr. Global Peace Index 2018, en <<http://visionofhumanity.org/indexes/global-peace-index/>>, consultado junio 7 de 2018.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, México, Paidós, 2016.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 1997.
- DONDE, Matute, *El principio de legalidad penal: Perspectivas del Derecho Penal Internacional*, México, México Universitario y J.M. BOSCH, 2007, p. 11.
- FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Italia, Valleta Ediciones, 6ta edición, 2006.
- GONZÁLEZ LLACA, Edmundo, *Corrupción Patología Colectiva*, México, INAP, 2006.
- López Rey, M., *Criminología, criminalidad y planificación de la política criminal*, Madrid, Aguilar, tomo II, 1978.
- LIPOVETSKY, Gilles, *La era del Vacío*, Barcelona, Anagrama, 1986.
- MERTÓN K., Robert, Estructura Social y Anomia, en Texto de la *Antología de Criminología*, Sánchez Sandoval y Ana Josefina Álvarez México, UNAM, 2003.
- MONTEVERDE, Alessandro; que cita a Rico, José María en: *Crimen y justicia en América Latina*, México, Siglo XXI, 2015.
- SUTHERLAND H., Edwin, *Criminología Contemporánea, Introducción y sus fundamentos teóricos*, México, INACIPE, 2012.

CIBERGRAFÍA

- ANZIT GUERRERO, Ramiro, “Los delitos de cuello blanco y los de cuello azul”, Argentina, Fuente electrónica, archivos de criminología, criminalística y seguridad privada, Sociedad mexicana de criminología, documents.mx, fechado de: 15 de junio 2015, p 3.

Global Peace Index 2018, en <<http://visionofhumanity.org/indexes/global-peace-index/>>, consultado junio 7 de 2018.

Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparency International, en <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf>, consultado, 7 de junio de 2108.

PERALTA, Leonardo, “Delitos económicos: el enemigo está dentro”, México, Diario Milenio.com, México, 30 mayo 2016.

<www.Definicionabc.com/derecho/mala-praxis.php>,v cita del día: 4 de octubre del 2016.

FILMOGRAFÍA

GAVALDÓN, Roberto, Cineasta, El Rebozo de Soledad, México, 1952.

HEMEROGRAFÍA

ÁLVAREZ LEÓN, José A., “Estado Laico: La cuestión del aborto y los derechos de la mujer entre lo público y lo privado” Revista de Posgrado en Derecho UNAM, México, UNAM, 2009.

MÉNDEZ, Alfredo. “La encargada de los delitos fiscales de la PGR criminaliza a contribuyentes: especialistas”. Diario la Jornada, electrónica, México, octubre 13 del 2014.

PÉREZ CARRILLO, Agustín. “Los conceptos de Derecho y Moral en Kant” Rev. de la Faculta de Derecho, No.75, México, UNAM, 2010.

VILLAVICENCIO, Susana, “Ciudadanía y civilidad: Acerca del derecho a tener derechos”, Colombia Internacional, Red de Revistas Científicas de América Latina, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2007.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM
NUEVA ÉPOCA, NÚM. 5, JULIO-DICIEMBRE 2016

CIENCIA, TECNOLOGÍA Y ESTADO MODERNO: ELEMENTOS DE LA BIOPOLÍTICA POTENCIALIZADORES DEL RACISMO

LETICIA SARMIENTO SARMIENTO¹

RESUMEN: El racismo es una de las categorías que permiten entender diversas cuestiones en torno a la violencia social. Su utilidad radica en que puede explicar el exterminio de minorías, la exclusión social, la estratificación, la poca asimilación de los inmigrantes, los feminicidios, delitos cibernéticos, el secuestro, el fenómeno de linchamientos o la presencia de héroes anónimos. La segregación moderna aunada con la ciencia y tecnología, se desarrolla de manera paralela al advenimiento y establecimiento del Estado Moderno que se sustenta en sus aparatos de control e ideológicos en sincronía con el discurso político del capitalismo, denominado Biopolítica.

PALABRAS CLAVE: *Biopolítica, Estado Moderno, Ciencia, Racismo, Tecnología, Mecanismos de regulación, Dispositivos de seguridad.*

ABSTRACT: Racism is one of the categories that allow us to understand various issues related to social violence. Its usefulness lies in the fact that it can explain the extermination of minorities, social exclusion, stratification, the little assimilation of immigrants, femicides, cyber crimes, kidnapping, the phenomenon of lynchings or the presence of anonymous heroes. The modern segregation combined with science and technology, is developed in parallel to the advent and establishment of the modern state that is based on devices of control and ideologies in sync with the political discourse of capitalism, called Biopolitics.

KEYWORDS: Racismo, Biopolítica, Política Criminal, criminal, criminalización, Estado, Derecho, Ciencia, Tecnología, Positivismo, Evolucionismo social.

¹ Maestra en Política Criminal y Licenciada en Sociología por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores- Acatlán.

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Ciencia y tecnología de la biopolítica. III. Enmascaramiento del racismo como capitalización del Estado Moderno. IV. Bibliografía

I. NOTA INTRODUCTORIA

El racismo es un fenómeno paralelo al Estado Moderno y al capitalismo, obedece a mecanismos fronterizos de división ideológica que define la conducta y el tránsito poblacional encaminados el predominio del Estado como centro de organización racional, bajo lineamientos jurídicos y tecnológicos devenidos de paradigmas científicos como el positivismo y el evolucionismo social. Se exacerba cuando surgen mecanismos de regulación que apelan al resguardo y libertad de la soberanía del Estado racional.

La soberanía apela a la racionalización de la intervención preventiva Estatal Moderna en los factores de riesgo bajo hipótesis de discursos científicos; pero, además, dichas intervenciones, denominadas políticas públicas de gobierno, se legitiman en la retórica argumentativa e intervención racional del Derecho, con el fin de conducir las conductas de la población de un Estado Soberano ubicado geográficamente por fronteras, lineamientos racionales progresistas y científicos de la gobernabilidad.

El racismo biológico constituye un episodio precedente al marco que lleva a gobernar a las personas considerándolas como “población”, es decir, entendiéndolas a partir de los procesos vitales que las conforman, según los postulados racionales- científicos: natalidad, fecundidad, mortalidad, salud, morbilidad, sexualidad, medio ambiente, vivienda, alimentación y un largo etcétera. Es decir, la gobernabilidad apela a modos técnicos de organizar o de problematizar el mundo. Éstos pueden encontrarse funcionando en las teorías filosóficas o en la argumentación teológica, pero también en la planificación urbana, las prácticas de contabilidad, los recursos estadísticos, la crianza de los niños, la cartografía militar, el diseño

arquitectónico o campañas militares, sin embargo este trabajo se enfoca a la cuestión criminal.

II. CIENCIA Y TECNOLOGÍA DE LA BIOPOLÍTICA

Será el reino de la inteligencia científica, el más arrogante y despectivo de todos los regímenes.

BAKUNIN

1. DISCURSO CIENTÍFICO

Con el advenimiento de la modernidad, la potestad Política deja de ser “un arte exclusivo de príncipes” porque se populariza, a partir de entonces, el nuevo modo de conocer (*episteme*) llamado método científico, da la pauta a la estructura de la Ciencia Política como disciplina de conocimiento y análisis que se desarrollará, al igual que los constructos de soberanía y gobernabilidad tan imprescindibles para la organización social del Estado Moderno.

Los fundamentos teóricos de la Ciencia Política se retroalimentan de la herencia filosófica de pensadores ilustrados como Maquiavelo, Bodin, Hobbes, Montesquieu, Rosseau, Toqueville, por mencionar algunos. Pero el *cogito ergo sum* de Descartes (1596-1650) fue el elemento imprescindible para el nuevo modo de conocimiento (*Episteme*) que se sostendrá, a partir de entonces, en los criterios del método científico gestado en la obra *El discurso del Método* de 1637. La nueva *Episteme* acompaña a los postulados filosófico-políticos de estos personajes para que se conviertan en el paradigma político de gobierno del Estado Moderno que apela a la racionalidad, al sufragio universal, a los derechos del hombre, libertad, igualdad, propiedad, a la soberanía y a la Democracia.

Actualmente, las ciencias sociales tienen sus paradigmas científicos independientes entre ellas, e independientes de las ciencias exactas, pero en los albores del método científico, las ciencias exactas fueron pioneras en cuanto a la exploración, explicación y apli-

cación en necesidades humanas. Algunas ciencias primigeneas en la carrera científica moderna fueron la astronomía, principalmente por los intereses en cartografía de los inversionistas en exploraciones de nuevos territorios, la física con sus aplicaciones tecnológicas en diversas áreas como el caso de la máquina de vapor, y la medicina que siempre es útil, por mencionar algunos ejemplos de ciencias experimentales que encontraron acomodo y atención de los científicos. Todo esto derivó, como es sabido, en la revolución industrial a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, coyuntura histórica que generó una transformación en la sociedad, mayor división de trabajo, migración masiva de las poblaciones del campo a la ciudad, indigencia, hacinamiento en las urbes y el desempleo.

Por su parte la *Episteme* Biológica, debido a un cúmulo de argumentos de la época, logró el caudal teórico tan influyente del Evolucionismo Darwiniano,² cuyo respaldo se sustenta en las discusiones e investigaciones previas y contemporáneas a la vida de Carlos Darwin (1809-1882) como lo demuestran los aportes de Lamarck y de Wallace entre otros cofundadores y continuadores de esta visión como lo fue más adelante Gregorio Mendel.

Cabe destacar que de manera paralela, Augusto Comte (1798-1857), tratando de emular el método de las ciencias exactas para cimentar el método de la ciencia social, logra exponer El Positivismo en su obra *La filosofía positiva*,³ donde postula la ley de los tres estadios: teológico, metafísico y positivo (o científico); además de una serie de argumentos que han sido objeto de cuestionamientos en torno a su viabilidad científica. Ya que Comte propone al positivismo como método científico para resolver las cuestiones de la sociología, así llamada por él, como ciencia encargada de resolver los problemas sociales debido a que las ciencias exactas eran inviables para afrontar o entender los procesos sociales del momento,

² Cfr., Charles Darwin, *El origen de las especies*, 6ª ed., México, Porrúa, 1997.

³ Cfr., Augusto Comte, *La filosofía positiva*, 6ª ed., México, Porrúa, 2000.

como lo fue la revolución francesa o la incipiente sociedad industrial de Europa.

Mientras el biologismo trata de entender la vida mediante la adaptabilidad de los organismos en la búsqueda de la supervivencia para la perpetuidad de las especies y su variabilidad, el positivismo es la visión de etapas superpuestas y superadas; el estadio teológico dice ser la etapa de la humanidad primitiva que pasará a una especie de adolescencia o metamorfosis llamada metafísica indispensable de atravesar y superar para pasar al eslabón, según Comte, más avanzado de la humanidad, el estadio científico, éste es aquel que desarrollan las civilizaciones más avanzadas, según la lógica progresista del positivismo.

Hasta aquí podemos decir que la visión progresista en diversas *Epistemes* científicas es paralela, ya sea a partir del origen de la sociología conocida como positivismo o en el argumento biológico conocido como evolucionismo, tendrán una reiteración predominante en otros ámbitos como en la ciencia política. Precisamente en la buena fe, en la intención de mejorar la vida y de resolver los problemas y conflictos sociales o en la búsqueda de enfrentar toda situación emergente, la ciencia genera diversos mecanismos y técnicas experimentales para poder encauzar diversos fenómenos: físicos, ambientales, psíquicos y médicos.

El progreso tecnológico a partir de la primera revolución industrial, será sinónimo de desarrollo social, idea progresista derivada del evolucionismo social derivada del positivismo y retroalimentada por el estructural funcionalismo, cuyo argumento radica en asimilar a la sociedad como un organismo vivo que evoluciona por el progreso, entendido éste como la producción tecnológica masiva aplicada y potencializada, principalmente, en las grandes urbes como fue la incipiente sociedad industrial de Inglaterra.

Bajo el método científico histórico-positivista se explica el proceso histórico como un avance progresivo y lineal, hacia un dominio total del hombre sobre la naturaleza, por medio de avances cien-

tíficos y tecnológicos donde se mira la idea de un futuro resuelto, fuera de conflicto porque la técnica científica se aplica bajo una certidumbre legitimada en la potenciación de la vida militarizada, tecnificada, industrializada y posteriormente robotizada para cubrir las necesidades, resolver las demandas humanas y conflictos propios de la dinámica social. Es en la categoría de sociedad del progreso donde se fija la certidumbre y confianza en el método científico y sus aplicaciones tecnológicas, en todos los ámbitos, para el desarrollo “idóneo” de una sociedad.

La categoría de progreso y desarrollo se entienden como sinónimos, donde las civilizaciones, altamente industrializadas utilizan este discurso en el ámbito político para justificar su dominio legitimado bajo el argumento de superioridad organizacional por su poderío tecnológico y científico en oposición al etiquetamiento estigmatizador de inferioridad industrial como sinónimo de escases en desarrollo y progreso, y por lo tanto, incivilizada. En un contexto donde la pobreza se entiende como falta de tecnología industrial, comienza a ser un significante despectivo y negativo, pero sobre todo, anómalo, criminógeno, causante de conductas desviadas cuya etiqueta es de origen científico mediante el argumento histórico-positivista.

Cuando las anteriores etiquetas de estigmatización permiten la clasificación de grandes conglomerados humanos pertenecientes a poblaciones no industrializadas, la colonización de las capitales industriales expanden su poderío, no sólo por su supremacía militar, sino por su intervención legítima sustentada en la ideología de superioridad evolutiva heredada por el darwinismo social, adaptación de la teoría de Darwin por la teoría social moderna incipiente, para la clasificación de razas basada en un método antropométrico que utiliza la fisionomía biología de los hombres de diversos orígenes.

En este sentido, la variabilidad genética y la diversidad biológica que aborda la antropología física, en sus inicios, sostiene la categorización científica en razas inferiores, (en la actualidad se denominan etiquetas estigmatizantes), porque se logra una clasificación susten-

tada en elementos físico-biológicos de nocividad que argumenta la evolución social desde lo físico-biológico. Las características físicas diversas de los occidentales, se denominan como patológicas, nocivas socialmente e involucionadas, según el argumento médico (principalmente por argumentos como el de Lombroso), por poseer las características biológicas innecesarias que requiere el ser humano para evolucionar, partiendo de la idea de que el hombre blanco es superior, es decir, la incapacidad biológica de abandonar las características primitivas y de barbarie corresponden, “hipotéticamente”, a las características físicas de los hombres nooccidentales.

Aunque la idea de evolución se afianzó con la teoría de Darwin condensada en su libro *El origen de las especies*, cuyo método radicó en la observación multidisciplinaria y en diversos elementos, geológicos, de latitud, altitud, temperatura, genética, etcétera, argumenta sobre la evolución desde otra perspectiva muy diferente al darwinismo social, nunca antepone estadios de superioridad, simplemente argumenta sobre adaptabilidad a las condiciones cambiantes del medio ambiente, pero como fenómeno que no tiene que ver con la visión histórica del positivismo lineal y progresivo, es un proceso de creación y herencia de vida universal, interconectada como una cadena trófica codependiente de cada eslabón en correspondencia con de los demás para la perpetuidad de la vida que requiere la mayor variabilidad.⁴

Por otro lado, cabe mencionar que la guerra o la violencia son a históricas, es decir no corresponden a un estadio de la sociedad, pues la violencia no tiene parámetros homologados de medición, ni ausencia en ninguna sociedad y por lo tanto la barbarie no es un elemento de incivilización sino de clasificación del otro, de lo diferente, o como actualmente se le nombra: es un constructo social de discriminación.

⁴ Cfr., Charles Darwin, *op. cit.*, nota 1.

Términos como incivilizado, salvaje, involutivo o barbarie obedecen a una clasificación, que se podría decir, son la muestra constante de lo que en el siglo XX se denominó racismo, con la misma función de exclusión social, pero, elaboradas desde otros contextos. Por ejemplo, la noción de barbarie se dirige hacia lo diferente del otro, hacia la cosmovisión que una sociedad se ve imposibilitada para asimilar por desconocido e incommunicable, donde el otro significa oposición, peligro a lo establecido de lo ya conocido.

Tzvetan Todorov hace un recorrido, etimológico e histórico, de cómo el significado de barbarie es utilizado para dirigirse a lo ajeno en sentido despectivo, porque los rasgos del otro no asimilado se perciben como ofensivos y para dirigirse a su ser se le nombra, agresivo, violento, incivilizado: bárbaro.

La barbarie es resultado de un rasgo del ser humano del que parece ilusorio esperar que algún día llegue a erradicarse definitivamente. Así para nosotros no corresponderá a ningún periodo concreto de la historia de la humanidad, ni antiguo, ni moderno, a ninguna de las poblaciones que cubren la superficie de la tierra. Está tanto en nosotros como en los otros. Ningún pueblo ni individuo está inmunizado contra la posibilidad de llevar a cabo acciones bárbaras. El hombre prehistórico que mata al vecino de la cueva de al lado, Caín asesinando a Abel, el tirano contemporáneo que tortura a sus adversarios, todos participan de la misma pulsión bárbara, la de un sentimiento de rivalidad asesina que hace que neguemos a los demás el derecho a acceder a las mismas ventajas y a los mismos bienes de los que quisiéramos disfrutarnosotros.⁵

Fenómenos violentos como la guerra, linchamientos, homicidios, parricidios, suicidios se encuentran en toda forma de organización social. Dice Durkheim que el delito es normal, como dichos fenómenos, el problema es cuando su presencia es muy frecuente, entonces

⁵ Tzvetan Todorov, *El miedo a los bárbaros*, trad., Noemí Sobregués, México, Círculo de lectores, 2013, p. 38.

las llama patologías sociales. Podemos decir que estos son fenómenos constantes de las dinámicas sociales y su escaza o reiterada presencia depende del grado de cohesión social. Por ejemplo, en el caso de la Guerra, Pierre Clastres, en su obra *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*, demuestra, basándose en hechos etnográficos, que la sociedad primitiva tiene un carácter estructural y político de la actividad bélica. Analiza la restringida autoridad del jefe, limitada a hablar en nombre de una ley ancestral inalterable. Estudia el papel de los enemigos y de las alianzas. Explica el estado de guerra permanente y su lógica centrífuga de dispersión. Revela por qué la comunidad primitiva, conservadora, homogénea e independiente, renuente a cualquier tipo de división social y de acumulación de poder, es una sociedad para la guerra y en contra del Estado. Entonces podemos decir que la cohesión social es la primacía de la conservación de la comunidad sin estratificación, en la medida en que se antepone la guerra por la independencia política. La guerra de la comunidad primitiva que aquí entendemos como comunidad primigenia, por su instinto de conservación solidaria sustentado en el uso permanente de guerra y comercio forjado en la alianzas como recursos de subversión constante y paradójicamente recursos de conservación.⁶

Lo importante no son los diversos matices de la violencia que son constantes en las dinámicas de las sociedades, lo importante son los artificios sociales que ingenia cada civilización para producir cultura a partir de dicha constante, es decir, la cultura crea mecanismos de interacción social para contener la violencia en potencia. Es decir, es de suma importancia, cómo se establecen mecanismos sociales de identidad para el ejercicio del poder que es el principio de la identidad política y de la instauración perpetua de lapaz.

⁶ Cfr., Pierre Clastres, *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*, 2ª ed., trad. Luciano Padilla López, México, FCE, 2009.

En la modernidad, la ciencia se ha implicado más en la clasificación de diversos matices de violencia, de incertidumbre, de inseguridad desde diversos ámbitos de seguridad comomateria ambiental, debiotecnología, de salud, por mencionar ejemplos, analizándolos como situaciones de riesgo para manipularlas mediante la aplicación técnica de dispositivos de control científico; mientras la contemplación de lo simbólico, para la construcción de la autonomía política para la toma de decisiones, derivado de la dinámica cultural, ha pasado a un plano relegado por la inmediatez de la tecnificación que propone al individuo resolver sus problemas.

Es decir, la solidaridad comunitaria se ve transgredida por lo tecnológico al colocar la seguridad del individuo como centro del universo científico, segregándolo y excluyéndolo del principio de lo social, del otro, de los otros, de la comunidad. Es justo aquí donde encontramos mayor desconfianza del individuo hacia los otros, porque se encuentra aislado de la comunidad, propiciando el racismoexacerbado.

Según Geulen, el término raza tiene que ver mucho más con el uso lingüístico corriente y el político que con el científico:

La palabra raza, derivada etimológicamente del árabe *raz* (cabeza, jefe y también origen) y del latín *radix* (raíz), en la época de su aparición de una forma amplia, en el siglo XV, se usa sobre todo en dos contextos: en la descripción de poderosas familias nobles o dinastías dominantes, y en la cría caballar. En ambos casos, raza era el término general que se aplicaba a las características que distinguían la nobleza, importancia e ilustre linaje de una familia concreta, así como de los caballos de raza.

En la España de la Reconquista se empleó por primera vez este término en relación con los judíos, para diferenciar así a grupos humanos que ya no se distinguían del pueblo llano por su linaje noble, sino que se diferenciaban horizontalmente y por aspectos relacionados con la religión, la cultura y su origen. Pero no fue

hasta finales del siglo XVIII cuando el término raza se convirtió en sentido estricto en una categoría de la historia natural.⁷

Asimismo, Geulen, argumenta que el culto a la ciencia, a la tecnología y el progreso potencializan al racismo:

[...]El siglo XX es la época en que la ciencia moderna se ha implicado más ampliamente con la ideología del racismo, la ha recreado en parte y ha participado también en su transformación práctica. Esto se debió, por un lado, a un cambio en la propia imagen de los científicos que, a la vista de la aplicación técnica que muchos de sus conocimientos habían tenido ya en el siglo XIX, se vieron a principios del XX cada vez más orientados a la práctica, y con la ayuda de la tecnología se sintieron llamados a la mejora del mundo de forma notable. Por otra parte, se debió también a la política que, a partir del cambio de siglo, se puso en práctica en casi todos los Estados modernos con el fin de aspirar a una especie de ideal de eficacia y racionalidad científica. Ya fuera en el ámbito social, en el financiero y económico, en la política exterior imperialista, cada vez más importante, o en el terreno sociológico y demográfico, en todas partes se dio una orientación más o menos científica a las decisiones políticas. En general, esta actitud se consideraba una consecuencia de un proceso de racionalización, pero suponía en realidad una limitación del ámbito de lo político y de la voluntad democrática.⁸

Entonces, lo que nos interesa es cómo ese Darwinismo social tiene injerencia en los monumentos conceptuales de la tradición filosófica y científica, principalmente a través del positivismo, que contribuyen a fortalecer y dar continuidad al discurso científico y a la aplicación técnica del racismo legitimado en la soberanía del Estado moderno para el progreso, precisamente porque toman mayor fuerza ideológica.

⁷ Christian Geulen, *Breve historia del racismo*, trad. Elena Bombín Izquierdo y Jesús de la Hera Martínez, Madrid, Alianza, 2007, p. 18.

⁸ *Ibidem*, p. 135.

En el racismo de la eugenesia del siglo XX, en un contexto geopolítico de una fase histórica, altamente capitalista, donde el control, la seguridad, la prevención y la buena fe en la ciencia explotan el exterminio, la extirpación, la eliminación y la prevención de lo nocivo en pro del progreso, de la seguridad, de una vida más longeva y certera del individuo, invirtiendo en la prevención del riesgo, control de la incertidumbre y en la eficiencia de la seguridad. Justificación que promete certeza en el futuro a través de los argumentos de los diversos modelos científicos y tecnológicos que se desarrollan exponencialmente.

2. TECNIFICACIÓN DE LA CIENCIA DE LA GOBERNABILIDAD

Es en este proceso histórico de la modernidad donde podemos rastrear diversas políticas de exterminio a lo largo del planeta. Territorios habitados por poblaciones de tribus nativas sometidas, explotadas, esclavizadas y exterminadas por su incompetente capacidad militar en materia de aplicación técnica armamentista. En este sentido podemos hablar de un ejemplo, la supremacía militar del europeo, durante el siglo XVI, por la aplicación que le dio a la pólvora con la invención y perfeccionamiento del arma de fuego; sin olvidar su dominio marítimo en cuestión militar y comercial.

Estos fenómenos de conquista y colonización no son nuevos, en la historia encontramos diversos procesos de dominación y hegemonía que se dan como procesos de aculturación de una civilización a otras; pero lo que es propio del contexto moderno, es la capitalización que potencializa y legitima el proceso contextual del llamado Estado Moderno del progreso, donde la soberanía de supedita a un emblema de seguridad delimitando los nuevos factores políticos para delinear fronteras de ordenamientos en diversos ámbitos sociales, pero primordialmente poblacionales, pues a partir de entonces, la soberanía encauzará,

lo ahora denominado como gobierno. En este sentido, no sólo se define al territorio bajo límites, divisiones o fronteras políticas, sino también, sobre poblaciones, lo que respaldará y sustentará el poderío de gobernabilidad que es llamado biopolítica.

Esta última concurre a los discursos científicos con aplicación técnica para ciertos fines de gobernabilidad, por ejemplo, de las matemáticas se usan los estudios estadísticos y proyecciones probabilísticas para dar simulaciones de certeza en los censos poblacionales, en materia de políticas públicas de población. Pero la dominación ya no será impuesta, sino negociada desde la libertad soberana, no para el individuo, sino para el fin de la población que es su perpetuidad, el culto narcisista a la salud y a la belleza, y la garantía de seguridad entendida como resguardo.

La biopolítica, para Francisco Vázquez es una herramienta, de análisis para dar cuenta de procesos masivos que acompañan a la globalización económica:

En nuestras sociedades el racismo étnico y la xenofobia constituyen sólo un aspecto sectorial de un fenómeno mucho más vasto: el racismo biológico. Éste consiste en la acción colectiva (control, estigmatización, deportación, exterminio, y un largo etcétera) sobre los seres humanos identificándolos y agrupándolos a partir de características que poseen en cuanto seres vivos. A su vez, el racismo biológico constituye un episodio inscrito en un marco mucho mayor: el que lleva a gobernar a las personas considerándolas como población, esto es, entendiéndolas a partir de los procesos vitales que las conforman (natalidad, fecundidad, mortalidad, salud y morbilidad, sexualidad, medio ambiente, vivienda, etcétera). A este gobierno le denominamos con el nombre debiopolítica.⁹

Aunque la denominación *biopolítica* se remonta a 1905, cuando la utiliza por primera vez el teórico sueco Rudolf Kjellen en el contexto de una concepción organicista y racista del Estado, estamos de

⁹ Francisco Vázquez García, *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España, 1600-1940*, Madrid, Akal, 2009, p. 6.

acuerdo con Francisco Vázquez García, al reconocer que Foucault acuña el concepto teniendo en cuenta un trasfondo de literatura política y antropológica que, desde comienzos del siglo XX hasta los años setenta, utilizaba profusamente; cabe mencionar que esto es reconocido por Roberto Esposito en su obra *Confinés de lo político*.¹⁰

En este sentido la biopolítica es una herramienta de análisis, en conjunción con la ciencia política paralela o a otras disciplinas, cuyo objetivo es gobernar a las personas desde la categoría de población, desde sus procesos para lograr los fines que se delinean desde la planificación y estrategias de políticas públicas, orquestadas mediante técnicas aplicadas que materializan los objetivos discursivos de lo políticamente correcto determinado por el gobernador en turno, para enfrentar aquellos problemas que una sociedad demanda ser definidos y delineados desde la intervención gubernamental materializada en técnicas aplicadas desde la ciencia. Por ejemplo, desde la cuestión de salubridad se definen necesidades, estrategias y técnicas que permiten la materialización de dicho dispositivo gubernamental, cuyo fin es brindar seguridad, certeza en materia social, poblacional y de salud; en este sentido, el caso de la aplicación de determinadas vacunas o medicamentos en los sectores poblacionales están regidos por una serie de discursos, científicos, tecnológicos y de logística biopolítica, que buscan un objetivo determinado, en determinado sector, en función de determinada soberanía, que obedece al contexto en concreto de una categoría de Estadodeterminado.

Para Francisco Vázquez García, la población es la protagonista de la biopolítica que es una herramienta de análisis resultante de un proceso genealógico en el campo de pensamiento, presentado en argumentos históricos con autores como Michel Foucault, es este último personaje quien más ha destacado por sus aportes al darle la categoría de instrumento teórico.

¹⁰ Cfr., Roberto Esposito, *Confinés de lo político*, Madrid, Trotta, 1996.

La biopolítica sería entonces la conducción de las conductas relacionadas con el ser humano en tanto organismo viviente, implicado por ello en una serie de procesos vitales de alcance colectivo. Éste análisis se enfoca a procedimientos, modos técnicos de organizar o de problematizar el mundo. Éstos pueden encontrarse funcionando en las teorías filosóficas o en la argumentación teológica, pero también en la planificación urbana, las prácticas de contabilidad, los recursos estadísticos, la crianza de niños, la cartografía militar, el diseño arquitectónico o las campañas sanitarias.

La historia de la racionalidad debe dilucidarse también en este ámbito de objetos y actividades, modestas si se les compara con los grandes monumentos conceptuales de la tradición filosófica y científica.¹¹

Al igual que Foucault, Francisco Vázquez propone el curso de la historia desde una perspectiva genealógica para explicar las diversas intervenciones que dan los Estados racionales o modernos ante lo denominado como lo social. Estado liberal, Estado benefactor o welfare, Estado liberal avanzado o neoliberal cuya intervención técnica obedece a pensamientos filosóficos desde el recurso de la historia: Historia del pensamiento económico y político, Historia de la estadística, Historia de la medicina y de las ciencias de la salud en general; Historia de la administración y de las instituciones, Historia de la educación, Historia del urbanismo y de la arquitectura; Historia cultural e Historia de la marginalidad; Historia del derecho; Historia de la teología. Todos estos elementos son indispensables para entender el proceso y situaciones coyunturales de un Estado laico, racional, o Moderno.

Las acciones programadas para inocular la viruela a una colectividad, organizar el enterramiento de cadáveres en una ciudad, censar a los vecinos, asentar una colonia agrícola, confeccionar tablas de nacimientos y defunciones o justificar la expulsión o la asimilación de una minoría disidente constituyen enclaves relevantes para la

¹¹ Francisco Vázquez García, *op. cit.*, nota 8, p. 5.

historia de ese tipo de racionalidad que llamamos biopolítica y que presenta estilos o regímenes diferentes en el curso de la historia.¹²

En cuanto comienza a construirse la noción de soberanía, desde el pensamiento filosófico-político, se da cabida a una comunidad internacional legitimada en ordenamientos jurídicos multilaterales, donde la seguridad nacional apela a la integración de constructos soberanos paralelos entre Naciones-Estado para defender su territorio de las potenciales invasiones militares del estado latente de guerra que atenta con reducir o invadir las fronteras geopolíticas. Del mismo modo que de manera externa, el soberano (según el modelo de cada Estado) busca medios para su ordenamiento, de manera interna se van perfilando *mecanismos de seguridad* o reguladores de lo que se denomina, durante estos siglos, como lo social desde una anatomopolítica de los cuerpos y una biopolítica de las poblaciones.

Junto a los mecanismos disciplinarios que apuntan al organismo individual se advierte ya en la Europa de las luces la presencia de un tipo de poder que no encaja bien en el patrón de la guerra y que tampoco obedece bien al patrón del Derecho.

Se trata de tecnologías políticas que no se dirigen a la reforma del organismo individual, a su domesticación y potenciación utilitaria, sino que buscan regular los grandes procesos biológicos que afectan una población en su conjunto y que poseen su propia normatividad intrínseca (natalidad, morbilidad, vivienda, vejez, siniestrabilidad, etc.). Ciertos procedimientos, tales como las campañas para la vacunación infantil o la esterilización de débiles mentales, medidas fiscales para incentivar la natalidad, seguros sociales, políticas de vivienda y educativas para prevenir la delincuencia, etcétera, no pretenden vencer la resistencia individual para ajustarla a un estándar, como sucedía en la normalización disciplinaria; operan mediante el cálculo de riesgos. No se trata, por ejemplo, de derrotar al crimen, ni de corregir a los criminales, para que se conviertan en buenos ciudadanos, sino de gestionar la tasa de criminalidad dentro de un

¹² *Ibidem*, p. 6.

intervalo aceptable, que no suponga una amenaza para el conjunto de población.¹³

En este proceso soberano se perfila hacia una acción del gobierno de conducir las conductas donde la acción del gobierno apunta a facilitar la capacidad de elección de los individuos sin anular su libertad, sino, coordinarla con las propias metas de la nación. El filósofo francés Foucault entiende a la gobernabilidad como *arte de gobierno y racionalidad del gobierno* al igual que Francisco Vázquez: “Éste es un sistema de pensamiento acerca de la naturaleza y práctica del *gobierno, de la conducción de las conductas (quién tiene que gobernar, cómo se entiende el gobernar mismo, qué o quiénes son los gobernados) dentro de las coordenadas históricas precisas*”.¹⁴

Para Foucault la gobernabilidad es el arte de gobernar, el gobierno se diferencia de la dominación porque no pretende anular la iniciativa de los gobernados, no impone un estándar (como el caso del encauzamiento de los cuerpos en el ejército) sino lo emplea a su favor. Primero busca el estándar o parámetro con la ciencia y luego lo aplica con la tecnología para el biopoder. El modelo de gobierno sirve para rendir cuentas que no son de oposición como en el ámbito bélico de dominación donde hay subversión o levantamiento en armas del pueblo, o, con la imagen cuerpo a cuerpo en un combate de guerra. En el modelo entendido como técnica, no como órgano del Estado, la acción o intervención del gobierno radica en la conducción de conductas, sin potencial de fuerzas, cuerpos físicos por dominar, su técnica no es militar, radica en la conducción de conductas.

III. ENMASCARAMIENTO DEL RACISMO COMO CAPITALIZACIÓN DEL ESTADO MODERNO

¹³ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

1. CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO MODERNO

En los últimos siglos de la historia de la humanidad, el modelo de Estado preponderante que contribuyó al desarrollo del capitalismo, como lo conocemos actualmente, es el del Estado moderno, cuyo contexto coincide con la industrialización, tecnología científica y variadas revoluciones de organización social.

[...]El Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose así mismo, en lugar de ellos, en la cima suprema.¹⁵

Sus características son evidentes, están cargados de nacionalismo que delimita fronteras confrontadas, continuamente, con los demás Estados. El modelo de Estado moderno se define superior a otros modelos porque se forja en la ideología del *positivismo*. Este último ha desarrollado una demagogia sustentada en la promesa de la seguridad y del futuro certero en todas las esferas del ámbito cultural; el argumento se sustenta en la práctica de la industrialización, técnicas avanzadas aplicadas en todos los ámbitos de la vida dirigidas por el Estado, bajo el discurso de la técnica científica o filosofía positiva.

La filosofía positivista o, también conocida, como positivismo, fue el resultado de procesos industriales y científicos que logró condensarse en ideología política. Su máximo representante, quien logra exponer en su obra escrita todos estos acontecimientos sociales, como ya se mencionó antes, es el filósofo social Augusto Comte.

¹⁵ Max Weber, *Economía y sociedad*, México, 17ª ed., trad. José Medina Echavarría et al., FCE, 2008, p. 1056.

Este personaje estaba preocupado por revoluciones sociales como lo fue la revolución francesa que acarreaban crisis y subversiones con gran cambio cultural.

Comte consagraría su esfuerzo a concebir un modo de resolver el problema social bajo un nuevo método. Halló la respuesta en la ciencia, hacia la que estableció un verdadero culto: el conocimiento objetivo que proporciona la ciencia, éste último, debía aplicarse a la ordenación de los asuntos políticos, económicos y sociales, superando las ideologías apoyadas en la imaginación, los intereses o los sentimientos.¹⁶

En este contexto todo problema o incertidumbre social que acontece debe ser resuelto desde la razón de la ciencia, pero quien debe dar el visto bueno es el Estado desde su ordenamiento jurídico y desde su constructo de seguridad: seguridad social, seguridad sanitaria, seguridad demográfica, seguridad educativa, seguridad alimentaria, seguridad laboral, seguridad nacional, seguridad pública, etcétera, porque se considera al Estado como vector y gestor para cubrir las necesidades sociales debido a su carácter soberano. Una de sus herramientas es la industria y su gran cortesana: la ciencia con tecnología. En este sentido la soberanía es el hilo conductor del Estado ya que, soberano, es quien tiene el poder de decisión política.

El término soberanía tiene sus orígenes con Jean Bodin desde el siglo XVI. Según la clásica definición de Jean Bodin, recogida en su obra de 1576 *Los seis libros de la República*, soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República; y soberano es quien tiene el poder de decisión, de dar las leyes sin recibirlas de otro, es decir, aquel que no está sujeto a leyes escritas, pero sí a la ley divina o natural.¹⁷

¹⁶ Cfr., Augusto Comte, *op. cit.*, nota 2.

¹⁷ Cfr., Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 2006.

Esta inicial definición muestra en síntesis la amplitud del concepto de soberanía, que, como tal, viene perdurando a través de los tiempos, aunque no exento de variaciones a lo largo de la historia en su intento de justificar el devenir del sujeto de la soberanía (el Pueblo, la Nación, el Estado).

Thomas Hobbes suprimió la dependencia de la ley natural que Jean Bodin trazaba en su definición de soberanía y constituyó al soberano en única forma de poder. De este modo, en su tratado más famoso, *Leviatán*, publicado en 1651, justifica filosóficamente la existencia del autoritarismo estatal. Si bien habría que precisar que la Ley Natural no es ajena a las teorías de Hobbes. Dice éste:

[...] La Ley de la naturaleza y la ley civil se contienen una a otra, y son de igual extensión [...] Las leyes de la naturaleza, que consisten en la equidad, la justicia, la gratitud y otras virtudes morales que dependen de ellas, en la condición de mera naturaleza no son propiamente leyes, sino cualidades que disponen los hombres a la paz y la obediencia.

Tras estas reflexiones, concluye Hobbes que:

[...]la ley de la naturaleza es una parte de la ley civil en todos los Estados del mundo [...] Cada súbdito en un Estado ha estipulado su obediencia a la ley civil; por tanto, la obediencia a la ley civil es parte, también, de la ley de la naturaleza. La ley civil y ley natural no son especies diferentes, sino parte distintas de la ley; de ellas, una parte es escrita, y se llama civil; la otra no escrita, y se denomina natural.¹⁸

Los conceptos de Hobbes como el pacto social y la noción de seguridad contribuyen como soportes de la teoría del Estado soberano. Aunque no es el único filósofo que ha dado esta clase de aportes, sus argumentos han influido y desencadenado una serie de

¹⁸ Tomas Hobbes, *Leviatan*, 2ª ed., trad. Ana Stellino, México, Gernika, 2000, t. I, p. 160.

cimientos que han solidificado el argumento racional del Estado para que predomine como organización social.

En su tratado más famoso, *Leviatán* (1651), Hobbes señaló que en el estado de naturaleza todos los hombres son libres, y sin embargo viven en el perpetuo peligro de que acontezca una guerra de todos contra todos (*bellum erga omnes*). Desde el momento en que la sumisión por contrato de un pueblo al dominio de un soberano abre una posibilidad de paz, el principio de autoridad (en tanto que sea garante de la paz) constituye el fundamento del Derecho.

Partiendo de la definición de hombre y de sus características, Hobbes, explica la aparición del Estado y de los distintos tipos de gobierno que son necesarios para la convivencia en sociedad. El origen del Estado es el pacto que realizan todos los hombres entre sí, subordinándose desde ese momento a un gobernante, el cual procura por el bien de todos los súbditos y de él mismo. De esa forma se conforma la organización social.

El pacto social es un constructo que tiene una ilación muy interesante y convincente que vale la pena analizar. Hobbes plantea que el pacto social se desarrolla para el logro de la propia conservación y por añadidura de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar la condición de guerra que es consecuencia necesaria de las pasiones naturales del hombre.

Ahora bien, este camino que hemos abordado sobre el Estado corresponde a categorías del pensamiento filosófico de la teoría del Estado, cuyos conceptos también son nutridos por pensadores de variadas disciplinas, además de la Ciencia Política, como Derecho, Historia, Economía, etcétera. Pero para entender la coyuntura estructural de una categoría de Estado, además del pensamiento filosófico, tendríamos que remitirnos a diversos elementos que lo componen, discursos en diversos ámbitos como el pedagógico, laboral, burocrático, ideológico, económico o jurídico, entre otros, y para eso tendríamos que acudir a fuentes históricas con una perspectiva historiográfica y hermenéutica, para comprobar que los indicios

sean verificables y entender su contexto, así mismo podríamos utilizar diversas herramientas metodológicas para abordar la genealogía del Estado Moderno, para precisar más, entender y explicar la genealogía de una determinada categoría del Estado en su particularidad, por ejemplo, para abordar El Estado liberal incipiente de Inglaterra o en su modelo benefactor de una coyuntura histórica, tendríamos que remitirnos a su contexto a través de fuentes históricas y contextuales.

Sin embargo, existen elementos permanentes que nos parecen genéricos del Estado Moderno y son los que primordialmente nos interesan, precisamente la teoría del Estado es básica para la ideología de un Estado, el aparato jurídico, que si bien varía de un Estado a otro, está provisto de constantes en su aplicación y jurisprudencia adaptada que aún arbitran de un gobierno a otro, de igual manera, las políticas públicas remiten a contextos de modelos económicos que intervienen paradigmáticamente como mecanismos de biopoder en la gobernanza de diversas latitudes poblacionales del planeta.

Entonces lo que abordaremos en este texto, para hablar del Estado Moderno, será, en concreto, de la Política Criminal como biopolítica de la cuestión criminal, desde el análisis del discurso histórico filosófico de algunos conceptos y teorías de pensadores que han trascendido en el argumento técnico-jurídico del sistema penitenciario. Abordaremos las estructuras técnicas, los elementos reguladores o dispositivos de seguridad, que conducen a la conducta de la población en función del crimen y que han perdurado en la demagogia del discurso penitenciario desde su origen capitalista. Se abordará el modelo punitivo de la modernidad que obedece a la privación de la libertad llamado cárcel, y como este es un emporio de segregación social y de racismo, que a su vez, está ligado a un mercado del blindaje o industria de la seguridad.

2. DERECHO PENAL COMO UNA DE LAS INSTANCIAS DE LA BIOPOLÍTICA

A partir de que comienzan a delinearse las fronteras entre los Estados soberanos en Europa, surgen estrategias de control para preservar las divisiones políticas, lo que aquí denominamos tecnologías, para la gobernabilidad de la población, que van desde políticas en cuestión migratoria, asimilación o exclusión de las diásporas, o, medidas de natalidad en pro o en contra de la sobrepoblación, todo depende de cómo se mire la cuestión poblacional en las incipientes urbes.

Por ejemplo, Francisco Vázquez argumenta en su obra, *La invención del racismo, Nacimiento de la biopolítica en España, 1600- 1940*, que en España, la autoridad en turno, gobernaba bajo un régimen jurídico filosófico en ejercicio de la soberanía, legitimando su racionalidad bajo cuestiones utilitarias de gobernanza poblacional desde determinadas teorías afines a sus intereses soberanos. Ya fuesen religiosos o laicos los argumentos teóricos, fungirían como mediadores estratégicos para identificar, clasificar y eliminar los elementos defectuosos de la población que atentaban contra la perpetuidad del pacto social en un sistema de orden y progreso.¹⁹

Se mira al orden como la capacidad productiva y al progreso como esa capacidad que genera y garantiza la abundancia. Así, la tecnología en materia de salubridad y seguridad serán los mecanismos por excelencia de conservación y certeza ante la incertidumbre de conservación sanitaria o de seguridad poblacional, en los nacientes Estados soberanos. En este sentido, según Francisco Vázquez, las corrientes filosóficas, van categorizando lo nocivo y el Derecho lo legitima contribuyendo a la certeza de garantizar la soberanía. Entonces las técnicas de seguridad consistían en lineamientos jurídicos que apelaban a la sanción de conductas inconvenientes a

¹⁹ Cfr., Francisco Vázquez García, *op. cit.*, nota 8.

la soberanía, a su expulsión o contención de sectores o minorías considerados peligrosos o nocivos del Estado; pero también se delineaban estrategias de asimilación de etnias o sectores poblacionales nombrándolos ciudadanos, a estos últimos se les encausaba a ciertas conductas utilitarias en diversos ámbitos de la vida cotidiana como lo disponían políticas encaminadas a la reducción o promoción de la natalidad, eso dependía de la racionalidad gubernamental.

El proceso de desacralización de la pobreza, en el curso del cual el indigente deja de ser visto como encarnación simbólica de Cristo e instrumento para el ejercicio de la virtud, corre paralelo a la emergencia de una ética del trabajo que significa la *labor* estigmatizando el viejo *otium* de filiación aristotélica y renegando de las bondades secularmente asociadas a la vida contemplativa.

La expresión social e institucional de este cambio, verificado en el curso de las reformas protestante y católico, fue una política empeñada en el control de la mendicidad y eventualmente en el encierro correccional de los pobres. Este acontecimiento ha sido explicado a la luz de la historia social y económica, poniéndolo en relación con la afluencia masiva de pobres que, desde finales del Medioevo, inundaban periódicamente las ciudades de Europa occidental. Se ha dado cuenta del fenómeno conectándolo con las transformaciones estructurales que acompañan a la expansión del capitalismo mercantil y en la Edad Moderna, el crecimiento urbano, los ciclos demográficos y las crisis de subsistencia vinculadas a los virajes de la coyuntura.²⁰

En este sentido dos elementos (entre muchos otros, como el religioso, filosófico, económico, migratorio, laboral, alimenticio, sexual, educativo, sanitario, etcétera) que incursionaron en el discurso demagógico de la biopolítica fueron el *contrato social* y el *Derecho*, lo cual detonó, en gran medida, la legitimidad al Derecho de castigar del gobernante de donde se derivan los principios generales de la Filosofía Clásica Penal Liberal. Así tenemos a César Beccaria con

²⁰ *Ibidem*, p. 55.

su libro *De los delitos y de las penas*²¹ de 1764; se dice que fue el primero en formular los principios del Derecho Penal y de la Criminología clásicos, basándose en las teorías de contrato social, revolucionando el ámbito político y jurídico al establecer las pautas que regirían al Derecho Clásico.

Debe agregarse a este contexto los contenidos de la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que reafirman los principios de legalidad y de procedimiento judicial, artículos 7 y 8, el de separación de poderes artículo 16, entre otros retomados para el derecho público de muchos países, lo que permite la intervención gubernamental para regular diversos ámbitos sociales bajo pretexto de resguardar la soberanía.

Por su parte el jurista Francesco Carrara, en su obra *Programa de Derecho criminal* de 1859, desarrolló una elaboración cuidadosa de todo el sistema penal general, la mejor doctrina del momento, con el primer estudio metódico de los delitos en particular. Para él la norma siempre es buena e imparcial, mientras el hombre es malvado por naturaleza, pues está de acuerdo con el postulado de Hobbes con respecto al contrato social.²²

En este sentido, la verdad jurídica permite una de los eslabones más poderosos y prioritarios de la administración de la cuestión criminal, si bien es cierto se apoya en otras disciplinas, su papel en el proceso jurídico es de gran envergadura, como lo es todo el aparato judicial, para construir el concepto y sujeto de delito en pro de la soberanía por su argumento racional.²³

²¹ Cfr., C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

²² Cfr., Francesco Carrara, *Programa del Derecho Criminal*, parte general, vol. I y II, Bogotá-Buenos Aires, Temis- Depalma, 1986.

²³ Cfr., Michel Foucault, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión de la justicia*, trad. Horacio Pons, Argentina, s. e. 2014.

3. TECNOLOGÍAS DEL CASTIGO E INDUSTRIA DE LA CUESTIÓN CRIMINAL

En este contexto naciente del Estado Moderno que apela a la soberanía, la industria incipiente generó transiciones en las colectividades, conflicto, desorden social, hacinamiento en las ciudades, que algunos científicos abordaron como lo realizó Tomas Malthus, quien plantea en su teoría que la población puede crecer de manera geométrica mientras que el alimento se cultiva de manera lineal (para esa época), su concepto de población como excedente (ahora denominado explosión demográfica) es entendido por el aparato estatal de gobierno como un aspecto negativo del progreso, pues, si hay un problema de no correspondencia entre la producción de alimento y la demanda de subsistencia de una población, se debe intervenir con mecanismos de regulación con miras a prever la correspondencia. Éste es uno de los argumentos que contribuyeron a elevar a la vagancia y la mendicidad a la categoría de delitos pues la responsabilidad de proveer el alimento depende del individuo. Éste tiene que funcionar como consumidor activo que se hace cargo de la gestión de su alimentación por que ha adquirido la libertad de responsabilidad para vender su fuerza de trabajo y así proveerse de lo necesario para subsistir. Si la idea del progreso, aunada al pacto social, otorga la libertad al individuo para ser libre por garantizarle la existencia o perpetuidad de la vida, es el individuo quien decide ser responsable de vincularse al aparato productivo o estar en contra del pacto social al ser indigente.

La pobreza se relaciona a partir de entonces como una de los mayores frenos del progreso relacionándola a la irresponsabilidad del individuo, no de la sociedad, no del modelo de gobierno correspondiente al modelo económico capitalista. Es en este contexto, la indigencia comienza a asociarse con la cuestión de sanidad. Al tomarse la mendicidad, el desempleo o la protesta social como una patología social, la estrategia de gobernabilidad ante esta variante

de riesgo anómala asume la gestión gubernativa como gestión de limpieza social hacia las zonas de riesgo o márgenes poblacionales criminógenos.

En este sentido podemos citar la obra de Anthony M. Platt: *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, donde se demuestra, cómo, las políticas gubernamentales se encaminan a la gestión del riesgo del desorden social devenido de la inconformidad de los grupos desocupados, legitimando esta estrategia o racionalizándola desde un marco jurídico institucional que conduce las conductas desde dos mecanismos de regulación, cuya invención, según el autor, es paralela: la beneficencia laica o asistencia social (diferente de la caridad religiosa previa a este modelo) y la invención de la delincuencia gestionadas por las élites.

Las reformas pro salvación del niño eran parte de un movimiento mucho mayor para reajustar las instituciones de modo que satisficieran los requerimientos del sistema emergente del capitalismo corporado. Desde el tumulto de Haymarket (1886), los centros de actividad industrial han sido afectados continuamente por huelgas, interrupciones violentas y muchos fracasos y fluctuaciones en los negocios. Movimientos activistas como el Partido Socialista y el de los trabajadores Industriales del Mundo, representaban las demandas de los trabajadores de que se efectuara un cambio fundamental en las condiciones sociales y económicas. Al salir el país de las depresiones y la violencia que se produjeron en la industria a fines del siglos pasado, los reformadores de la sociedad desencadenaron un movimiento para salvar y regular el capitalismo mediante la formación de una nueva economía política, destinada por una parte a estabilizar la producción y el planteamiento fiscal y por la otra cooptar la surgente oleada de militancia popular.²⁴

De manera paralela, se desarrollaron diversos mecanismos utilitaristas. La coyuntura histórica propició una serie de técnicas y

²⁴ Anthony Platt, *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, 4ª ed. trad. Félix Blanco, México, Siglo XXI, 2001, p. 20.

teorías científicas en torno a la cuestión criminal y la seguridad del delito. Desde el ámbito arquitectónico se desarrolló el modelo celular consistente en el aislamiento por celdas como principio de control sobre el recluso.

Las primeras prisiones celulares se desarrollaron en los Estados Unidos, poco después de su independencia de Inglaterra. Su promotor fue el jefe cuáquero William Penn, que por sus principios religiosos, había estado preso en condiciones lamentables. Su ideología severa lo llevó al diseño y construcción de la *colonia Pennssylvania* entre 1790 y 1792.

Así mismo se propició la creación del panóptico como modelo del espacio de contención para prevención el riesgo garantizado por la vigilancia permanente de un vigía desde un punto estratégico sin ser visto por los reclusos. Fue B. Jeremy Bentham (1748- 1832) quien ideó el Panóptico, teórico del Derecho Penal Liberal, fue un pensador utilitarista pragmático, tuvo un interés particular por el disciplinamiento de las clases marginales, al ser miembro de la élite del momento.²⁵

La antropotecnia también funge como dispositivo de seguridad para detectar perfiles de riesgo, así la idea de extirpar, eliminar o curar viene de la medicina para controlar o prevenir lo potencialmente nocivo. En el ámbito penitenciario fue Lombroso (1835-1909), fisiólogo de formación, quien con su teoría contribuyó al arraigo de la noción de extirpación de lo criminal como cura social. Su teoría influyó en la parte utilitarista de la criminología con su libro *El hombre delincuente*, donde desglosa una serie de categorías como originarias de la personalidad delictiva, para él, el perfil potencialmente criminal, obedecía al hombre involucionado denominado por él primitivo (nombró primitivos a quienes portaban anomalías físicas degenerativas, estigmas o cuya fisionomía

²⁵ Cfr., Alicia González y Augusto Sánchez, *Criminología*, 2ª ed. México, Porrúa, 2008.

no correspondía al hombre promedio de ascendencia europeo). Es pionero, de la hipótesis biológica, de que la violencia obedece a una causa originaria en la fisiología humana hereditaria (genética) y por anomalías físicas.²⁶ Aunque sus postulados han sido severamente criticados y se le nombra a su teoría pseudociencia, por su falta de rigurosidad científica, sus postulados han sido útiles en la biopolítica de limpieza social encaminada a la eliminación de minorías y en la elaboración del perfiles criminales de procesos judiciales de muchas naciones, como fue el caso nazi encaminada a la eliminación de judíos y otros grupos, o en México cuando se criminalizan los grupos marginados o indígenas.²⁷

Los aportes de Lombroso se enfocan al estudio de la fisonomía junto a postulados evolucionistas y un método positivista (conocimiento positivo por la caracterización de un método experimental que supone un objeto de estudio observable) sobre el campo jurídico. Él se ocuparía de la observación, de la medición, del cálculo a partir del diseño y aplicación de herramientas dando la pauta a la ciencia encargada de determinar las causas del comportamiento delictivo, la criminología. El delito ya no era explicado como un desliz del sujeto racional y libre, producto de un descuido intencional de la norma, sino a partir de ciertos rasgos propios del individuo que lo había cometido. Esos rasgos eran, precisamente, biológicos. El delincuente, para Lombroso, presentaba atributos morfológicos que lo hacían diferente a los otros individuos, mandíbulas muy pronunciadas, orejas sobresalientes o cráneos de proporciones inusitadas.

Las primeras formulaciones de Lombroso fueron muy discutidas en su momento. Enrico Ferri, además de ser su discípulo, es uno de sus críticos más importantes, pues considera a la teoría de su maestro como reduccionista que sólo ubica la degeneración humana,

²⁶ Cfr., Josefina Álvarez y Augusto Sánchez, *Antología de criminología* 2ª ed., México, UNAM-ENEP- Acatlán, 2003.

²⁷ Cfr., Beatriz Urías Horcasitas, *Historias del racismo*, México, Tusquets, 2007.

y no va más allá, así que reformula el método y la disciplina que denominará Sociología criminal.

Según Ferri, en su obra, retomó el método materialista histórico, mezclado con un positivismo biológico evolutivo que apela a las condiciones económicas de cada grupo social con sus fases evolutivas históricas, más sentimientos morales, más sus ideas políticas y jurídicas grupales, junto con factores biológicos y de energía de raza, más la constitución psico-física de los individuos y elementos cuantitativos derivados de análisis estadísticos. Termina por definir al delito, como cualquier otra acción humana, como un fenómeno de origen complejo, biológico y físico-social, con modalidades y grados diferentes según las circunstancias diversas de personas y cosas, de tiempo y lugar.²⁸

La novedad de la sociología criminal radica en la importancia del medio y su influencia en la conducta criminal. El análisis de las causas contextuales de la criminalidad se traduce inmediatamente en el diseño de medidas tendientes a la transformación del medio y a la creación de instituciones y legislaciones que atiendan a esas condiciones externas a los individuos. El diseño de los instrumentos ligados con la transformación del medio es uno de los temas privilegiados de la Sociología criminal para Ferri, quien llega a sugerir que la reforma del medio podría ocasionar la cura de ciertos males sociales y peligrosos.

La sociología criminal ocupa el estadio superior del desarrollo de las ciencias sociales, según Ferri, porque está encargada de conocer las causas de la criminalidad, preverla y tratarla. Está en sus manos el análisis de los medios preventivos más convenientes para dicho tratamiento, pretendiendo, para esta disciplina, el protagonismo direccional en las políticas e instituciones preventivas y penales. Según Ferri, cómo sociólogo criminal el científico investiga y explica, como criminalista sociólogo interviene.

²⁸ Cfr., Enrico Ferri, *Sociología criminal*, Madrid, centro editorial de Góngora, 1970.

No obstante, los sustitutos penales no son el único campo de acción del criminalista formado bajo el influjo de la sociología, le importa en general la reforma de todo el aparato de la justicia penal, ocupándose tanto de las prisiones y su funcionamiento como de la formación del personal de las mismas, encargado del trato con los delincuentes.

Al referirse a las prisiones, Ferri se detiene en definir el fin técnico que recae sobre ellas, que se suma a su fin jurídico de segregación del individuo peligroso. Ese fin técnico consiste en el desarrollo de hábitos de trabajo y de higiene que sólo puede realizarse efectivamente en ciertos modelos de prisiones adaptadas a caracteres de los tipos criminales y en absoluto en prisiones con sistema celular por cuestiones utilitarias.²⁹

La tarea clínica de la sociología criminal consiste en el estudio, el control y la observación permanente de los criminales, pero también en el diseño de estrategias tendientes a remediar o paliar las disfuncionalidades y evitar los delitos, al transformar el medio para inhibir los factores que se juzgan propicios para la expresión de las inclinaciones antisociales. Es esta valoración de la ciencia como herramienta de prevención, la que marca definitivamente su oposición y su crítica al modeloclásico.

Es justamente con estos elementos discursivos que la gobernabilidad, en defensa de la soberanía, comienza la carrera industrial de la cuestión criminal hacia la producción ideológica en el ámbito científico y tecnológico como garantes de la seguridad frente al potencial riesgo construyendo la prevención del delito, bajo la segregación de la comunidad enmascarada por el panfleto de garantía de resguardo individual. Lo que lleva a ceder la libertad por seguridad.

²⁹ Enrico Ferri, *Defensas penales*, México, Porrúa, 1990.

CONCLUSIONES

La posibilidad de eliminar el riesgo es un postulado ideológico que se ha desarrollado bajo el modelo científico y tecnológico de las ciencias exactas para predecir situaciones de potencial peligro. Así, la tecnología funge como herramienta interventora para el resguardo de la población en todas las esferas sociales desde que se desarrolla la demagogia de la racionalidad, como por ejemplo, la soberanía y la gobernabilidad que apelan al castigo como elemento racional de disuasión del delito bajo elementos técnicos científicos de un sistema penitenciario capitalista.

Se constituyen así elementos legitimadores de la racionalidad política permitiendo la creación de dispositivos de seguridad incrustados en una industria penitenciaria que justifica la etiqueta de delincuencia o crimen como potencial riesgo, cuyo control o prevención radica paralelamente en dos vertientes, por una parte, la categorización desde el método científico encaminado al tratamiento de la cuestión criminal junto con el proceso judicial del Estado como vectores deseñalamiento hacia los individuos que se les nomina como delincuentes.

Por otra parte, tenemos una carrera tecnológica, arquitectónica y policial que nutre su desarrollo y vanguardia de la situación o abordaje interventor del Estado y la ciencia hacia la cuestión criminal. Nos referimos a todos los elementos tecnológicos que se demandan y producen para la seguridad como cámaras, blindaje en casas o automóviles, dispositivos de bolsillo o armas, vigilancia privada, y un largo etcétera que se produce masivamente.

En este sentido podemos decir que delincuente funge como elemento imprescindible de la sociedad capitalista, es el chivo expiatorio de los conflictos sociales que devienen de la desigualdad social derivada de la enajenación y la plusvalía que se obtiene únicamente cuando unos cuantos ejercen dicha acumulación y obtención de la

plusvalía, de la explotación laboral vista como mercancía paralelo a la producción del lumpen proletariado.

La función del lumpen proletariado (marginados, personas en situación de calle, prostitutas, sicarios, personas estigmatizadas por pertenecer a los grupos minoritarios) es generar riqueza cuando su potencial expansión como riesgo es latente desde la retórica soberana, lo que permite la plusvalía para quienes capitalizan los mecanismos de gobernabilidad de dicho sector. Entonces el lumpen proletariado son mercancías, en modelos de gobernabilidad policiales, que contribuyen a la producción de todo el aparato de ingeniería, tecnología y arquitectura y modelos científicos que promueven el concepto de crimen y conductas antisociales como capital humano del lumpen proletariado como potencial riesgo, dicho discurso permite generar todo un engranaje industrial que produce capital monetario.

Podemos decir que las políticas criminales, o lo que es lo mismo, la biopolítica de la cuestión criminal, no está enfocada a la readaptación sino a la gobernabilidad del crimen directamente proporcional a la demanda social, para promover mecanismos de resguardo frente al potencial delito del futuro mediano y por ello se utilizan proyecciones que se pretenden resolver con mecanismos tecnológicos como cámaras y no con mediaciones humanistas o de cohesión social.

Entonces el lumpen proletariado es la población de conejillos de indias que se utiliza en zonas marginales, zonas de tolerancia geográfica, pero principalmente en laboratorios llamados cárceles, fortificaciones que fueron adaptándose con la arquitectura, el derecho y la demagogia encaminada a la industria que se ha expandido y perfeccionado junto a la vanguardia tecnológica, en pro de la contención del riesgo futuro, en beneficio de la seguridad progresista de la población.

Es así como el término criminal o delincuente se ha convertido en un emblema o estereotipo de estigmatización, de racismo por

excelencia, lo que es lo mismo, es la etiqueta más excluyente porque se dirige bajo una nominación racial de odio, de sospecha, de intolerancia, pero sobre todo porque refleja la concepción de miedo, inseguridad e incertidumbre de la población gobernada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Josefina y Sánchez Augusto, *Antología de criminología* 2ª ed., México, UNAM- ENEP-ACATLÁN, 2003.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 2006.
- CARRARA, Francesco, *Programa del Derecho Criminal*, parte general, vol. I y II, Bogotá- Buenos Aires, Temis- Depalma, 1986.
- CLASTRES, Pierre, *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*, 2ª ed., trad. Luciano Padilla López, México, FCE, 2009.
- COMTE, Augusto, *La filosofía positiva*, 6a ed., México, Porrúa, 2000.
- DARWIN, Charles, *El origen de las especies*, 6ª ed., México, Porrúa, 1997.
- ESPOSITO, Roberto, *Confines de lo político*, Madrid, Trotta, 1996. Ferri, Enrico, *Defensas penales*, México, Porrúa, 1990.
- , *Sociología criminal*, Madrid, centro editorial de Góngora, 1970.
- FOCAULT, Michel, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión de la justicia*, trad. Horacio Pons, Argentina, 2014.
- GEULEN, Christian, *Breve historia del racismo*, trad. Elena Bombín Izquierdo y Jesús de la Hera Martínez, Madrid, Alianza, 2007.
- GONZÁLEZ, Alicia y Sánchez Augusto, *Criminología*, 2ª ed. México, Porrúa, 2008.
- HOBBS, Tomas, *Leviatan*, 2ª ed., trad. Ana Stellino, México, Gernika, 2000, t. I, p. 160. Platt, Anthony, *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, 4ª ed., trad.
- FÉLIX BLANCO, México, Siglo XXI, 2001.
- URÍAS HORCASITAS, Beatriz, *Historias del racismo*, México, Tiempo Dememoria Tusquets, 2007.

- TODOROV, Tzvetan, *El miedo a los bárbaros*, trad., Noemí Sobregués, México: Círculo de lectores, 2013.
- VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España, 1600-1940*, Madrid, Akal, 2009.
- WEBER, Max., *Economía y sociedad*, México, 17^a ed., trad. Medina Echavarría, José *et al.*, FCE, 2008.



LA VÍCTIMA DE REGRESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

JOSÉ LUIS ELOY MORALES BRAND¹

RESUMEN: El modelo procesal penal acusatorio toma en cuenta a la víctima olvidada en el sistema penal, pues no sólo se trata de un objeto del proceso, sino que cuenta con una serie de facultades y garantías de protección, para solucionar eficaz y rápidamente el conflicto, atendiéndola de inmediato y generando una protección de las autoridades para favorecer a su reparación del daño integral. La víctima cuenta con el derecho a informarse en forma completa de la situación del procedimiento; se incrementan las medidas de protección y aseguramiento de sus derechos; cuenta con una intervención activa con el acusador, y para ejercer la acción de reparación del daño; puede impugnar lo que le perjudique; y en algunos casos se le permite realizar la investigación y continuar con el proceso. La víctima deja de ser un mero objeto de investigación, y se convierte en sujeto procesal interesado y con derechos.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Penal, Sistema de Justicia Penal, Garantismo, Víctima, Presunción Victimal.*

ABSTRACT: The accusatory criminal procedure model takes into account the forgotten victim in the penal system, since it is not only an object of the process, but also has a series of faculties and guarantees of protection, to effectively and quickly solve the conflict, taking care of it immediately and generating a protection from the authorities to favor their repair of the integral damage. The victim has the right to be informed in full of the situation of the procedure; the measures of protection and assurance of their rights are increased; has an active intervention with the accuser, and to exercise the action of repairing the damage; he can challenge what hurts him; and in some cases you are allowed to conduct the investigation and continue with the process. The victim ceases to be a mere object of investigation, and becomes an interested procedural subject with rights.

¹ Profesor Investigador y jefe de la Carrera de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

KEYWORDS: *Criminal Law, Criminal Justice System, Guarantee, Victim, Victim Presumption.*

SUMARIO: I. Preliminares. II. Nueva visión hacia la víctima. III. Garantismo y uso alternativo del derecho. IV. Derechos Humanos, Fundamentales y garantías. V. El Sistema Penal Acusatorio Adversarial. VI. Víctimas y sus derechos en el sistema penal acusatorio. VII. Conclusiones; VIII. Fuentes de investigación.

I. PRELIMINARES

Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación PID16-1 “*La víctima y sus derechos en el sistema de justicia penal acusatorio mexicano*”, que se lleva a cabo en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, donde preciso nuevas formas de entender el derecho de las víctimas a tener derechos, como ser un sujeto procesal con participación directa, asesoramiento y control de actuación de autoridades, para lograr una mayor satisfacción de sus necesidades, una reparación integral más adecuada y un verdadero acceso a la justicia.

El Sistema de justicia penal, como mecanismo de control social, opera en el caso de que la conducta exterior del sujeto afecte a otro: la víctima. Este sistema tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad mediante la represión de la criminalidad; sistema que debe sujetarse, invariablemente, al Garantismo Penal de un Estado Constitucional de Derecho, que implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito (imputado, víctima, sociedad), provocando un acceso a la justicia con respeto a sus derechos humanos.

En México, anterior a la creación de la Constitución de 1917, el sistema punitivo imperante era inquisitivo que se basaba en la presunción de culpabilidad y, por ende, la prueba de confesión era la más importante, pues obteniéndose, el procedimiento era de mero trámite. A partir de 1917 nuestro sistema penal está basado en el

principio acusatorio, de la carga probatoria, de contradicción y, en consecuencia, de la presunción de inocencia, pero las leyes secundarias y la práctica penal han contradicho a la Constitución, y los tribunales han emitido criterios respaldando hechos violatorios de esos derechos constitucionales, y regularmente olvidando al afectado del hecho delictivo. De ahí surgieron reclamos para una reforma del sistema de justicia penal, y se genera la reforma Constitucional de 18 de junio de 2008, donde se implementó un Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México, con la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

El Procedimiento penal acusatorio que se ha estado implementando a partir de esa fecha, tiene por finalidad esclarecer los hechos para determinar si son punibles y declararlos como delito, proteger al inocente del Estado y los particulares, procurar que no se genere impunidad contra el culpable, que los daños causados se reparen, asegurar el acceso a la justicia, mantener el orden jurídico y restablecer la armonía social, en un marco de respeto a los derechos humanos, fundamentales y garantías previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos del que el Estado Mexicano sea parte, y toda normatividad que derive de ellos.

A pesar de lo anterior, la situación histórica que prevalece, es de olvido de la víctima, mientras se aseguran los derechos del imputado. Esto se entiende, si se toma en cuenta que, originariamente, en un modelo inquisitivo, la única parte interesada era el Estado, mientras los seres humanos involucrados eran objetos de prueba en el proceso, de ahí que al imputado se le violentaran gravemente sus derechos, mientras la víctima sólo era indispensable como medio de prueba, sin tener derechos que exigir. Se entiende, pero no se justifica, pues uno de los principales fines del nuevo sistema penal

acusatorio, es la de garantizar la integridad psíquica y física de la víctima, y repararle integralmente el daño que se le ha causado.

La finalidad de este trabajo es compartir esas nuevas visiones de la juridicidad, que influyen en la idea alternativa y garantista de los derechos de las víctimas para lograr su satisfacción, una reparación integral más adecuada y un verdadero acceso a la justicia. Es decir, que la reforma no quede en simple papel, sino que sea realmente aplicada, y ayude a resolver el problema de manera justa, atenuando la reacción del sistema represivo, y ayudando a satisfacer los derechos del afectado por el delito.

II. NUEVA VISIÓN HACIA LA VÍCTIMA

Una sociedad se traduce en un conjunto de individuos que se agrupan en un lugar determinado para cumplir fines individuales y colectivos de desarrollo de vida. Por otro lado, el Estado es una organización jurídica de un grupo de personas, bajo un poder de dominación, que se ejerce en determinado territorio.

Entonces, la diferencia entre sociedad y derecho es el poder jurídico que establece su orden y estructura de gobierno o dirección de las voluntades para lograr el bienestar del individuo y la colectividad, lograr su desarrollo y respetar sus derechos humanos y fundamentales. De ahí la existencia de un control social, que deriva del concepto de Estado, como ente organizado para lograr el beneficio social, por lo que es necesario imponer ciertos límites al ejercitar nuestra libertad para evitar conflictos.

Los medios de control social son procesos destinados a inducir conformidad para alcanzar las metas y fines del ser humano; y lo ejercen todos y cada uno de los organismos o instituciones que tienen influencia en la forma de actuar de cada uno de nosotros, como son la familia, escuela, religión, medios de comunicación, instituciones públicas, y un largo etcétera. Cualquiera de los tipos de control social, independientemente de que tiendan a someter la

conducta del individuo, deben de respetar los derechos humanos y fundamentales de las personas.

Ahora bien, el principal medio de control social formal es el Derecho que busca atenuar las conductas desviadas para lograr la convivencia. Pero no se trata de solo un cuerpo de normas, sino que se vincula con la realidad para proteger valores sociales desde una óptica pluridimensional: el Derecho es todo el conjunto de normas, actitudes, prácticas, costumbres y realidades, que se observan dentro de la interacción humana en un lugar y tiempo determinado, y se traducen en facultades y obligaciones que buscan lograr, de manera justa, el desarrollo, protección y convivencia de los seres humanos en la sociedad.

¿Por qué hablo de una óptica pluridimensional del Derecho? Retomando el pensamiento de Jesús Antonio de la Torre Rangel,² el Derecho no es un concepto unívoco, no sólo se traduce en ley, sino que la juridicidad viene antes para resolver necesidades; su raíz es el ser humano, que exige lo que es suyo, pero además, regula el deber de la conducta hacia otro, que ha sido negado y excluido, pero está dentro de la estructura social; y dentro de esa confrontación, dentro de esa analogía, coincido en que la materia jurídica no sólo se reduce a la formulación y existencia de leyes a las cuales la persona sujeta su actuar; ya que el derecho, es más que pura legislación: contiene un valor que es la justicia, y la cual se alcanza cuando la aplicación de la norma es eficaz, pues resuelve, o por lo menos aminora, el problema social para la cual fue creada.

Siguiendo a Oscar Correas³ el Derecho es un discurso de carácter prescriptivo, producido por quien detenta el poder, que es reconocido como legítimo por la mayor parte de una sociedad, y organiza la violencia, que se legitima por reconocer ese discurso como

² Jesús Antonio De la Torre Rangel, *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Una visión integradora*, Sevilla, Mad, 2005, pp. 54 y 55.

³ Oscar Correas, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 2000, p. 22.

orden establecido. Por ello, el derecho debe provocar un cambio social para la satisfacción de las necesidades humanas; y ayudar al individuo en sociedad a desarrollarse en convivencia justa, ejercer sus derechos y respetar a los demás. Esta visión es de la norma con la realidad.

Pero además, el orden jurídico tiene como punto de partida los Derechos Humanos, y estos a su vez, la esencia humana;⁴ por lo que la filosofía y el derecho están íntimamente relacionados pues buscan un cambio social de fondo en el ser humano, donde la juridicidad se encuentre a su servicio y respete sus derechos.

Tratan de convertirse en un arma ideológica de los grupos desfavorecidos, para auxiliarlos en su liberación de aquellos que detentan el poder sólo para imponer sus intereses. También verifican lo justo o injusto en la realidad concreta de solución a los problemas sociales; de ahí que ayuda a determinar si una sociedad es opresora, por no existir justicia y bien común, o si es liberadora y respetuosa de esos valores.⁵ La Filosofía en su relación con la Sociología Jurídica busca que el Derecho otorgue al hombre lo necesario para su desarrollo integral; es decir, que se le trate como sujeto, y no como un simple objeto de quien aplica la norma.

La Filosofía es necesaria ya que el Derecho se ha estancado en lo que debe ser, sin importarle lo que debe ser en la realidad. El riesgo que se corre con el análisis Filosófico es que no siempre provoca neutralidad total dentro de la Sociología Jurídica y puede llegar al subjetivismo,⁶ pues en los estudios sociales influyen los motivos, intereses, formación, ideología y forma de pensar del autor, así como el medio en que se desenvuelve.

De ahí que cualquier estudio o análisis del derecho debe tener una visión pluridimensional; es decir, no sólo debe enfocarse a la

⁴ Jesús Antonio De la Torre Rangel, *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, Aguascalientes, ICA, 1997, p. 19.

⁵ *Idem*, p. 31.

⁶ *Idem*, p. 42.

norma o a las leyes, sino que debe observarse que tiene un contenido de valor, norma, y hechos; por lo que cualquier estudio jurídico que no aborde estos tres niveles, tiene una visión recortada de lo que es el derecho.⁷

Por ejemplo, el discurso del Derecho Penal se traduce en la defensa de las libertades, pues sólo interviene después de que se exteriorice una conducta dañosa, puesto que, al cometerse un hecho delictivo, la norma penal presupone que el autor entendía qué conducta debía realizar, pero se percata de que no fue realizada, por lo que debe atender el problema, y lograr una solución justa, alternativa y humana para los derechos de la víctima, del imputado y la sociedad.

El problema lo encontramos cuando la realidad se disimula por medio del discurso del Derecho y su lenguaje, como en el caso de la igualdad formal de los individuos para la aplicación de la ley, lo cual puede permitir superar las adversidades en un momento dado; pero si se institucionaliza ese proceder, conduce a la dictadura de la mentira ejercida desde el poder.⁸ Y esto es lo que ha pasado con la víctima, pues si bien se le reconoce un trato igualitario en facultades, derechos y oportunidades, sigue siendo empleada como medio de prueba, y su participación quiere ser reducida simplemente a buscar un pago en efectivo que compense su afectación.

Con base en lo anterior, para determinar el papel de la víctima en el proceso penal acusatorio, debemos atender a esta pluridimensión, pues el sistema de justicia penal mexicano se conforma de las normas y sus instancias de aplicación en la realidad, que requiere de una valoración sociológica, sistémica y justa del afectado, el agresor y la comunidad. Por ello, esta visión, siguiendo a Fernando

⁷ Martín Laclau, *Conducta, norma y valor; ideas para una nueva comprensión del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 71.

⁸ Alex Grijelmo, *La seducción de las palabras; un recorrido por las manipulaciones del pensamiento*, Madrid, Santillana, 2004, p. 217.

Rojas Hurtado,⁹ debe promover e introducir cambios sociales, con una nueva idea de justicia, que implica el reemplazo de todo o parte del sistema legal inquisitivo que olvidaba a las víctimas, por otro basado en la empatía y solidaridad con los involucrados en el hecho delictivo, tomando en cuenta sus diferencias y particulares necesidades; y además buscar cambios fundamentales en el pensamiento de las autoridades que operan y ejecutan el sistema, para lograr la efectividad en la resolución del conflicto y la satisfacción de necesidades derivadas del hecho delictivo.

Entonces, el Derecho no es sólo dogmática, a pesar de que en ocasiones se siga sosteniendo así, ya que las normas deben aplicarse en relación con el contexto, los antecedentes, y la realidad social, atendiendo a su finalidad de justicia, que no es más que la satisfacción adecuada de las necesidades, y la resolución del conflicto en una colectividad.

III. GARANTISMO Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Esta investigación no puede dejar a un lado una reflexión sobre las coincidencias entre el garantismo y el uso alternativo del derecho, como base de la satisfacción de derechos humanos y fundamentales. Según el italiano Luigi Ferrajoli, garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo; el Garantismo será entonces la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho;¹⁰ desde aquí observamos a que si bien se establece como necesaria una norma que garantice un derecho fundamental, también se precisa que éstos deben satisfacerse a toda costa, lo que

⁹ Jesús Antonio De la Torre Rangel, *Sociología jurídica...*, op. cit., p. 11.

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2011, p. 336.

implica una búsqueda valorativa y fáctica en la resolución de problemas sociales.

Por otro lado, el “Gramscismo” es una corriente neo marxista desarrollada por el también italiano Antonio Gramsci, donde precisa que el Estado es todo el complejo de actividades prácticas y teóricas, con las cuales la clase dirigente no sólo justifica y mantiene su dominio, sino también logra obtener el consenso activo de los gobernados, por lo que el derecho es simple instrumento de poder que educa a la nueva civilización, y debe dejar de aplicarse de esa forma, pues no resuelve los problemas sociales eficazmente, sino que mantiene un control y conformismo hacia la clase hegemónica.

Tomando estas ideas de Gramsci, la corriente del uso alternativo del derecho plantea la posibilidad del uso de la juridicidad vigente por los pobres y en su propio servicio; pobre como categoría sociológica de grupos humanos que vienen a constituirse en sujetos usuarios de la juridicidad alternativa, es decir aquellos que tienen hambre y falta de justicia y derechos; sufren de desigualdad y opresión; difieren de la clase social que se define por categoría económica; no cuentan con determinados derechos frente a otros grupos sociales y son grupos solidarios frente a la clase dominante.¹¹

El uso alternativo del derecho¹² es una corriente doctrinal y de praxis jurídico política, generalmente de inspiración marxista, que sostiene la naturaleza política del derecho, su carácter de clase y admite la posibilidad de su interpretación contra los intereses de la clase dominante y al servicio de las clases oprimidas; es una práctica jurídico política en el sentido de utilización de las normas jurídicas como objetos, intereses y valores distintos de los que reivindica la clase burguesa dominante y hegemónica, en la creación y aplicación del derecho. Se traduce en diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad, normatividad, derechos subjetivos, ideas y

¹¹ Jesús Antonio De La Torre Rangel, *Sociología jurídica...*, *op. cit.*, p. 37.

¹² *Idem*, 79 y 80.

concretizaciones de justicia sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico tanto a ante las instancias judiciales y administrativas del estado, como entre ellos mismos, creando y recreando la solidaridad.

Ahora bien, el uso alternativo del derecho no es una ideología que debe aplicarse a capricho del ser humano, es necesaria una búsqueda en el ordenamiento jurídico en vigor, aquello que sirve para los propósitos de realizar la justicia; es decir debemos buscar la solución justa y luego arroparla de legalidad,¹³ ya que el derecho es un ente artificial que se produce en la realidad social y debe defenderse delante del Juez; deben evidenciarse las contradicciones entre la ley y la realidad, para así reforzar que el derecho no es pura norma, sino también valor y realidad; y tener siempre la conciencia de que la legalidad es producida y sirve al ser humano, pues es un producto cultural que debe adecuarse a la realidad, y no le hombre a un ente artificial.

Con estas breves ideas nos damos cuenta que la corriente garantista no busca todas las soluciones en la norma, pues Ferrajoli precisa que los derechos fundamentales deben ser protegidos aún en contra de los intereses de la mayoría, es decir la de proteger al más débil frente al más fuerte; lo cual propuso Antonio Gramsci al establecer que el derecho debe servir a la totalidad en contra de los intereses de la clase burguesa, tomándose en cuenta que la juridicidad no es sólo la norma, sino también los valores que tienen los pueblos y los hechos concretos en los que se desenvuelven día a día, y en los cuales claman justicia, traducida en la satisfacción de las obligaciones y deberes mínimas que deben observarse para vivir dignamente. Así, observamos que el garantismo de Ferrajoli, no deja a un lado el contenido valorativo que da origen a esos derechos sustantivos, pues el ser humano es el que crea el derecho, y no el derecho a la persona.

¹³ *Idem*, p. 91.

Antonio Gramsci invierte la relación marxista entre estructura y superestructura, pues da primacía a lo espiritual sobre lo económico y quiere que minoría (burgueses) y muchedumbre (pobres) profesen la misma religión. Expone que para llegar a una sociedad totalitaria es necesaria una revolución, pero no armada, sino intelectual y moral, mediante los intelectuales orgánicos que harán una guerra de posiciones, asaltando los núcleos de influencia ideológica y cultural, de manera que el poder político caiga en manos del partido que se mantendrá en el poder, no por la fuerza, sino por el consenso, ya que existirá identidad cultural y moral; una unidad ideológica entre gobernantes y gobernados, que formarán una totalidad espiritual o comunión de lo justo. Luigi Ferrajoli perteneció al grupo de la Magistratura Democrática, que era conformado por jueces alternativistas italianos; pero al parecer se alejó del alternativismo y desarrolla el garantismo, por el eminente rechazo social al marxismo, pero además como una estrategia política académica, con el fin de exponer sus ideas libremente en las universidades.¹⁴

Pero sus ideas siguieron influenciadas por ese pensamiento, pues Ferrajoli precisa que existe una divergencia entre la normatividad del modelo en nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores, lo que implica el riesgo de hacer de los principios constitucionales una simple fachada que se traduce a meras funciones ideológicas;¹⁵ así una Constitución puede ser avanzadísima por sus principios y derechos y no pasar de ser un pedazo de papel si carece de garantías que permitan el control y neutralización del poder y derecho ilegítimo; de ahí que el Garantismo sea una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad.¹⁶ Encontramos así la primera evidencia del uso alternativo del derecho, pues se afirma que existen contradicciones entre la norma y su efectividad, con lo

¹⁴ Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Cátedra de Sociología Jurídica*, Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, 12 de abril de 2003.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 851.

¹⁶ *Idem*, p. 852.

que se evidencia que el derecho no es sólo ley, sino también valor y realidad; inclusive el propio Ferrajoli precisa que su teoría del Garantismo debe estudiarse en los planos de relación entre derecho y valores ético políticos externos, el jurídico y relaciones entre constitución y leyes ordinarias y su aplicación, y sociológico o relación del derecho y prácticas efectivas.¹⁷

Precisa además que son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica;¹⁸ es decir, recurre a la parte valorativa ya que la naturaleza jurisprudencial y doctrinal del derecho válido que se relaciona con el derecho natural o la justicia se resuelve en total incertidumbre y arbitrariedad del derecho vigente, pues los juicios de validez o invalidez de la norma pueden ser más o menos opinables, como se ve en leyes válidas que han sido declaradas inválidas.¹⁹

Según el garantismo los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a todos en igual medida; a diferencia de las situaciones jurídicas de poder que se encuentran sujetas a transmisiones, investidura y extinciones, las libertades y los derechos sociales no se intercambian ni se acumulan, sino que permanecen siempre iguales así mismos para cada persona, sin que jamás sufran interferencias por la variación de las situaciones jurídicas; la falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona viola el valor de todas las personas;²⁰ Ferrajoli afirma también que éstos dere-

¹⁷ *Idem*, p. 855.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías; la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 869 y 875.

²⁰ *Idem*, p. 911.

chos subjetivos son atribuidos al sujeto por una norma jurídica,²¹ aunque existan antes que la ley, pues si la satisfacción de los valores fundamentales o intereses naturales es la razón de ser de las cosas artificiales llamadas instituciones jurídicas y políticas,²² no puede concebirse que el derecho fundamental sólo pueda ser exigido por la persona hasta en tanto no sea reconocido por la norma; así, vemos unificación con el pensamiento Gramscista, en el sentido de que las leyes deben ser precedidas por la costumbre, pero esto realmente no sucede con el derecho pues siempre ha luchado para afirmarse y crear una nueva costumbre; en este sentido, se supone que el derecho es una expresión integral de toda la sociedad, lo cual es falso, pues sólo expresa la clase dirigente que impone a toda la sociedad aquellas normas de conducta que están más ligadas a su razón de ser y a su desarrollo; entonces, la función máxima del derecho es la de presuponer que todos los ciudadanos deben aceptar libremente el conformismo señalado por el derecho, en cuanto que todos pueden convertirse en elementos de la clase dirigente,²³ la cual decidirá, con base a su poder, cuales son los derechos fundamentales que le conviene proteger, de acuerdo a sus intereses. Ferrajoli menciona que la lesión de los derechos fundamentales por parte del estado justifica no simplemente la crítica o el disenso sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil,²⁴ por lo que el Estado muchas veces sólo protege los valores que le interesan para obtener el consenso y mantener el poder.

Es aquí donde se refleja la unión entre el Gramscismo y Garantismo, pues se acepta el uso alternativo del derecho en beneficio de la justicia, ya que los argumentos no se dirigen sólo a la norma, sino a sus aspectos de falta de efectividad e invalidez, donde encontramos entonces el trabajo del juez y del jurista, en oposición a la

²¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 59.

²² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 854.

²³ Antonio Gramsci, *Cuadernos de la Cárcel*, México, Era, 1999, p. 83.

²⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 859.

total fidelidad a la ley y simple descripción y no valoración del derecho positivo vigente.²⁵ Entonces el Estado es todo el complejo de actividades prácticas y teóricas, con las cuales la clase dirigente no sólo justifica y mantiene su dominio, sino también logra obtener el consenso activo de los gobernados; el Derecho es un orden político y legal, expresión programática educativa de quién y porqué lo infringe; es utilizado como obstaculizador de las fuerzas de la historia pues no conduce al pueblo a la evolución,²⁶ sino a su sometimiento a un nuevo tipo de civilización; es decir a creer una realidad que es construida socialmente.

El punto de vista externo del garantismo es el de las personas, por lo que la tolerancia consiste en el respeto de toda las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista; así, la igualdad reside en el valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas; es el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente a los demás y de cada individuo una persona como todas las demás.²⁷ La Igualdad quiere decir entonces, que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales, pues de hecho, en las personas hay diferencias que son aquellas que deben ser tuteladas en respeto a la identidad de la persona.²⁸ Con la igualdad formal se conviene que los hombres se consideren iguales; con la igualdad sustancial se conviene que los hombres deben ser tratados tan iguales como sea posible sin prescindir del hecho que son social y económicamente desiguales (respetarlos y compensarlos); así pues, las garantías de los derechos de libertad aseguran la igualdad formal (derechos a la diferencia), y las garantías de los derechos sociales posibilitan la igualdad sustancial (derechos a la compensación

²⁵ *Idem*, p. 872.

²⁶ Jesús Antonio De la Torre Rangel, *Cátedra de Sociología Jurídica*, Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, 12 de abril de 2003.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 906.

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, p. 79.

de desigualdades);²⁹ es entonces donde Garantismo y Gramscismo nuevamente se reencuentran, pues con el nacimiento y desarrollo de las desigualdades, aparece el carácter obligatorio del derecho, que aumenta con la sola finalidad de resolver un problema social de manera justa.

Y si esto no fuera suficiente, basta la afirmación en el sentido de que puesto que los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contrastar con la Constitución, no se puede decir, en rigor, que tengan la obligación jurídica de aplicarlas; ya que si bien para que una norma exista o esté en vigor basta con que cumpla con las condiciones procesales del acto normativo, para que sea válida debe satisfacer su sustancia, es decir el respeto a los valores constitucionales cuya lesión produce un conflicto entre normas de significado distinto.³⁰

IV. DERECHOS HUMANOS, FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

Teniendo como base esa visión pluridimensional de la juridicidad, y la clara relación entre el garantismo y el uso alternativo del derecho, que busca la satisfacción de las necesidades humanas, antes de exponer lo que es el sistema de justicia penal, y el papel que tiene la víctima en su interior, es necesario precisar lo que entendemos por derechos humanos, su reconocimiento interno y los mecanismos para lograr su efectividad.

En un Estado Constitucional de Derecho, las autoridades y los seres humanos quedan sometidos a la Constitución o Ley Fundamental, en la cual se establece la forma de organización del Estado, la realización de sus funciones, pero sobre todo la protección y garantía de los derechos humanos, reconocidos como fundamentales, a través de la precisión de los límites impuestos a las autoridades,

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 907.

³⁰ *Idem*, pp. 873 y 874.

para hacer efectivo el goce de esos derechos. Así, el control social de un Estado Constitucional de Derecho tiene un fin principal: proteger los Derechos Humanos y Fundamentales de los seres humanos.

Los Derechos Humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad.³¹ Para establecer qué son los Derechos Humanos, y qué es lo que debe proteger el Estado, retomaré el concepto desarrollado por los catedráticos de la Universidad de Alcalá de Henares. Para ellos,³² los Derechos Humanos son demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de la persona y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado.

Ahora bien, la relación de los Derechos Humanos con los Derechos Fundamentales existe, ya que más que buscar un concepto de Derechos Humanos, tenemos que verificar que en la realidad se otorga al hombre lo necesario para su desarrollo integral; es decir, que se le trate como sujeto, y no como un simple objeto de quien aplica la norma. Pero, ¿qué son los Derechos Fundamentales?

Los Derechos Fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos Fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que represen-

³¹ Jack Donnelly, *Derechos humanos universales*, México, Gernika, 1998, p. 31.

³² Ricardo García Manrique y Guillermo Escobar Roca, Guillermo, cátedra *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

tan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.³³

Siguiendo la misma idea de los catedráticos de la Universidad de Alcalá de Henares, los Derechos Fundamentales son los más importantes en un Estado Constitucional de Derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la Política Criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección, vinculan a las autoridades y organismos del Estado para su aplicación directa al tomar decisiones, y sólo pueden limitarse por motivos serios y racionales.

Los Derechos Humanos influyen dentro de la Constitución y los Derechos Fundamentales, al determinar el catálogo de esos derechos, ampliando su reconocimiento con base al derecho internacional de los derechos humanos, interpretando su contenido con base al principio *pro homine* o a favor del ser humano, buscando siempre la aplicación del derecho positivo para satisfacer las necesidades humanas.

Ahora bien, conociendo que los derechos humanos son demandas de satisfacción de necesidades que de entrada se protegen a través del establecimiento de valores básicos a nivel constitucional como máximo nivel de protección, es necesario aclarar que ningún derecho es absoluto, salvo la dignidad humana que debe respetarse y tomarse en cuenta en todo momento al tomar decisiones sobre la afectación de un derecho. En este sentido, como igual lo indican los catedráticos de la Universidad de Alcalá,³⁴ los derechos pueden ser intervenidos mediante conductas ejecutadas por particulares o

³³ Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

³⁴ Ricardo García Manrique y Guillermo Escobar Roca, Guillermo, cátedra *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

entidades públicas, que afectan negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido.

Esto significa que los derechos pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita, por lo que debemos saber cuándo la intervención o restricción del derecho es válida y legítima. Primeramente, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; es decir, los derechos se limitan cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás sin estar autorizado para hacerlo.

Si los derechos fundamentales gozan, por definición, de rango constitucional, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus afectaciones, y su intervención debe seguir las siguientes reglas que integran el principio de proporcionalidad:³⁵

- a) *Adecuación o idoneidad*: La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad;
- b) *Necesidad o indispensabilidad*: Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y
- c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio entre ambas, procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).

Siguiendo esta idea sobre las intervenciones, las Garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho fun-

³⁵ *Idem*.

damental y humano, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de un derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención.

En un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

Al existir varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de control social;³⁶ y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas a las que va dirigido, al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.³⁷

En consecuencia, una verdadera política criminal democrática que tenga como límites los Derechos Humanos y Fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el Derecho Penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado Constitucional de Derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo y sancionarlo

³⁶ Santiago Mir Puig, *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995–*, s. cd., B de F, 2006, p. 116.

³⁷ Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 197 y 198.

como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto.³⁸

V. EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL

La finalidad esencial del Estado Constitucional de Derecho es lograr el desarrollo, protección y convivencia de los seres humanos; y uno de los mecanismos para lograrlo es el Sistema de Justicia Penal, que se trata de un control social punitivo o represivo, a cargo del Estado, que es la respuesta más violenta en contra de los ciudadanos que rompan el orden de la comunidad. Y en virtud de que este medio de control social es una estructura de poder del Estado, debe estar sometido y regulado al Derecho, limitado claramente para controlar su ejercicio, de tal forma que sus detentadores no abusen de él en su relación con los otros integrantes del conjunto social.³⁹

El conflicto para limitarlo es que el derecho punitivo ha tenido tantas justificaciones como modelos políticos han existido; así en cada modelo político se produce un Derecho Penal que se requiere para cumplir con los fines estatales; entonces la función del Derecho Penal y su legitimación depende de la función que se atribuya al Estado específico que promulgue la legislación;⁴⁰ pero en un Estado Constitucional de Derecho las prácticas de control social deben estar sustentadas en la protección de los derechos fundamentales de las personas a las que va dirigido.

³⁸ Juan Bustos, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, Madrid, 1997, p. 29.

³⁹ Oscar Emilio Saurre, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, s. cd., Editorial Universidad, 1998, p. 75.

⁴⁰ Serafin Ortiz, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993, p. 64.

Y es aquí donde hablaremos del Sistema Penal Acusatorio Adversarial, como un mecanismo procesal penal, que pretender responder al problema de la criminalidad, mediante el respeto de los derechos de los ciudadanos.

La finalidad del Sistema de Justicia Penal es la de investigar un hecho y verificar si el mismo constituye o no un delito, pero ello no implica que puedan emplearse cualquier tipo de medios para obtener, a toda costa, el conocimiento de esa realidad.⁴¹ Cualquier Sistema de Justicia Penal, legalmente instituido, se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguarda de sus derechos individuales.⁴² En consecuencia el procedimiento penal no tiene que renunciar a la búsqueda de esa verdad, sino que solamente tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁴³ y demás normas de la materia. La verdad, en una sentencia penal, debe verse como una realidad consensuada por los medios de convicción aportados al juzgador.⁴⁴ Al reconocer a las personas como posibles sujetos del sistema penal, que tienen intereses que se contraponen a la pretensión punitiva, nos lleva a hablar de una verdad real, limitada por los derechos fundamentales. En el modelo garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio, lo que garantiza la obtención del fin.⁴⁵

⁴¹ Karl Gössel, *El proceso penal ante el Estado de Derecho*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 64.

⁴² Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, España, Tirant lo Blanch, 2000, p. 121.

⁴³ Francisco Muñoz Conde, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 97.

⁴⁴ Karl Gössel, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 608.

Así, encontramos que la función represiva se ha dado bajo distintas perspectivas que originaron a los sistemas punitivos denominados como acusatorio, inquisitivo y mixto. Los griegos y romanos establecen un sistema de acusación, donde el afectado debe acusar al agresor frente a una autoridad, quien decidirá quién tiene la razón, con base a las pruebas que las partes le exhiban oralmente, respetando ante todo la igualdad de los involucrados. En estos procedimientos, regularmente se pedía una caución al acusador para indemnizar al acusado en caso de una acusación falsa o que no alcanzara los votos del tribunal.⁴⁶

Pero los sistemas monárquicos basados en el poder divino, y con la finalidad de controlar todos los sectores de la sociedad,⁴⁷ provocan que el poder social organizado imparta justicia a nombre de la divinidad y del interés público, donde el afectado denunciaba al agresor ante el tribunal, quien investigaba, decidía, imponía y ejecutaba las penas, dándose origen al sistema inquisitivo.

En este modelo inquisitivo, el presunto autor de un hecho antisocial sufre múltiples vejaciones y violaciones a sus derechos como persona; sus garantías para defenderse eran nulas, ya que se le aislaba e incomunicaba, incluso algunas veces ni siquiera sabía el por qué era juzgado, y quién le imponía el castigo; el Estado comprende que la investigación de los delitos es una función social de gran importancia que debe ser de su incumbencia, pero se cae en el error de darle la facultad persecutoria al Juez, quien se encargaba de averiguar los delitos, buscar las pruebas, y resolver los negocios que ellos mismos investigaban, para convertirse en Juez y parte dentro de un sistema inquisitivo de enjuiciamiento. La participación del acusador se traducía en una entidad decorativa que se cruzaba de brazos para que el Juzgador practicara las diligencias y estar pendiente de tales actos.

⁴⁶ Lorena Bachmaier, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 50 y 51.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

En síntesis, un sistema inquisitivo establece un procedimiento escrito y secreto; no existe posibilidad de defensa para el autor del hecho; la base del procedimiento es la confesión del hecho y el pecado, por lo que las herramientas más efectivas son el aislamiento, la incomunicación y la tortura; el autor no conocía la acusación; no había igualdad de partes pues los Jueces, que nunca eran vistos, se encargaban de investigar, acusar, procesar, valorar, juzgar, imponer y ejecutar las sanciones. Se traduce en un modelo en el que el juicio es una careta necesaria para imponer una pena, con base a la dinámica de “el fin justifica los medios”, pues se permite detener y consignar sin averiguar, en vez de averiguar para consignar y, como última opción, detener, y que la declaración del imputado sea un medio de defensa. Inclusive, la propia autoridad tiene facultades “amplias” para recabar pruebas “en razón de la verdad”, perdiendo la imparcialidad.

Por otro lado, un sistema acusatorio requiere la legitimidad de los medios para llegar al fin, por lo que los derechos humanos y fundamentales son la base de la actuación de las autoridades, en un modelo en el que existe un órgano público encargado de la acusación, distinto a quien Juzga, donde existe igualdad para los sujetos procesales dentro de un juicio público y oral, ante un juez imparcial e independiente, en donde existe la defensa adecuada y la participación del afectado en una forma real. Es decir, un modelo en el que se requiere juicio, con garantías procesales, para imponer pena.⁴⁸ Finalmente, un modelo adversarial es aquel donde el acusador y el acusado se consideran adversarios o partes en conflicto, el cual deberá ser resuelto en el procedimiento penal en función al dinamismo que impregnen a sus actividades: producir la prueba, fortalecer su teoría del caso y debilitar la de su contraparte, y negociar la solución del conflicto.⁴⁹

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 605.

⁴⁹ Juan Pastrana, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, p. 18.

Actualmente, no existe procedimiento que sea radicalmente oral o escrito, por lo que se catalogan de acuerdo a lo que predomine en sus actuaciones, pero un Sistema Acusatorio Adversarial se caracteriza en que las partes acuden ante el tribunal y someten a su consideración una causa, para que éste pueda dictar resolución; por lo que carecería de lógica convocar a las partes ante el Juez para formular lo que convenga a su derecho, si, de otro modo, sus alegaciones hubieran de presentarse por escrito. Por ello, la oralidad va ligada a la intermediación, es decir, a la necesidad de que lo actuado por los sujetos procesales en el juicio contradictorio, se realice ante la presencia del juzgador.⁵⁰

Un Sistema Acusatorio Adversarial no es simplemente un procedimiento rápido mediante una audiencia verbal; un verdadero Sistema Acusatorio implica mantener un control jurisdiccional de todas las fases del Sistema de Justicia Penal, desde el inicio de la investigación, hasta la ejecución final de las sanciones, lo que, bien aplicado, disminuye las violaciones a derechos humanos que mayormente se dan en las fases de investigación del hecho y ejecución de las penas.

En síntesis, la propuesta del Sistema Penal Acusatorio Oral en México, es la siguiente:

1. La autoridad está obligada a implementar medidas alternativas que no impliquen necesariamente un procedimiento judicial para la imposición de una sanción, para buscar lograr la reparación del daño integral a la víctima, que el imputado tome conciencia de su acción, se reintegre a la sociedad, no se contamine en reclusión, y se depuren las acciones procesales, para que los jueces conozcan de los casos realmente graves y que no pueden ser solucionados alternativamente.

⁵⁰ Samuel González *et al.*, *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2005, p. 60.

2. El Ministerio Público no tendrá poder de autoridad en la investigación. Durante todo el procedimiento penal se encontrará en igualdad de circunstancias con el imputado, el defensor, la víctima y la asesoría jurídica.
3. Todas las fases del procedimiento penal deberán ser vigiladas y controladas por la autoridad jurisdiccional. Toda afectación a derechos fundamentales del imputado, la víctima y demás involucrados en el hecho punible o el procedimiento, deberán ser autorizadas o validadas por el Juez.
4. Los Jueces que intervengan en las fases de investigación, preparación, juicio y ejecución, serán distintos, para efectos de conservar su imparcialidad y objetividad.
5. Las pruebas, para ser valoradas y tomadas en cuenta en el procedimiento, deberán ser obtenidas sin violación a los derechos humanos y fundamentales, respetando la audiencia y la contradicción de todos los sujetos procesales, y deberán ser reproducidas ante el Juez en el procedimiento. Ningún Juez tendrá la facultad de allegarse pruebas o perfeccionar las ofrecidas, admitidas y desahogadas, siempre conservando su imparcialidad y objetividad.
6. La presunción de inocencia y la presunción victimal serán pilares esenciales del Sistema de Justicia Penal, por lo que sólo se admitirá la prisión preventiva en casos excepcionales, y deberán buscarse medidas de protección y cautelares a favor de la víctima, en forma inmediata y adecuada para proteger sus derechos durante el procedimiento.
7. Los sujetos involucrados en la investigación, comprobación, juzgamiento del delito y ejecución de la sentencia, tendrán el derecho de impugnar las determinaciones de autoridad que les afecten.

8. Defensa y Asesoría Jurídica serán derechos verdaderos e irrenunciables del imputado, la víctima, ofendidos y demás involucrados en el procedimiento.

VI. VÍCTIMAS Y SUS DERECHOS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

La víctima es la persona que directamente es afectada o puesta en peligro en sus bienes jurídicos por la realización del hecho delictivo (titular del bien jurídico). Los ofendidos son aquellos relacionados con la víctima por cuestión familiar o de parentesco, como cónyuges, concubinos, conviviente, parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima, o fueran dependientes económicos del titular del bien jurídico. Todos podrán intervenir en el procedimiento en auxilio de los investigadores y acusadores, aportando datos de prueba, realizando investigaciones, y proponiendo las bases de la acción civil de reparación del daño.

Para ejercer sus derechos, la víctima debe tener acceso a la justicia. La garantía de Acceso al Justicia, implica la posibilidad de que los seres humanos acudan a la administración de justicia, a un órgano jurisdiccional, para solicitar su actuación y, en consecuencia, el órgano jurisdiccional reciba cualquier petición y la responda conforme a derecho, según los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal Mexicana, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es decir, implica la solicitud de protección, de declaración o de garantía de la efectividad de un derecho, pues la función esencial de los Tribunales es la de garantizar el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales, admitiendo las peticiones para que el derecho sea vea satisfecho en la mayor medida posible; tales peticiones se

tramiten conforme a los normas previamente establecidas, en caso de que se pretenda afectar derechos, e incluso creando los procedimientos para el supuesto de garantizarlos; siendo el trato imparcial o ajeno a los intereses del acusador, la víctima, el imputado y el defensor; independiente o ajeno a los intereses del sistema político; y siendo las personas tratadas en un plano de igualdad real, tomando en cuenta sus desigualdades, su cultura, sus creencias, su forma de pensar y cómo eso influyó en el hecho.

Este Acceso a la Justicia, existe porque la víctima es un sujeto de derechos, no un objeto del proceso (al igual que el imputado), y, en consecuencia, no se encuentra a la sombra del Fiscal que representa al Estado, sino que está a la par de éste y de quien es acusado por la comisión del hecho punible, con la finalidad de hacer valer sus intereses y sea escuchado en el procedimiento en el cual se resuelva sobre las consecuencias jurídicas del evento.

Por lo anterior la víctima, al tener la posibilidad de dirigirse ante los tribunales a exigir justicia y protección a sus derechos, cuenta con algunas facultades y atribuciones que deben observarse en este nuevo esquema procesal penal acusatorio, como lo son:

1. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

La víctima podrá investigar y aportar datos de prueba, como auxiliar del Fiscal (coadyuvante en estricto sentido), como acusador civil (coadyuvante de acusación) o como acusador particular.

Como este sistema busca la igualdad de partes, la víctima y el ofendido deben contar con una asesoría jurídica de calidad (artículo 20 apartado C, Constitucional), por lo que en cualquier etapa del procedimiento los orientará en su participación, les representará e intervendrá en la protección, cumplimiento y observancia del ejercicio efectivo de sus derechos. Esta asesoría de calidad la llevará a cabo un licenciado en derecho especializado en sistema penal acusatorio, y en caso de que la víctima u ofendido no tengan medios

económicos para designarlo, el Estado estará obligado a proporcionarle un asesor que le auxilie en el procedimiento.

Con base a lo anterior, la víctima u ofendido podrá actuar de tres diversas maneras en el procedimiento penal: una como coadyuvante del Fiscal en estricto sentido, dentro de la etapa de investigación, aportándole datos de prueba que sean necesarios para robustecer el caso y decida sobre el ejercicio de la acción o la formulación de la acusación; la segunda como acusador civil o coadyuvante de acusación, en la etapa de preparación, donde se hará cargo de la búsqueda, acusación y presentación de las pruebas respecto de la condena a la reparación del daño, con el fin de que el Fiscal sólo se distraiga en la investigación del hecho delictivo y en la justificación de las sanciones de Estado; y por último como acusador particular, desde la etapa de investigación, donde el Fiscal no tendrá participación, ya que la víctima u ofendido realizará la investigación, acusación y producción de pruebas directamente ante los jueces, para demostrar tanto el delito, la responsabilidad del acusado, y la reparación del daño que deba cubrirse.

Esto implica que en los dos primeros casos (coadyuvancia en estricto sentido y coadyuvancia de acusación -acusación civil-), la acción penal será pública y estará a cargo del Fiscal, mientras que en último supuesto (acusador particular) la acción penal será particular y estará a cargo de la víctima u ofendido que así lo decida, quien presentará directamente la querrella ante el Juez de Control, en aquellos hechos punibles de querrella, que tengan pena alternativa, o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.

La acción penal particular se limita por el Código Nacional de Procedimientos Penales, a aquellos casos en que para la investigación se necesite la ejecución de actos de molestia (con o sin control previo del juez), pues en esos supuestos, el Ministerio Público deberá continuar con la investigación y decidirá sobre el ejercicio de la acción penal. Esto puede hacer nugatorio el derecho constitucional de Acceso a la justicia, a través de la acusación particular, y provo-

car el desistimiento de la víctima u ofendido de optar por esta vía. Sería conveniente replantearse tal restricción, y sólo indicar que debe acudirse a la Fiscalía o juez de control, para pedir su solicitud, autorización y ejecución, según sea el caso, en aquellos actos de molestia que deban ejecutarse para la investigación del hecho punible, y continuar la víctima u ofendido con la acción dentro del procedimiento, pues finalmente las restricciones a la libertad no están permitidas en esta vía, y los demás derechos pueden ser controlados por el Juez, como ocurre en instancias no penales.

2. SALIDAS ALTERNAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL

Como hemos dicho, en un Estado Constitucional de Derecho, un Sistema Penal que tiene como base los derechos humanos, será aquel que busque su protección, tratando de afectarlos en forma mínima.

El nuevo sistema penal obliga a la autoridad a implementar medidas alternativas que no impliquen necesariamente un procedimiento judicial para la imposición de una sanción. Estas medidas buscarán que se logre la reparación del daño, que el imputado tome conciencia de su acción, se reintegre a la sociedad, no se contamine en reclusión, y se depuren las acciones procesales, para que los jueces conozcan de los casos realmente graves que no puedan ser solucionados alternativamente.

El principio de intervención mínima busca que las autoridades generen acciones para lograr una reacción penal más justa y protectora de derechos humanos. En consecuencia, la actuación del Sistema Penal no debe ser expansiva, ni que genere poca Política Criminal dura, sino más soluciones alternativas y menos lesivas, lo más participativas posibles, hasta llegar a poder aplicar otro tipo de políticas, no necesariamente criminales.⁵¹

⁵¹ Alberto Binder, *Política criminal, de la formulación a la praxis*, Argentina, Ad Hoc, 1997, pp. 38 y 39.

Surgen así los mecanismos alternativos de solución de controversias, con la finalidad de implementar un procedimiento menos costoso, más conveniente y participativo, comparándolo con el proceso judicial, en el afán de resolver los conflictos, en forma más rápida, permitiendo mantener el control sobre el resultado no arriesgándose a una decisión “todo-nada” que implica una resolución judicial.⁵² El actual discurso sobre la víctima intenta dar nuevas dimensiones a la política criminal. Trata de lograr una justicia reparadora hacia y de la víctima, y respecto del imputado, trata de ofrecer la posibilidad de que tome pleno contacto e individualice el daño que ha causado y sus consecuencias en la vida de la víctima.⁵³

La negociación, conciliación y mediación, como salidas alternas de solución del conflicto, se reflejan principalmente en los acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso (suspensión del proceso a prueba), que en ambos casos se atiende el interés de la víctima a su reparación integral, como el interés del imputado de mantener su libertad, tomando conciencia de su hecho, e implementar mecanismos de reinserción que le ayuden a llevar una vida sin delito.

Los acuerdos reparatorios consisten en un acuerdo entre víctima e imputado, prestado en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, mediante el cual el imputado se compromete a reparar a la víctima de una forma que resulte satisfactoria para ésta, produciendo la extinción de la responsabilidad penal una vez que el acuerdo se encuentra cumplido. Esta reparación puede ser material o simbólica y puede consistir, incluso, en una disculpa. Proceden respecto de ciertos y determinados hechos punibles, como aquellos que afectan bienes jurídicos disponibles (querrella), patrimoniales no violentos y culposos, pero impidiéndose en delitos de violencia

⁵² *Manual de Mediación*. Corte Suprema de Justicia, Oficina de Mediación, Paraguay, 2005, p. 4.

⁵³ Elías Neuman, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005, p. 44.

familiar, por la protección de las víctimas vulnerables. La oportunidad para celebrarlos se da a partir desde la investigación y hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio (aunque debería ser posible que se pudieran realizar durante todo el proceso, con base al principio de efectividad e intervención mínima).

La suspensión condicional del proceso (o suspensión del proceso a prueba), puede definirse como una negociación para suspender la investigación y el proceso por un tiempo determinado, a cambio de que el imputado acepte cumplir ciertas obligaciones o condiciones (plan de reinserción adelantado) que son aprobadas en audiencia por el Juez de Control, y un plan de reparación integral a favor de la víctima. Procede en hecho punibles cuya media aritmética no exceda de cinco años de prisión, una vez que se haya vinculado a proceso al imputado, y hasta antes del dictado del auto de apertura de juicio.

Tanto en acuerdos reparatorios, como en suspensión condicional del proceso, si el imputado cumple las condiciones establecidas, y no es objeto de una nueva formalización de imputación por hechos distintos, se extingue la acción penal por los ilícitos que motivaron la investigación, y no existirán antecedentes penales. Además, toda la información que se vierta en las negociaciones, en caso de que no se cumplan o no se lleguen a las salidas alternas, no podrá emplearse en el proceso,⁵⁴ pues de lo contrario ninguna víctima o imputado se animarían a emitir información o reconocer determinadas situaciones, si supieran que esa información pudiera luego utilizarse en su perjuicio.

Estos mecanismos empoderan nuevamente a las víctimas, pues son quienes podrán llevar a cabo las negociaciones a favor de sus derechos, y con lo cual el imputado podrá también salir beneficia-

⁵⁴ Alejandra Díaz Gude, “La experiencia de la mediación penal en Chile”, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Vol. 5, N. 9, Julio 2010, Colombia. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf>.

do, al no ser privado de su libertad ni restringido con otro tipo de sanciones, logrando adelantar y cubrir con la reparación del daño integral, y realizando las actividades necesarias para disminuir los efectos lesivos del hecho punible realizado.

3. CONTRADICCIÓN, RECTIFICACIÓN Y OTROS DERECHOS

También la víctima u ofendido cuentan con el derecho a la contradicción, que no es simplemente la garantía de defensa del imputado. El principio de contradicción esencialmente se traduce en la posibilidad de debatir y controvertir.

Por lo anterior, como regla general, las decisiones que puedan afectar derechos fundamentales, deben realizarse en audiencia pública, previa petición de parte, y dando la oportunidad al posible afectado (imputado, víctima o tercero) de argumentar en contra de la petición. Es decir, la autorización para afectar derechos fundamentales debe ser previa y tomada en audiencia contradictoria.

Ahora bien, como regla de excepción, en determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su comunicación por la necesidad urgente o cautela constitucional, podrá autorizarse afectación de derechos fundamentales sin otorgar el derecho a contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior.

Relacionada con la contradicción y el Acceso a la Justicia, se encuentra el principio de rectificación, que implica la posibilidad de que los sujetos involucrados en el procedimiento penal, puedan impugnar las decisiones que les perjudiquen. Así, pone a su disposición un medio por el cual el afectado por un acto de autoridad, podrá acudir a la jurisdicción para que restablezca sus derechos. En caso de que se compruebe error en la decisión, da lugar a una reparación por parte del Estado (indemnización que no sólo será la prevista en el artículo 113 Constitucional por motivo de actividad administrativa irregular del Estado, sino por actos u omisiones ilegales de cualquier autoridad que violenten derechos humanos,

conforme al nuevo párrafo tercero del artículo 1º de la misma Carta Magna, como se desprende de la reforma de 10 de junio de 2011). Esto provocará mayor capacitación de las autoridades y sujetos procesales, pues en caso de error comprobado y pago de indemnización, el Estado podrá repetir y requerir el pago a quien haya provocado el error.

Además, la víctima u ofendido, así como toda persona, deberá ser tratada como ser humano sujeto de derechos, y no como objeto del procedimiento, respetando su dignidad, seguridad e integridad física, psíquica y moral.

Así, el Fiscal y los Jueces deben tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, y no podrán actuar con criterios de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En consecuencia, debe respetarse la intimidad de cualquier persona que intervenga en el procedimiento, sobre todo la vida privada, datos personales, libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles y otros objetos privados, así como las comunicaciones privadas. Es por ello que se prohíbe el empleo de tratos crueles, inhumanos o degradantes; la tortura, la discriminación, la exhibición de las personas como culpable o víctima (para evitar los diversos tipos de revictimización), y todo aquello que atente contra los derechos humanos y fundamentales de las personas.

Y finalmente, el derecho a la interpretación *Pro homine*, también llamado “Pro persona”, principio creado con fundamento en la dignidad humana, que implica que en caso de que disposiciones normativas aplicables sean contradictorias, o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, deberá escogerse aquel que beneficie más a la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Así, en el supuesto de que se encuentren enfrentados derechos de diversas personas, deberá observarse, además, las reglas de adecuación, necesidad y proporcionalidad para equilibrar los derechos en la medida de lo posible.

Finalmente, como este sistema busca la igualdad de partes, la víctima y el ofendido deben contar con una asesoría jurídica de calidad (artículo 20 apartado C, Constitucional), por lo que en cualquier etapa del procedimiento podrán designarla para orientación, representación e intervención en la protección, cumplimiento y ejercicio de sus derechos. Esta asesoría de calidad la llevará a cabo un licenciado en derecho especializado en sistema penal acusatorio, dependiente de los Consejos Generales o Estatales de víctimas, para no coincidir con los órganos de defensoría, y lograr una verdadera imparcialidad; y en caso de que la víctima u ofendido no tengan medios económicos para designarlo, el Estado estará obligado a proporcionarle un asesor que le auxilie en el procedimiento.

Este asesor jurídico tendrá la obligación de hacer efectivos los derechos de la víctima; informarla sobre el proceso y sus derechos, manteniendo constante comunicación; asesorarla, representarla y asistirle en los actos procedimentales; auxiliarle en las actividades de negociación para lograr salidas alternas; vigilar las actividades del Fiscal, y auxiliarlo en la investigación (coadyuvancia); ofrecer medios de prueba, por lo que podrá contar con investigadores privados; apoyar y representar a la víctima en la acusación civil (coadyuvancia de acusación), o en la acusación particular.

4. PRESUNCIÓN VICTIMAL

Estamos acostumbrados a escuchar sobre la presunción de inocencia, pero no respecto de la presunción victimal. La presunción de inocencia es la garantía del imputado de recibir el trato de no autor o partícipe de un hecho delictivo, hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad; es decir, ninguna persona puede ser tratada como

culpable hasta que esto no se declare en sentencia definitiva. Por lo anterior, como regla de tratamiento del imputado restringe al máximo la limitación de la libertad personal, y como regla de juicio, impone la carga acusatoria de la prueba al Estado, hasta la absolución en caso de duda.

Pero, si bien pareciera que todos los dados están cargados a favor del imputado, frente a la presunción de inocencia existe la presunción victimal, que prevalece y se pondera en la mayoría de los supuestos procesales de enfrentamiento de derechos.

Le llamo presunción victimal al derecho de tratamiento como víctima u ofendido a todo afectado de un hecho antisocial, para efecto de realizar ciertos actos inmediatos y urgentes para su protección y restablecimiento de sus derechos, sin necesidad de que exista una sentencia firme que la califique como víctima u ofendido. Se basa en la apariencia del buen derecho, por lo que no se requiere prueba plena o declaración firme de la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad del responsable, sino que basta la sola probabilidad del hecho o del posible daño, para reaccionar preventivamente a su favor. Esta presunción victimal no opera en todo momento, pues frente a ella existe la presunción de inocencia del imputado, por lo que los derechos enfrentados deben ser equilibrados o en su caso ponderados con base a los principios del sistema penal acusatorio, entre ellos el debido proceso y *pro homine*.

Así, algunos derechos basados y ponderados desde una perspectiva de presunción victimal, son los siguientes:

1. No ser discriminado ni tratado en forma inhumana o degradante;
2. Que se proteja y resguarde su integridad física o psicológica;
3. Recibir, en áreas o instituciones especializadas, atención médica, psicológica y protección especial de su integridad física y psíquica de urgencia, o cuando lo solicite o requiera;

4. Contar con asesoría jurídica gratuita en forma inmediata, desde que se realice el hecho flagrante, o se interponga la denuncia o querrela;
5. Solicitar medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, con el fin de lograr el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo, y sin necesidad de que exista una sentencia condenatoria firme;
6. Que se le garantice el daño causado en forma real, integral y ágil;
7. Que se resguarde su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación, contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas, o cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa; y
8. No ser objeto de información ni presentado ante los medios de comunicación o ante la sociedad sin su consentimiento, para evitar su re-victimización, la contaminación del juzgador y efectos corruptores en el proceso.

Basado en lo anterior, la presunción victimal la observamos en los ejercicios de ponderación de derechos en causas de justificación, donde los “autores” están autorizados a lesionar bienes jurídicos en defensa legítima, estado de necesidad o cumplimiento de un deber; también en detenciones en flagrancia y revisiones personales para evitar que el hecho delictivo siga produciendo sus efectos sobre las víctimas; las medidas de protección, precautorias y cautelares para disminuir los riesgos de afectación a las víctimas, basadas en la sola probabilidad de ese daño, y sin necesidad de prueba plena que lo evidencie; la protección de su imagen y datos personales, para evitar riesgos de re-victimización, y la base de probabilidad para las

determinaciones tomadas por los jueces en audiencia preliminares al juicio, donde la duda no favorece al imputado, sino a la víctima para protegerle.

Si bien el sistema de justicia penal busca el respeto a los derechos de los involucrados, en este modelo acusatorio mexicano la presunción victimal busca que durante el procedimiento prevalezca una mayor protección a la víctima u ofendió, al ser sujeto de derechos, y no un objeto del proceso, pero afectando lo menos posible al imputado.

VII. CONCLUSIONES

El sistema jurídico tiene una finalidad, no sólo se reduce a la formulación y existencia de leyes a las cuales el individuo deba sujetar su actuar, sin importar que resuelva o no un problema; el derecho, es más que pura legislación; contiene un valor que es la justicia, y la cual se alcanza cuando la aplicación de la norma es eficaz, pues resuelve, o por lo menos aminora, el problema social para la cual fue creada. Así, la sociedad no es la que debe adecuarse a la norma, sino que ésta, como producto cultural, es la que debe ajustarse a los individuos y provocar su mejor desarrollo al alcanzar la justicia.

Bajo esa tesitura, el Sistema de Justicia Penal formaliza el control social a través de la protección de los derechos humanos de todos los involucrados; es decir, la formalización implica transparencia y claridad del sistema, así como la existencia de principios valorativos que deben observarse en su aplicación.⁵⁵ En virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que

⁵⁵ Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, s. cd., Temis, 1999, p.8.

condicione las prácticas de la Política Criminal;⁵⁶ y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas a las que va dirigido, al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.⁵⁷

Una verdadera Política Criminal democrática, que tenga como límites los Derechos Humanos y Fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible.

En este nuevo sistema, y en virtud de que el sistema penal inquisitivo sólo crea mayor violencia y desigualdad, surge el Principio de Efectividad, que tiene la finalidad de resolver eficazmente el conflicto de intereses que se genera por el delito, y no necesariamente en sentencia de condena; lo cual beneficia a la víctima del delito, pues la empodera de derechos que había perdido, al haber sido considerada un simple medio de prueba más, pero no un sujeto procesal. En este nuevo esquema, además de existir medios alternos de solución del conflicto, para lograr una reparación integral más rápida y adecuada a la víctima u ofendido del hecho delictivo, también se le otorgan mayores herramientas de participación, de asesoramiento, y de control de actuación de la autoridad, para lograr un verdadero Acceso a la Justicia.

El nuevo modelo acusatorio mexicano toma en cuenta a la víctima que había sido olvidada en el sistema penal, pues ya no sólo se trata de un objeto del proceso, o quien sufre el daño, sino que cuenta con una serie de facultades y garantías de protección, relacionadas principalmente con solucionar eficaz y rápidamente el conflicto penal, atendiéndola de inmediato, y generando una pro-

⁵⁶ Roberto Bergalli, “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*, Vol. II Estado y Control, s. cd., Temis, 1983, p. 73.

⁵⁷ Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

tección de las autoridades investigadores y tribunales para favorecer en su reparación del daño integral. Así, la protección a la víctima es mayor, pues deja de ser un mero objeto para la investigación, y se convierte en un sujeto procesal que auxiliará en ella, y buscará que se le repare el daño en forma integral; por ello el incremento de medidas alternativas de solución del conflicto que se crean para favorecerla.

Por lo anterior, la víctima cuenta con el derecho a informarse en forma completa, y en todo momento, de la situación del procedimiento; se incrementan las medidas cautelares de protección y aseguramiento de sus derechos; cuenta con una intervención activa para investigar y entregar pruebas al acusador, y proponer la acción civil de reparación del daño; puede impugnar todo lo que estime le perjudica, como actuaciones del Ministerio Público y los Jueces; y en algunos casos se le permite realizar la investigación penal por sí misma, ejercitar la acción y sostener la acusación ante el Juez.

En síntesis, el nuevo procedimiento penal acusatorio es una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se cometa un hecho que pueda ser calificado de punible, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a lograr el mínimo malestar posible, y el mayor beneficio posible de los involucrados, evitando la privación de la libertad a toda costa, a cambio de una resolución integral y efectiva del conflicto a favor de los afectados. Es decir, establecer un camino razonable y humano para el tratamiento del delito, sin buscar necesariamente el privar de la libertad a las personas, sino tratar de solucionar el conflicto de intereses entre los involucrados: víctima, su interés en su protección y reparación del daño en forma integral y efectiva, imputado, su interés en no ser restringido gravemente de sus derechos, y acceder a posibilidades de reparar el daño en forma adecuada y menos lesiva,

Este nuevo sistema implica un nuevo tipo de civilización, un nuevo tipo de cultura, dejar atrás un chip de siglos de una visión au-

toritaria en el tratamiento de las conductas desviadas, e incluir un nuevo programa mental, social e institucional de visión humana y efectiva. Lo más importante es modificar estereotipos o paradigmas no protectores de derechos humanos, cambiar la cultura jurídica inquisitiva y sustituirla por una cultura jurídica garantista, lo que nos corresponde a todos los integrantes de este colectivo social: observar a la víctima olvidada, y recordar que tiene derecho a tener derechos: a ser humano, y no objeto del sistema penal.

VIII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- BACHMAIER, Lorena, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- BERGALLI, Roberto. “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control. Colombia, Temis, 1983.
- BINDER, Alberto. *Política criminal, de la formulación a la praxis*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.
- BUSTOS, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 1997.
- Cátedra de Sociología Jurídica, impartida por el Mtro. Jesús Antonio de la Torre Rangel, en la Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes; 28 de marzo y 12 de abril de 2003.
- CORREAS, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. México, Distribuciones Fontamara, 2000.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Una visión integradora*. Sevilla, Mad, 2005.
- , Jesús Antonio. *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Aguascalientes, ICA, 1997.
- DÍAZ GUDE, Alejandra. “La experiencia de la mediación penal en Chile”. *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Vol. 5, N. 9, Julio 2010. Colombia. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf
- DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales*. México, Gernika, 1998.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2011.
- , *Derechos y garantías; la ley del más débil*. Madrid, Trotta, Madrid, 1999.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- GONZÁLEZ, Samuel *et al.*, *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2005.
- Gössel, Karl, *El proceso penal ante el Estado de Derecho*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2004.
- GRAMSCI, Antonio, *Cuadernos de la Cárcel*, México, Era, 1999.
- GRIJELMO, Alex *La seducción de las palabras; un recorrido por las manipulaciones del pensamiento*. Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2004.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Colombia, Temis, 1999.
- LACLAU, Martín. *Conducta, norma y valor; ideas para una nueva comprensión del derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- Manual de Mediación*. Corte Suprema de Justicia, Oficina de Mediación. Paraguay, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995–*, Buenos Aires, B de F, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- NEUMAN, Elías. *La mediación penal y la justicia restaurativa*. México, Porrúa, 2005.
- ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993.

- PASTRANA, Juan, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, España, Tirant lo Blanch, 2000.
- SAURRE, Oscar Emilio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.
- Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.



LA LEY GENERAL EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS COMO PARADOJA DEL DERECHO

VÍCTOR MANUEL RANGEL CORTÉS¹

RESUMEN: *Objetivo:* criticar el discurso de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos como instrumento de poder político. *Metodología:* método crítico analítico, a partir de las paradojas del derecho desarrollados por Sánchez Sandoval en su libro “Epistemologías y sociología jurídica del poder”. *Resultados:* la construcción de la ley en contra de la trata de personas depende de los intereses políticos que la crearon, viola derechos humanos y no cumple con sus objetivos. *Conclusión principal:* la ley general en contra de la trata de personas es una paradoja ya que le da sentido a la fallida política criminal en la materia la cual viola derechos humanos y no resuelve la problemática.

PALABRAS CLAVE: *Trata de personas; ley general; víctimas; poder político; discurso; epistemología; realidad; artificial; paradoja; derecho; delito.*

ABSTRACT: *Purpose:* to criticize the discourse of the General Law to Prevent, Punish and Eradicate Crimes in the Field of Human Traffickings and for the Protection and Assistance to the Victims of these Crimes as an instrument of political power. *Methodology:* critical analytical method, based on the paradoxes of law developed by Sánchez Sandoval in his book “Epistemologies and legal sociology of power”. *Results:* the construction of the law against human trafficking depends on the political interests that created it, violates human rights and does not meet its objectives. *Main conclusion:* the general law against trafficking in persons is a paradox because it gives meaning to the failed criminal policy in the matter which violates human rights and does not solve the problem.

¹ Doctor en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de asignatura en el Posgrado en Derecho de la misma institución. Candidato a Investigador Nacional en el CONACYT. Asesor en la Comisión Contra la Trata de Personas del Senado de la República de 2012 a 2018.

KEYWORDS: *Human trafficking; general law; victims; political power; discourse; epistemology; reality; artificial; paradox; law; crime.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Qué es una paradoja. III. La ley en materia de trata de personas y sus paradojas. IV. Comentario final. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es criticar el discurso de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (ley general contra la trata de personas) como instrumento de poder político.

La trata de personas entendida como la captación de personas para ser sometidas a algún tipo de explotación constituye una actividad vieja. La venta de esclavos era parte de las actividades comerciales de sociedades de antaño. Por su parte, el comercio sexual, también, es considerado como una de las actividades que durante años ha sido parte del entorno social de la humanidad.

Actualmente, la trata de personas es una actividad con presencia en todo el mundo. De acuerdo Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (ONUDC), “Cada año, miles de hombres, mujeres y niños caen en manos de los traficantes, en sus propios países y en el extranjero”.² Esto proporciona una idea de la magnitud global del problema.

Según el Informe Global sobre Trata de Personas 2016 de la ONUDC México ocupa el lugar 5° en la comisión de dicho delito. Al respecto, cabe señalar que gracias a su ubicación geográfica es

² Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Human Trafficking*, Consultado el 18 de julio de 2018 en: <<https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html>>.

un país es considerado como de origen, tránsito y destino de las víctimas de trata de personas.³

La ley general contra la trata de personas actual entró en vigor en el 2012, de acuerdo con su nombre tiene por objeto la prevención, sanción y erradicación de los delitos en la materia, así como la protección y asistencia a las víctimas. A pesar de la existencia de esta legislación y de la aplicación de políticas públicas, en México se cometen violaciones a los derechos humanos en contra de sospechosos y no se logra, por lo menos, la disminución de la comisión de dicho problema; sin embargo, ante el evidente fracaso, el sistema político en su discurso invoca una serie de resultados favorables en contra de este delito.

En ese tenor, la hipótesis de este artículo es que: La ley general contra la trata de personas en México es una paradoja ya que le da sentido a la fallida política criminal en materia de trata de personas la cual viola derechos humanos y no resuelve la problemática.

Para lograr lo anterior se parte de la premisa de que México es un Estado neoliberal caracterizado por liberalización económica, el libre comercio, los mercados abiertos, la privatización, la desregulación y la disminución del tamaño del sector público mediante el incremento de la influencia del sector privado y su sistema jurídico se determina por esas mismas características.⁴

De acuerdo con González Vidaurri y Sánchez Sandoval, en el ámbito del derecho penal las políticas neoliberales se ven reflejadas

³ Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Informe Global sobre Trata de Personas 2016*, Viena, ONU, 2016, p. 95.

⁴ Cfr. Augusto Sánchez Sandoval, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM, 2013, pp. 107-109; Cfr. Jaime Fernando Cárdenas Gracia, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, pp. 1-173; Cfr. Paul Cooney, Dos décadas de Neoliberalismo en México: resultados y retos en *Novos Cadenos*, NAEA, volumen 11, num. 2, pp. 15-41; Cfr. John Ackerman, *El mito de la transición democrática*, México, Planeta, 2015, pp. 320.

en la creación de un sistema jurídico agresivo y violador de los derechos humanos de forma legal:

En la posmodernidad neoliberal la radicalización del sistema productivo está produciendo a su vez la radicalización del sistema político-jurídico penal y de represión incluso de hecho, pero ahora ya no es oculto, sino abierto, agresivo y cínico, porque convierte en derecho del dominante, aquello que la modernidad consideró violación de garantías individuales.⁵

De esta manera, México queda sometido un proceso de armonización legislativa nacional en materia de trata de personas a nivel internacional. Situación que se ve reflejada en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ambos documentos, gracias a lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son fundamento de la ley general contra la trata de personas. Particularmente, en el caso de la citada Convención, a decir de González Vidaurri y Sánchez Sandoval, en ella se establecen los principios del derecho penal de enemigo en el contexto neoliberal que a continuación se enuncian:⁶

1. Incriminación penal por solo sospecha.
2. No reconocimiento de los delitos políticos.
3. Utilización de agentes infiltrados.
4. Reducción y limitación de los beneficios penitenciarios.
5. Persecución abierta en el tiempo

⁵ Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval, *Criminología*, México, Porrúa, 2013, p. 174.

⁶ *Ibidem*, p. 187.

6. No reconocimiento del carácter fiscal exclusivo para un solo país de los bienes del reo, de los medios con que realiza los delitos y sus productos.
7. Competencia universal.
8. Negación de los secretos bancarios.
9. Aceptación de la analogía en materia penal.
10. Discrecionalidad de las autoridades.
11. Inversión de la carga de la prueba.
12. Extradición subsidiaria.

El enfoque teórico de esta investigación es crítico analítico, a partir de las paradojas del derecho desarrollados por Augusto Sánchez Sandoval en su libro “Epistemologías y sociología jurídica del poder”. En las siguientes páginas, el trabajo se desarrolla de la siguiente manera: en el primer apartado se explica qué es una paradoja; posteriormente, se analiza la ley en materia de trata de personas a luz de las paradojas del derecho; finalmente, se presentan las conclusiones.

II. QUÉ ES UNA PARADOJA

Las relaciones sociales se reproducen a partir de las comunicaciones. Esto quiere decir que gracias a que podemos interactuar con los otros mediante el lenguaje, se establecen vínculos sociales. Es gracias al lenguaje que podemos transmitir nuestras experiencias, el conocimiento, una noticia o un sentimiento. Pero no solo se trata de simples comunicaciones, sino de un complejo sistema de transmisión de mensajes que al entrar en la conciencia del otro tienen efectos cognitivos:

Por otra parte está el mundo del lenguaje, que se inventa por los hombres en la comunicación, para construir la conciencia de

lo real, la cual se institucionaliza y se reproduce a través de la ideología-norma.⁷

El mundo del lenguaje es aquel que los hombres inventan, solo existe en la mente o la conciencia de cada uno. Por ello, cuando se dice que cada quien tiene su verdad no se está tan equivocado. Cada individuo tiene la capacidad de interpretar el mundo real de acuerdo a sus puntos de vista, incluso de acuerdo a la posición que tenía en el momento de observar un objeto. Así, el mundo real es distinto, este no fue construido intelectualmente por el hombre, sino que fue creado por la naturaleza; sin embargo, el hombre y las sociedades interpretan esa realidad para construir una artificial que está de acuerdo a su propia ideología.

Cuando se habla de la verdad, solo hacemos referencia a un lenguaje creado por un hombre a través de su propia percepción, de sus propias ideologías y sus propios intereses. Por ejemplo, en un juicio, del sistema que sea, cada una de las partes defiende su postura, aunque se trate de alguien que sí es responsable de causar un daño, este dirá que las cosas sucedieron de una manera distinta.

Lo cierto es que en la estructura de la sociedad en que vivimos existen jerarquías determinadas por el poder y son estos individuos quienes construyen e imponen la verdad al resto de los sujetos:

C) La conciencia de la realidad del dominante, como racionalidad para todos. En toda persona, generalmente, se construye una conciencia de la realidad, pero en las sociedades verticales de dominación, el sujeto dominante impone su propia conciencia de realidad a todos los demás, y la institucionaliza como ideología obligatoria para todos y como la racionalidad general.⁸

Gracias a esta construcción, la verdad del poderoso se convierte en la verdad de todos los demás. Con esta acción se determina,

⁷ Augusto Sánchez Sandoval, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, México, UNAM-FES Acatlán, 2012, p. 25.

⁸ *Ibidem*, p. 53.

mediante pautas, qué es lo bueno/malo, legal/ilegal y, también el amigo/enemigo. Por eso cuando el sistema político dice que tenemos derechos humanos gracias a que la Constitución lo dice, hay una disposición a creerlo y asumir que en México se vive en un Estado de Derecho aunque esos mismos derechos son violados sistemáticamente, incluso de forma prevista en ley.⁹

Así, el Derecho es un discurso que se construye a partir de la conciencia del dominante y que lo instituye como medio de control social:

Los sujetos con poder construyen el mundo del lenguaje político y lo institucionalizan a través de la violencia o de las ideologías-norma, para construir un sistema que opere mediante los aparatos ideológicos y los aparatos represivos del Estado. Con ello se busca mantener unido el todo, sobre el cual recae la dominación para reproducirlo

⁹ De acuerdo con el reporte 2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en México se comenten tortura, desapariciones forzadas, asesinatos de periodistas: “Este contexto de lucha contra el narcotráfico y la consecuente militarización de zonas del país ha resultado en varias ocasiones en un incremento de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos, así como en mayores niveles de impunidad. Es decir, la atribución a las fuerzas armadas de roles que corresponderían a las fuerzas policiales civiles y el despliegue de operativos conjuntos entre las fuerzas armadas y las instituciones de seguridad estatales y municipales en distintas partes del país, han dado lugar a mayores violaciones de derechos humanos” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Reporte Situación de derechos humanos en México 2015*, CIDH, 2016, p. 65. Consultado el 15 de julio de 2018 en: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>>.

En el mismo sentido Amnistía Internacional en su informe 2017-2018 señala que: “La violencia aumentó en todo México. Las fuerzas armadas seguían llevando a cabo labores habituales de la policía. Continuaron las amenazas, los ataques y los homicidios contra periodistas y defensores y defensoras de los derechos humanos; los ciberataques y la vigilancia digital eran especialmente habituales. Las detenciones arbitrarias generalizadas seguían derivando en torturas y otros malos tratos, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Persistía la impunidad por violaciones de derechos humanos y crímenes de derecho internacional. [...]”. Amnistía Internacional, Informe 2017/18: La situación de los derechos humanos en el mundo, p. 312. Consultado el 15 de julio de 2018 en: <<https://www.amnesty.org/es/latest/research/2018/02/annual-report-201718/>>.

no sólo a través de la fuerza, sino también mediante la persuasión y el consenso para lograr el control social.¹⁰

Desde este punto de vista, el Derecho es parte del lenguaje emitido por sistemas como la política o el sistema económico. No emana de la voluntad del pueblo. El objetivo de estas comunicaciones es ejercer control social y legitimar el poder de quien lo ostenta. Podría decirse, que la política y el derecho, estructuralmente acoplados, construyen comunicaciones en donde se determina qué es lo legal/ilegal.¹¹ Lo cierto es que el Derecho, gracias a que es lenguaje, no puede garantizar que las cosas sucedan, esto quiere decir que solo se encuentra en la posibilidad de generar expectativas generadas por la política que funcionan como paliativo ante los problemas sociales que no se pueden resolver.

Pero si el Derecho es construido a partir de la visión del poderoso, quiere decir que ese lenguaje tiene como fin último, además del control social, la preservación de ese estatus de poderoso. Así, desde este punto de vista, la ley existe para satisfacer los intereses de los grupos en el poder o con alguna influencia en él.¹²

Ejemplo de lo anterior es la guerra contra el crimen organizado, misma que se ha desarrollado mediante la política, por demás simplista, de expedición de leyes. Esto quiere decir que ante la existencia de una situación problemática, el gobierno solo puede responder con la emisión de una ley. De esta manera, lo que hay en México es una política de reformismo penal que hace sentir a una parte de la sociedad civil que los problemas tienen la esperanza de acabar a corto plazo.

Si hay guerra contra el crimen organizado, entonces se crea la Ley Federal de Delincuencia Organizada y otras leyes para com-

¹⁰ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.* p. 64.

¹¹ *Cfr.* Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México: Herder - Universidad Iberoamericana, 2005 p. 186-187 y *Cfr.* Javier Nafarrete Torres, *Niklas Luhmann, La política como sistema*, México: Universidad Iberoamericana, 2009, 389-391.

¹² *Ibidem.* p. 186-187. Paráfrasis.

batir el secuestro, la trata de personas, las desapariciones forzadas, delitos electorales, de protección a testigos, lavado de dinero, extinción de dominio y otras que reflejan la política simbólica del sistema político ante la delincuencia.¹³ No obstante, a pesar de todo el discurso de abatir a los criminales y protección a las víctimas, a decir de Ávila, Martínez-Ferrer, Vera, Bahena y Musitu la gente, tanto la que ya ha sido victimizada como la que no, de ninguna manera se siente segura.¹⁴

Entonces, como el Derecho es un lenguaje que corresponde a los intereses de los poderosos, es paradójico. Esto significa que esa realidad construida por el Derecho aunque sea artificial, la sociedad le da vida, la dota de sentido, de tal forma que se vive en ese mundo como si de verdad existiera:

Para Paul Watzlawick la paradoja puede definirse como una contradicción que resulta de una deducción correcta, a partir de premisas congruentes. Y en términos de Raffaele De Giorgi la paradoja consiste en dar sentido a algo que no tiene sentido y vivir ese sin sentido [...]¹⁵

Como ya se mencionó, hoy el Derecho dice que tenemos derechos humanos, aunque se violen todos los días. Hay un sistema de tipo normativo que dice que el proceso penal será acusatorio; sin embargo, también hay un derecho penal del enemigo cuando se trata de delincuencia organizada.¹⁶ Se dice que hay democracia,

¹³ Winfried Hassemer, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, Pena y Estado, Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

¹⁴ María Elena Ávila, Belén Martínez-Ferrer, Alejandro Vera, Alejandro Bahena y Gonzalo Musitu, Victimización, percepción de inseguridad y cambios en las rutinas cotidianas en México en *Revista de Saúde Pública*, 50, 60. Epub October 03, 2016. Paráfrasis.

¹⁵ Augusto Sánchez, *op. cit.*, p. 200.

¹⁶ Por ejemplo, en el caso del artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada autores como Polaino-Orts lo exponen como la materialización del derecho penal del enemigo por las siguientes razones: “La primera carac-

aunque el proceso electoral está lleno de inconsistencias.¹⁷ Se habla de que hay avances en seguridad pública; no obstante, los índices criminalidad, como todos saben, no bajan.

Para Sánchez Sandoval el Derecho está lleno de paradojas, las cuales, de momento, solo se enuncian y que serán definidas en el siguiente apartado:¹⁸

1. El derecho carece de identidad ontológica
2. El poder que manipula el derecho, crea el delito al definirlo
3. El derecho no se controla a sí mismo
4. Si el derecho penal es preventivo, es abusivo
5. El derecho no se controla a sí mismo
6. Si el derecho penal es preventivo, es abusivo

terística del tipo penal de delincuencia organizada del art. 2 de la Ley mexicana es la técnica del adelantamiento de la punición. Esta técnica consiste, como ya ha quedado explicado, en la anticipación del momento en el que el Derecho penal entra en acción. Mientras que en los casos usuales o más frecuentes (a los que se llaman Derecho penal del ciudadano) el Derecho penal entra en funcionamiento cuando ya se ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico de carácter generalmente material (por ejemplo: cuando ya se ha producido una lesión o la muerte de un sujeto es cuanto retrospectivamente, se sanciona al autor por su delito ya pasado) en los casos de Derecho penal del enemigo se adelanta ese momento a un estadio anterior, lo cual introduce una perspectiva de mayor prevención frente a un riesgo ulterior que se quiere evitar incluso a costa de reducir el ámbito de libertad del sujeto.” Polaino y Orts, *Criminalidad organizada: fundamentos dogmáticos y límites normativos* (con referencia a la Ley Federal mexicana contra la delincuencia organizada) en: *Criminalidad organizada, formas de combate mediante el derecho penal*, México, Flores, p. 98-99.

¹⁷ Cfr. Jaime Cárdenas Gracia, *La crisis del sistema electoral mexicano: a propósito del proceso electoral 2012*, México, UNAM, 2016 pp. 31- 290. y Jaime Cárdenas Gracia, El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 16 Enero - Junio 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp. 43-69.

¹⁸ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, pp. 200-215.

7. El estado de excepción es la eliminación del derecho, por el derecho mismo
8. El derecho se puede hacer y ejercer, como terrorismo jurídico
9. El poder y el derecho entran en una recursividad que los implica a los dos
10. El derecho es ideología y por lo tanto oculta su origen como constructor de pautas para excluir
11. El delito como imputación y no como transgresión.
12. El derecho es parcial y tiene interés político, aunque se afirme lo contrario

Bajo esta perspectiva, se puede concluir que gracias al lenguaje del Derecho quienes ejercen el poder se legitiman y generan estrategias de control social derivadas de la construcción de un mundo intelectual, por tanto artificial, impuesto a la sociedad que lo acepta y vive aunque solo se trate de expectativas de comportamiento.

III. LA LEY EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y SUS PARADOJAS

Como el Derecho es un lenguaje y está lleno de paradojas, entonces la Ley general en contra la trata de personas también lo es. Ya se dijo que México ocupa un lugar importante dentro de los países de América en donde se comete dicha conducta delictiva. La respuesta ante tal problemática fue, como en otros casos, emitir una ley que promete terminar con el problema.

1. PRIMERA PARADOJA: EL DERECHO CARECE DE IDENTIDAD ONTOLÓGICA

La ley general en materia de trata de personas pertenece al mundo del deber ser, lo que implica solo la creación de expectativas cuya materialización es contingente:

1. El derecho carece de identidad ontológica. La diferencia “Ser” y Deber Ser” le sirve al derecho para inventar su origen. Es la paradoja que al distinguir oculta y produce información. El derecho no es un ser en el presente, sino un deber ser en el futuro, que podrá ser o no ser, que podrá cumplirse o no.[...]¹⁹

Lo anterior se traduce en que la ley no puede controlar los resultados de su aplicación, es más, es posible que ni siquiera se aplique o se aplique mal. Ejemplo de esto se encuentra en el nombre completo de la ley: Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Ya de entrada el sistema político y el jurídico prometen erradicar los delitos de la materia, lo cual puede resultar prácticamente imposible.

De acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con información del INEGI, UNICEF y DIF, se calcula que en México se someten a explotación sexual a 20,000 niños y niñas; asimismo, con base en información de SECTUR, el total de víctimas se estima entre los 50,000 y 500,000 casos.²⁰ En el mismo sentido Estrada Michel señala que:

Un diagnóstico realizado por la Organización de las Naciones Unidas y la Secretaría de Gobernación señala que en México cerca de 70 mil niños y niñas son víctimas de trata, cifra que lo posiciona a la cabeza de la trata de menores en América Latina. Asimismo, con base en el Human Trafficking Assesment Tool, de la American Bar Association (aBa), en el país existen 47 bandas que se dedican a la trata sexual y laboral de personas, y asienta también que las entidades con mayor incidencia en este ilícito son Baja California, Chiapas, Chihuahua, Guerrero, Morelos, Oaxaca, Tlaxcala y Quintana Roo, así como el Distrito Federal.²¹

¹⁹ *Ibidem*, p. 200.

²⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México*, México, CNDH, 2013, p. 17.

²¹ Rafael Estrada Michel, Prologo en *Aspectos sociales y culturales de la trata de personas en México*, Coord: Casillas, Rodolfo R. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013. p. 14.

Las cifras son de 2013, la realidad es que a la fecha la situación no ha cambiado mucho. En la siguiente nota publicada en 2017 por el economista se refiere que:

El número de víctimas de trata de personas en México se estima en 500,000 casos, de los cuales alrededor de 70,000 son menores de edad sujetos a explotación sexual. En nuestro país existen 47 grupos de delincuencia organizada involucrados en la trata de personas para fines sexuales y laborales, de acuerdo con una investigación para el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República.²²

Por su parte la Embajada de Estados Unidos en su reporte 2018 sobre trata de personas señala:

Como se viene informando los últimos cinco años, México es un país de origen, tránsito y destino de hombres, mujeres y niños víctimas de la trata sexual y de trabajo forzoso.²³

De esta manera queda en evidencia que la ley en la materia no tiene la capacidad de resolver el problema al que se encuentra enfocada. La trata de personas es un contrariedad de tal magnitud que no puede ser resuelto con la simpleza del lenguaje jurídico. El Derecho, como dice Luhmann, es contingente, lo cual quiere decir que puede cumplir o no sus objetivos.²⁴ Por eso, quienes la redactaron fueron demasiado ambiciosos o abusivos cuando intentaron decir que la ley podría erradicar el delito en cuestión.

Lo mismo sucede cuando la ley promete prevenir, investigar, perseguir y sancionar los delitos en ella establecidos:

²² Rubén Torres y Jorge Monroy, México sin cifras precisas sobre trata en El economista, México, Ciudad de México, 30 de julio de 2017,. Consultado en: <<https://www.eleconomista.com.mx/politica/Mexico-sin-cifras-precisas-sobre-trata-20170730-0073.html>>.

²³ Embajada de Estados Unidos en México, *Reporte sobre Tráfico de Personas 2018*, Consultado el 20 de julio de 2018 en: <<https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>>.

²⁴ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México: Herder - Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 186 y 187.

Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto:

I. Establecer competencias y formas de coordinación para la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas entre los Gobiernos Federal, de las entidades federativas y Municipales;

Lo anterior hace que el sistema político construya una realidad en la que se cumplen los objetivos de la legislación. Al respecto, en la ahora Ciudad de México las autoridades han expresado lo siguiente:

Juana Camila Rebollar, fiscal central de Investigación para la Atención del Delito de Trata de Personas de la Procuraduría capitalina, informó que en la lucha contra ese delito en la Ciudad de México se han desmantelado 85 bandas y obtenido 320 sentencias condenatorias contra los responsables del 2007 a la fecha, esto luego de dar a conocer el resultado de un operativo donde se liberó a 17 menores de edad explotadas sexualmente.²⁵

Curiosamente, a pesar de lo que se señala en la nota, todos en la capital saben de los lugares en donde se comete trata de personas o explotación. Incluso, a un costado de la sede nacional del Partido Revolucionario Institucional es posible observar a mujeres que se prostituyen, seguramente algunas en contra de su voluntad. En efecto, de acuerdo con la Embajada de Estados Unidos, México no cumple ciertos lineamientos para enfrentar el problema:

El Gobierno de México no cumple plenamente con las normas mínimas para la erradicación de la trata de personas; sin embargo, está haciendo un gran esfuerzo por lograrlo.²⁶

²⁵ Rubén Torres y Jorge Monroy, *op. cit.*

²⁶ Embajada de Estados Unidos en México, Reporte sobre Tráfico de Personas 2017. Consultado el 20 de julio de 2018 en: <<https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>>.

Aunque Estados Unidos reprueba a México, también hay que señalar un lenguaje políticamente correcto reconoce los esfuerzos que se hacen. Lo cierto es que no se cumplen los objetivos del artículo 2o de la ley:

El gobierno redujo el número de investigaciones y enjuiciamientos, pero condenó a más tratantes que en 2015. La destacada complicidad de las autoridades, en particular la policía y otras autoridades locales, en la comisión de delitos de trata menoscabó la labor de las fuerzas del orden.

En conclusión, la ley general en materia de trata de personas pertenece al mundo del deber ser, lo que implica solo la creación de expectativas cuya materialización es contingente al estar referidas al futuro y por ello no puede garantizar el cumplimiento de sus objetivos sobre erradicación, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas.

2. SEGUNDA PARADOJA: EL PODER QUE MANIPULA EL DERECHO, CREA EL DELITO AL DEFINIRLO

Los delitos contenidos en ley general en materia de trata de personas son mal definidos de con base en los intereses de quien los creó:

2. El poder que manipula el derecho, crea el delito al definirlo; al nombrarlo construye el riesgo de que alguien identifique su conducta con la definición jurídica, y pueda caer en las manos de sus operadores y represores.²⁷

Un aspecto digno de señalar es que en México la trata de personas ya contaba con legislación anterior a la ley de 2012. En el 2007 Felipe Calderón publicó la ley en materia de trata de personas, que contenía la definición legal de dicha conducta; sin embargo, esta legislación fue derogada tan solo cuatro años después en 2012. Una

²⁷ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 201.

de la razones fue que el delito de trata de personas de la ley anterior contenía en su integración medios comisivos, como el engaño, que hacen difícil la labor de la autoridad investigadora:

Algo parecido sucede y no estoy imaginando porque así lo establece la exposición de motivos de la iniciativa de ley general que los medios comisivos, esos que claramente establece el protocolo, no deben formar parte de la redacción típica porque su acreditación sólo complica las cosas. ¿Y quién les dijo que la materia penal era fácil? El medio comisivo en materia de trata es de indispensable acreditación por parte del órgano investigador, pues sin su comprobación no puede demostrarse el sometimiento, y sin éste no hay trata de personas.²⁸

En efecto, para facilitar la labor de investigación del delito se eliminaron los medios comisivos del delito de trata de personas al crear la ley de 2012:

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada

²⁸ Miguel Ontiveros Alonso, *El derecho penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales)* en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/16.pdf>>. En el mismo sentido el estudio realizado por Mónica Salazar señala: “Unas de las razones principales detrás de este reforma de 2012 era que el delito era sumamente difícil de probar, justificando así los pocos resultados que se obtenían. En específico, probar el sometimiento de una persona, por medio del engaño, la coacción, o cualquier otro elemento que la ley permitía, dificultaba su labor. Por ejemplo, una persona enganchada en Puebla a través del enamoramiento, que acepta trasladarse a la Ciudad de México con la que ella consideraba su pareja, y una vez ahí era sometida a través de amenazas con dañar a su familia en Puebla, para forzarla a la prostitución”. Cfr. Hispanics in philanthrop, *Una Mirada desde las organizaciones de la sociedad civil a la Trata de personas en México*, Coord. Mónica Salazar, HIP, p. 13. Consultado en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/trata.pdf>.

uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

De esta forma, por ejemplo y sin entrar en detalles dogmáticos, el simple hecho de captar a una persona tal vez para llevarla en un taxi o darle trabajo ya haría a cualquiera susceptible de ser investigado. La cuestión es que el Fiscal o Ministerio Público no tiene la obligación de acreditar el cómo se hace esa conducta. Cabe hacer las siguientes preguntas ¿cómo se viola el bien jurídico tutelado por el delito? ¿La conducta de captar, enganchar o transportar causa alguna afectación? Incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus criterios ha señalado que los medios comisivos sirven para acreditar el sometimiento cognitivo, por virtud del cual es dominada la voluntad de la víctima, dirigida mediante una falsa representación de la realidad:

TRATA DE PERSONAS. CONFORME AL ARTÍCULO 3, INCISO B), DEL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR ESE DELITO, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (PROTOCOLO DE PALERMO), LA DEFENSA DEL ACTIVO BASADA EN QUE LA VÍCTIMA MAYOR DE EDAD CONSINTIÓ INICIALMENTE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL A QUE FUE SOMETIDA, SE EXCLUYE CUANDO SE DEMUESTRA QUE PARA OBTENER EL CONSENTIMIENTO EL TRATANTE RECURRIÓ A CUALQUIERA DE LOS MEDIOS PROHIBIDOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

El delito de trata de personas previsto en el artículo 188 Bis del Código Penal para el Distrito Federal debe entenderse como un proceso que empieza con la captación de una persona, continúa con el traslado de ésta al lugar designado y sigue la fase de explotación, durante la cual la víctima se ve sometida a una servidumbre sexual, laboral o a otras formas de explotación. En este sentido, conforme al artículo 3, inciso b), del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de

Palermo), la defensa del activo basada en que la víctima mayor de edad consintió inicialmente la explotación pretendida, se excluye cuando se demuestra que para obtener el consentimiento el tratante recurrió a cualquiera de los medios prohibidos, como amenazas, fuerza, engaño, coacción o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. De ahí que, si en el caso, la ofendida en un principio consintió trasladarse al Distrito Federal e incluso vivir en la casa de los activos del delito, en razón de la propuesta de trabajo como modelo que le hicieron vía internet; lo que, si bien pudiera ser un consentimiento o cooperación inicial entre la ofendida y los sujetos activos, lo cierto es que éste queda efectivamente anulado al encontrarse viciado, primero por el engaño y, posteriormente, por la coacción a través de la fuerza física y amenazas, para lograr la explotación sexual a que fue sometida. Por tanto, no puede tenerse como defensa situaciones de las que se advierta un aparente consentimiento de la víctima, puesto que éste debe considerarse viciado y, por ende, anulado, al probarse que los activos del delito utilizaron cualquiera de los medios prohibidos mencionados para obligar a la víctima a permanecer con ellos y explotarla sexualmente.²⁹

Sumado a lo anterior, el Protocolo de Palermo en su definición de trata de personas establece la existencia de medios comisivos como elemento del delito:

Artículo 3

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al

²⁹ Época: Décima Época, Registro: 2002428, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, Materia(s): Penal, Tesis: I.9o.P.21 P (10a.) Página: 1580. Amparo en revisión 79/2012. 28 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretaria: María del Carmen Campos Bedolla.

rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos[...]

Igualmente, la ONUDC señala la misma integración y hasta cuenta con un *check list* que establece que la conducta de trata se constituye de acto-medio-fin.³⁰

Contrario al efecto esperado por la supuesta facilidad de integrar investigaciones, a decir de la Embajada de los Estados Unidos, las cifras han disminuido:

Según datos basados en la amplia definición de la trata que contiene la ley de 2012, las autoridades iniciaron 188 investigaciones federales y 288 investigaciones estatales en 2016, comparadas con las 250 investigaciones federales y las 415 estatales por trata registradas durante 2015. Se iniciaron procesos penales contra 479 personas en los ámbitos federal y estatal en 2016, frente a 578 en los mismos ámbitos en 2015. Las autoridades informaron haber condenado a 228 tratantes en 127 causas de los ámbitos federal y estatal en 2016, frente a 86 en 36 causas de los mismos ámbitos en 2015. No obstante, no quedó claro cuántas de esas condenas guardaron relación con la trata conforme la define el derecho internacional.³¹

Como se puede apreciar, la ley, en particular el delito de trata de personas, ha sido manipulado y redactado dentro de un esquema de un derecho penal que es agresivo. Como lo señala Sánchez

³⁰ ONUDC, *Human Trafficking*: <<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html?ref=menu-side>> y *Checklist Criminalization of Human Trafficking under the Protocol*: <<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Checklist%20-%20criminalization%20under%20the%20Protocol.pdf>>.

³¹ Embajada de Estados Unidos en México, *op. cit.*

Sandoval una de las características del derecho penal del enemigo posmoderno es la construcción de delitos flexibles, es decir, que permitan encarcelar a los sospechosos de manera ágil en contravención al principio de presunción de inocencia.³² Esto se ve reflejado en el artículo 10 con la ausencia de los medios comisivos.

Pero además, destaca el hecho de que, con base en las cifras señaladas por la Embajada de Estados Unidos, es posible decir que la ley no genera los números deseados por quienes pensaban que al disminuir los elementos del tipo penal eso sucedería. No obstante, la ley ha sido calificada como exitosa:

Muchas cosas han cambiado en estos 10 años gracias a la voluntad de autoridades comprometidas. El primer gran logro de esta causa es la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las víctimas de estos delitos, la cual desde su promulgación en 2012 ha permitido perseguir y castigar verdaderamente este crimen.³³

En el mismo sentido la Comisión Contra la Trata de Personas de la Cámara de Diputados de la LXIII Legislatura, ante la posibilidad de reformar la ley se manifestó por mantener el texto vigente:

En los años de vigencia de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, del 2012 se han sentenciado a más de 600 delincuentes y muchos más se encuentran bajo proceso. Durante la vigencia de la Ley contra la Trata de Personas del 2007, se lograron tres sentencias, dos de las cuales se cayeron, afirma un estudio encargado por la comisión que

³² Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 174.

³³ Rosi Orozco, Avances contra la trata en Milenio, México, Ciudad de México, 08 enero de 2016, Consultado el 29 de julio de 2018 en: <<http://www.milenio.com/opinion/rosi-orozco/columna-rosi-orozco/avances-contrala-trata>>.

preside la diputada Julieta Fernández (PRI) al asesor en materia de trata de personas de Fundación FIND, Cuauhtémoc Ibarra.³⁴

Las declaraciones anteriores colaboran a la construcción de una realidad artificial sobre los efectos bondadosos de la ley general en contra de la trata de personas. Lo cierto es que, junto a lo dicho por la ley, son discursos contruidos para lograr propósitos políticos, es claro que una persona que redactó la ley, tal vez hasta cobró, difícilmente aceptará que se equivocó. Por eso, para los actores políticos que la crearon y para los que viven en esa artificialidad la ley funciona y deben defenderla.

En conclusión, el delito de trata de personas contenido en la ley general está mal definido toda vez que fue creado con base en los intereses de los actores políticos que la crearon; sin embargo, aunque a ley flexibilizó la descripción típica del delito de trata para facilitar las investigaciones, no cumple con sus objetivos sobre erradicación, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas.

3. TERCERA PARADOJA: EL DERECHO NO SE CONTROLA A SÍ MISMO

El contenido de la Ley general contra la trata de personas está contruido a partir de los intereses de actores políticos:

3. El derecho no se controla a sí mismo. El sistema jurídico está penetrado por otros sistemas ajenos como el político, el económico, el religioso u otros sistemas de intereses. Por ello, si no puede controlarse hacia dentro, menos puede hacerlo hacia afuera. En consecuencia el derecho no es un sistema que controla la desviación

³⁴ Jorge Monroy, Acusan regresión en Ley de trata en El Economista, Ciudad de México, 01 de enero de 2017. Consultado el 29 de julio de 2018: <<https://www.economista.com.mx/politica/Acusan-regresion-en-Ley-de-Trata-20170101-0084.html>>.

o el delito, sino una estructura selectiva dentro de la cual, se hace posible la desviación, el delito y la pena.³⁵

Como cualquier legislación, la existencia y contenido de la ley general contra la trata de personas esta construido por intereses políticos y económicos. Aquí la primera pregunta es ¿Por qué si la ley anterior se había expedido apenas en 2007, por el mismo presidente, se tenía que hacer una nueva con tanta prisa? Esto es difícil de resolver, lo cierto es que en términos de discurso político hablar de protección a las víctimas de un delito es redituable, es muy difícil que un político se niegue a otorgar una ley que dice proteger a este sector. En el caso del presidente Calderón, hay que recordar que su sexenio se caracterizó por la guerra contra el crimen organizado, ante miles de muertos y en la antesala de una catástrofe electoral en la elección presidencial, sacar una ley cuyo discurso es meter a la cárcel a los delincuentes y muchos derechos para las víctimas posiblemente era negocio.³⁶

¿Es posible tener un acercamiento a esos intereses en la redacción de la ley? la respuesta es sí. De inicio ya se mencionó en este mismo documento sobre la deficiencias dogmáticas del artículo 10 (piedra angular de la ley). Otro aspecto relevante es que la ley parece un compendio legislativo ya que es resultado de una mezcla de diversas legislaciones. Al revisarla, es posible encontrar contenido que corresponde a otros cuerpos normativos. En consecuencia, la ley

³⁵ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 205.

³⁶ La ley habla de fondos pero hasta el 2015 según la embajada de Estados Unidos: “Los fondos del gobierno para servicios especializados y refugios para las víctimas permanecieron inadecuados, y estos servicios son prácticamente inexistentes en gran parte del país, lo que deja a un número importante de víctimas ya identificadas en situación vulnerable, y propensas a mayor victimización” Consultado en: <<https://mx.usembassy.gov/es/mexico-reporte-de-trata-de-personas-2015/>>.

tiene disposiciones de derecho penal (delitos) procesales, atención y fondos para víctimas y política de prevención del delito.³⁷

De acuerdo con los conceptos de la técnica legislativa descritos por Fernández Ruiz, cuando se expide una nueva ley, esta debe ser sistémica con la legislación preexistente;³⁸ sin embargo, la ley contiene disposiciones de diversas materias que la hacen difícil de entender para las propias autoridades. Ejemplo de ello es la duda o confusión que se tenía sobre si la ley general debía aplicarse de forma directa al interior de las entidades federativas o debía ser la legislación local.

Esta confusión tuvo que ser resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante el código binario: mitad sí/mitad:

Época: Décima Época; Registro: 2006148; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 25/2014 (10a.), Página: 405

DELITOS GRAVES EN EL ESTADO DE COLIMA. EL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL PARA ESA ENTIDAD QUE LOS PREVÉ EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y DE SECUESTRO, EN SU TEXTO DERIVADO DEL DECRETO NO. 598, INVADE LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2012).

El citado precepto en su texto derivado del Decreto No. 598, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 8 de septiembre de 2012, en las porciones normativas que indican “trata de personas, previsto en el artículo 161;”, “secuestro y secuestro exprés previstos por los artículos 199 y 199 bis, respectivamente;”, así como “... y secuestro” -en la parte referida a la tentativa-, invade la esfera de atribuciones del Congreso de la Unión, pues el legislador local es

³⁷ Cfr. Víctor Manuel Rangel Cortés, *La ley contra la trata de personas en el sistema jurídico mexicano*, Comisión Contra la Trata de Personas, Senado de la República. Consultado el 29 de julio de 2018 en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/info_reformas5.pdf>.

³⁸ Jorge Fernández Ruiz, *El Poder Legislativo*, México, Porrúa-UNAM, 2004 p. 451 y 452. Paráfrasis.

incompetente para legislar en materia de trata de personas y secuestro, al haber quedado estas materias reservadas exclusivamente para el indicado órgano federal, mediante las reformas a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2009, por lo que se refiere al secuestro, y el 14 de julio de 2011, en lo relativo a la trata de personas.³⁹

¿Por que surge la problemática anterior? de la lectura del citado criterio jurisprudencial se advierte que una parte de la ley fue expedida por el Congreso de la Unión sin tener facultades para ello.⁴⁰ Una de las características de las leyes generales es que inciden en el ámbito de competencia de las entidades federativas; sin embargo, para ello se requiere que la Constitución otorgue esa facultad al Poder Legislativo Federal.⁴¹

Lo anterior derivado del numeral 26 inciso c) de la Ejecutoria correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 54/2012 que refiere:

c) De este modo, se privó a los Estados de la República de la atribución que anteriormente tenían para legislar en materia del delito de trata de personas; manteniendo sin embargo, facultades para prevenir, investigar y castigar el referido delito, conforme al régimen de

³⁹ Acción de inconstitucionalidad 54/2012. Procuradora General de la República. 31 de octubre de 2013. Unanimidad de diez votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ausente: Alberto Pérez Dayán. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

⁴⁰ *Cfr.* Fernández, Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 308.

⁴¹ La Suprema Corte de Justicia ha establecido que las leyes generales son aquellas que inciden en el ámbito de las entidades federativas. *Cfr.* Semanario Judicial de la Federación XXV, Registro: 172739, Instancia: Pleno, Materia(s): Constitucional, Tesis Aislada, Novena Época, Abril de 2007, Tesis: P. VII/2007, p. 5).

conurrencia de facultades derivado de lo establecido en la fracción XXI del artículo 73 constitucional.⁴²

En su momento, el artículo 73 constitucional solo otorgó la facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de delitos de trata de personas, pero no en materia de delitos de explotación, víctimas, política de prevención o fondos económicos.⁴³ A pesar de este problema, la ley fue expedida. Otro aspecto importante es que desde la perspectiva de la ley, la trata de personas no se limita al contenido del artículo 10, sino que incluye otras conductas delictivas que en realidad son explotación. El problema es que la ley no hace una distinción y le otorga la misma conceptualización a todo, lo cual puede implicar problemas para el diseño y aplicación de política criminal.

Además, cabe apuntar, nuevamente, que el delito de trata de personas del artículo 10 se aparta de las normas internacionales. Situación que ha derivado en observaciones por parte de Estados Unidos desde 2015 a la fecha:

[...] modificar las leyes contra la trata a nivel federal y estatal para armonizarlas con las leyes internacionales;⁴⁴

Un aspecto que llama mucho la atención es que en las dos Cámaras del Congreso de la Unión hay consenso en la necesidad de

⁴² Ejecutoria de la Acción de inconstitucionalidad 54/2012 promovida por la Procuradora General de la República, Décima Época. Pleno. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pág. 123. Registro 24831.

⁴³ El texto de la fracción XXI, párrafo primero, en el 2012 era el siguiente: “XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir leyes generales en materias de secuestro, y trata de personas, que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.”

⁴⁴ Embajada de Estados Unidos, *Reporte 2018*, *op. cit.*

reformular la ley. En el 2013 en el Senado de la República se presentó una iniciativa que contaba con el respaldo de la mayoría de los senadores. En ese mismo sentido, la reforma fue aprobada por las Comisiones legislativas involucradas. Lógicamente, el Pleno del Senado dio su aval sin votos en contra para que la reforma pasara a la Cámara de Diputados con la siguiente votación:

Tabla 1. Votación unánime en el Senado a la reforma a la ley general contra la trata. Elaborado por Víctor Manuel Rangel Cortés con datos del Senado⁴⁵

Partido	Votos a favor
PRI	46
PAN	32
PRD	16
PVEM	4
PT	5

La reforma aprobada por los senadores planteaba un cambio casi en su totalidad, la votación antes citada refleja que había consenso en ello; sin embargo, la Cámara de Diputados devolvió la reforma a la de origen con la siguiente votación:

⁴⁵ Votación del dictamen aprobado por el Pleno del Senado de la República en sesión del 12 de febrero de 2014. Consultado el 29 de julio de 2018 en: <<http://www.senado.gob.mx/index.php?watch=36&sm=3&ano=2&tp=O&np=2&lg=62&gp=TOTAL&id=2012>>.

Tabla 2. Votación por mayoría relativa en la Cámara de Diputados a la reforma a la ley general contra la trata. Elaborado por Víctor Manuel Rangel Cortés con datos de la Cámara de Diputados⁴⁶

Partido	Votos a favor	Votos en contra
PRI	162	0
PAN	2	71
PRD	51	6
PVEM	13	0
PT	9	0
PNA	5	0
MC	13	0
SP	0	0

Lo que llama la atención es que las dos Cámaras están de acuerdo en que la ley debe ser reformada. El problema, al menos en apariencia, es que cada órgano legislativo tiene su propio criterio en el cómo debe ser reformada la ley. Por esa razón la reforma fue devuelta a la Cámara de origen hasta quedar pendiente en la Cámara de Diputados.

Un punto que resalta es que con todo este ir y venir, el diputado César Camacho, coordinador de la fracción del PRI, presentó, de forma posterior, una nueva iniciativa en la que propone una nueva ley general y desechar los avances del proceso legislativo anterior ¿qué interés político había en esto? es difícil determinarlo, lo cierto es que el legislador en cita fue candidato para senador en el proceso electoral de ese mismo año. Hasta la fecha la ley contiene las mismas deficiencias con las que nació.

⁴⁶ Votación del dictamen aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados en sesión del 4 de diciembre de 2014. Fue devuelto a la Cámara de Senadores con modificaciones para los efectos para los efectos de lo dispuesto en el artículo 72, inciso e) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 29 de julio de 2018 en: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/>>.

¿En dónde está la disyunción entre las dos Cámaras? Justamente, en el debate sobre la inclusión de los medios comisivos como elemento esencial del tipo penal. Mientras que la reforma aprobada por la Cámara de Senadores los incluye de conformidad con las normas internacionales, las modificaciones de la Cámara de Diputados los elimina y redacta un tipo penal aún más ambiguo que el vigente.⁴⁷

Los intereses son importantes, la trata de personas es un tema sensible y que tiene un impacto importante en la opinión pública. Tal fue el caso de opiniones como la siguiente:

[...]

Avance insuficiente

La exdiputada y activista contra la trata de personas, Rosi Orozco, aseguró que la legislación aprobada mejora en aspectos como protección a la niñez. “Felicitó a los senadores de las comisiones que verdaderamente hicieron muchísimo por evitar el retroceso y hacer cosas que son de avance”, aseguró en entrevista con CNNMéxico. Sin embargo, informó que hay partes de la legislación que su organización Unidos contra la trata encuentra no convenientes.

“Nos preocupa que sean derogados el 19 y el 20 que vienen de la ley australiana y que son los artículos que nos permitían hacer muy fácil el acceso a la justicia para las víctimas porque si a alguien le dicen vas a ser edecán, llega y acaba en un prostíbulo, termina esto muy fácil esto en una sentencia y eso que lo hayan derogado no lo comprendemos”, dijo Rosi Orozco en entrevista.

Actualmente, el artículo 19 señala “será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión y de 4,000 a 30,000 días de multa, el que contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales y le induzca a realizarlos bajo el engaño”.

Mientras que el 20 señala que se sancionará a quien contrate aún sea lícitamente a otra para la prestación de servicios sexuales.

⁴⁷ Dicha situación puede ser corroborarse en el último dictamen aprobado por el pleno del Senado de la República el 27 de octubre de 2016 en: <<http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=66865>>.

Los legisladores consideraron que los artículos “carecen de sustento técnico y dogmático y que reproducen lo ya contemplado en otros artículos de esta ley”, por lo que pidieron eliminarlos.

Unidos contra la Trata también consideró que la modificación hecha al artículo 10 es imprecisa pues quita la oración “toda acción u omisión dolosa de una o varias personas” con lo que quita el castigo a la permisón de las autoridades. [...] ⁴⁸

Tal y como dice el citado artículo, la exdiputada fue quien encabezó la iniciativa de la cual derivó la ley vigente. Además, cuenta con una asociación importante de atención víctimas de esos delitos, lo cual puede implicar recursos públicos. De tal forma que la opinión, sin decir que sea de mala fe, carece de objetividad. Además, de que como ha señalado la Embajada de Estados Unidos en su reporte 2018, los delitos en la ley son ambiguos:

Sin embargo, la ley es demasiado ambigua, ya que establece el uso de fuerza, el fraude, y la coerción como agravantes, en lugar de situarlos como elementos esenciales del crimen de trata; asimismo, define el facilitar u obtener ganancias por la prostitución de otros, la adopción ilegal, y la posesión y distribución de pornografía infantil como formas de trata. ⁴⁹

En conclusión, el contenido de la ley general contra la trata de personas cuyo objetivo es prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas, así como la protección y asistencia a las víctimas es un sin sentido, ya que, en tanto derecho, no puede controlar su contenido ni sus efectos al estar construida a partir de los intereses de actores políticos, lo cuales construyen una realidad en torno a su eficacia.

⁴⁸ El Senado aprueba reforma a ley contra la trata que amplía tipificaciones en CNN México, México, 12 de febrero de 2014. Consultado el 15 de julio de 2018 en: <<https://expansion.mx/nacional/2014/02/12/el-senado-aprueba-reforma-a-ley-contra-la-trata-que-amplia-tipificaciones>>.

⁴⁹ Embajada de Estados Unidos en México, *Op. cit.*, p. 301.

4. CUARTA PARADOJA: SI EL DERECHO PENAL ES PREVENTIVO, ES ABUSIVO

La ley en materia de trata de personas al pretender erradicar, sancionar y prevenir, se convierte en un derecho penal violador de derechos humanos:

5. Si el derecho penal es preventivo, es abusivo. El derecho que se fundamenta en la prevención, permite que la autoridad actúe sin que haya conducta y tampoco transgresión de un mandato. Es el derecho de las dictaduras y de los estados jurídicos de excepción, porque justifica el abuso de poder. Así, ocurre con las presunciones de peligrosidad social y las detenciones por sospecha; con los arraigos; con los cateos indiscriminados de personas y domicilios; con la intervención de las comunicaciones privadas, o la denuncia anónima, entre otros.⁵⁰

Ya con anterioridad se señaló que la ley, sobre todo el artículo 10, sanciona una conducta que no es trata de personas, toda vez que al faltarle un elemento como son los medios comisivos, estamos ante otra conducta, la cual es posible que ni siquiera implique una afectación.

El sistema político ha considerado que los operativos que aparecen en la televisión o en los periódicos causan una buena impresión en la opinión pública. Lo cierto es que son operativos que violan el principio de presunción de inocencia. Como todos saben, dicho principio se traduce en que nadie puede ser juzgado o ser considerado culpable de un delito sin que se le compruebe ello en un juicio con ciertas condiciones; sin embargo, sobre todo en lugares como la Ciudad de México se realizan operativos en centros que se consideran propicios para que se lleve a cabo la trata de personas o la explotación sexual.

⁵⁰ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.* p. 202.

El principio bajo el que se realizan estos operativos es el de presunción de culpabilidad lo cual, en términos de Ferrajoli, se viola el principio garantista de “no se puede ser castigado por lo que se es, sino por lo que se ha hecho”.⁵¹ De esta forma, la autoridad investigadora llega a los centros nocturnos y detiene a todas las personas posibles. Esto incluye bailarinas, meseros, choferes y todo aquel que se encuentre dentro. Por su parte la Embajada de Estados Unidos en su reporte de 2018 señala que:

[...] verificar mediante mayor capacitación y monitoreo que a las víctimas no se les obligue a testificar contra los tratantes, ni que se les trate a ellos mismos como tratantes; [...] ⁵²

¿Por qué una víctima tiene miedo de que se la trate como un tratante? porque como todos son culpables hasta que demuestren lo contrario, entonces la calidad de víctima es contingente, esto quiere decir que aunque una personas sea víctima existe una muy alta probabilidad de que en cualquier momento se convierta en tratante. De esta manera o cuenta como número a favor en el rubro de víctimas rescatadas o en el de tratante detenido y así se construye una realidad artificial en la que, según la subjetividad de la autoridad se combate eficientemente el delito.

La ley en su afán de prevenir y erradicar, gracias a su ambigüedad permite que se inicien muchas investigaciones y procesos judiciales; sin embargo, es difícil que se dé a conocer una estadística que refiera la cantidad de personas que salieron libres por no existir elementos que comprobarán su responsabilidad en cualquiera de los diversos momentos procesales en los que existe esa posibilidad:

⁵¹ Cfr. Luigi Ferrajoli, Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional en *Crítica Penal y Poder* num: 11, OSPDH-Universidad de Barcelona 11, 2016, p. 3.

⁵² Embajada de Estados Unidos en México, *op. cit.*, p. 302.

No queda claro cuántas de estas condenas se dieron por trata tal cual la define el protocolo de la ONU del 2000, y los funcionarios no reportaron el rango de las sentencias.⁵³

La realidad es que una persona bajo investigación, privada de su libertad y, en su caso, sancionada con base en una ley ambigua, se le violan sus derechos humanos. En este caso hay que recordar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14 establece el principio de seguridad jurídica en su vertiente de taxatividad:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

En razón de lo anterior, la ley penal debe ser redactada de forma clara y precisa, la ambigüedad de la norma genera violaciones a ese principio y por ende a los derechos humanos.⁵⁴ A ello hay que

⁵³ *Idem*. Lo mismo se señala en reportes como el publicado por HIP Una mirada desde la sociedad civil a la trata de personas en México Coord. Mónica Salazar, Edición Dana Preston y Marcela Buzo: “en no todas han sido sentenciadas como tratantes, en realidad muchas de ellas han sido absueltas por falta de pruebas” p. 13.

⁵⁴ De acuerdo con Roxin: “la prohibición de preceptos penales, indeterminados no sólo concuerda con el tenor literal de la Constitución, sino que se corresponde por completo igualmente con la finalidad del principio de legalidad. Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano

sumar el hecho de que para reflejar sus resultados, la ley general en materia de trata de personas requiere ser materializada, es decir, para decir que hay una lucha contra los tratantes se requiere construir al supuesto tratante y encarcelarlo. De ahí su naturaleza represora.

Consecuentemente, la ley general en materia de trata de personas dados su objetivos políticos de prevenir y erradicar el delito, es un derecho penal construido para justificar las políticas públicas represivas y violadoras de derechos humanos que construyen un mundo artificial en el que se combate con eficacia la trata de personas.

5. QUINTA PARADOJA: EL ESTADO DE EXCEPCIÓN ES LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO, POR EL DERECHO MISMO

La paradoja anterior deriva en la posibilidad de que los derechos humanos sean suspendidos de forma arbitraria por el mismo derecho:

El estado de excepción constituye una circunstancia en que los derechos de los ciudadanos desaparecen, en virtud del mismo derecho, para dejar vigente sólo los derechos de los dominantes. Por ello, el derecho legitima a los grupos hegemónicos, se impone a toda la sociedad como único derecho en nombre de la libertad, de la seguridad y de la democracia, aunque los ciudadanos carezcan de todas ellas.⁵⁵

La ambigüedad que ya se ha señalado en el delito de trata de personas, artículo 10, implica que al violarse el principio de segu-

de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo; no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad». Cfr. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 345.

⁵⁵ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 202.

ridad jurídica, entonces cualquier investigación, juicio y sentencia dictada con base en esa premisa viola los derechos humanos. Pero a ello hay que sumar que los delitos contenidos en la ley se persiguen de oficio y de acuerdo con el artículo 19 constitucional procede la prisión preventiva de la libertad de forma oficiosa.

De esta manera, es factible quitar su libertad a personas que sin cometer delitos de trata de personas conforme a las normas aceptadas en todo el mundo, puede ser encarcelada, pero esta privación no puede ser considerada ilegal porque la propia Constitución prevé esa violación. Adicionalmente, hay que tomar en cuenta que la trata de personas puede ser investigada y procesada en términos de la Ley Federal de Delincuencia Organizada. Si esto último sucede, entonces proceden medidas de excepción que pueden ser identificadas como un derecho penal del enemigo como el arraigo, la intervención de comunicaciones:

[...] Particularidades típicas del Derecho penal de enemigos son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificados los tipos de ceración de organizaciones criminales o terroristas (129 y 129 a StGB), o de producción de narcóticos por bandas organizadas (30 I 1 y 31 I 1 BtMG); 2) falta de una reducción de la pena proporcional de dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por su puesto aplicando la aminoración de la tentativa (SS 129 a II, 211 I y 49 I 1 StGB) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa prevista para los demás delitos de asociaciones terroristas; 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica [...] 4) supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico.⁵⁶

⁵⁶ Jakobs Gunther, *Moderna Dogmática penal*, México, Porrúa, 2006, p. 735 y 733.

La existencia de esta legislación ha encontrado su justificación en un discurso político cuyo eje central es la protección de la víctima, aunque no la proteja.⁵⁷ Esto quiere decir que el afectado por el delito sirve como un mecanismo de terapia de *shock* para que la sociedad conmovida por la situación de las víctimas, acepte y vea con beneplácito la suspensión de sus derechos aún y cuando lo que se pretenda sea perseguir simples sospechosos.⁵⁸

En consecuencia, la ley general contra la trata de personas es un discurso que gracias a los intereses del sistema político crea un estado de excepción que se traduce en la suspensión de los derechos humanos de quienes resultan simples sospechosos de cometer un tipo penal ambiguo y con ello se viola el principio de presunción de inocencia.

6. SEXTA PARADOJA: EL DERECHO SE PUEDE HACER Y EJERCER, COMO TERRORISMO JURÍDICO

Gracias a su ambigüedad y al estado de excepción determinado por la ley general contra la trata de personas, las autoridades promueven políticas públicas basadas en el miedo del sector que resulta sospechoso de ser tratante:

7. El Derecho se puede hacer y ejercer, como terrorismo jurídico, por parte de sus operadores en el gobierno, en nombre del principio de inocencia. Los legisladores, los ministerios públicos y los jueces al servicio de los grupos hegemónicos han logrado construir y aplicar

⁵⁷ Reporte 2017 de la Embajada de Estados Unidos: El gobierno identificó menos víctimas y prestó servicios especializados limitados a las víctimas de trata identificadas. Los albergues siguieron siendo insuficientes para la magnitud del problema y no había servicios para las víctimas en gran parte del país, por lo que algunas víctimas eran vulnerables a ser explotadas nuevamente.

⁵⁸ Cfr. Naomi Klein y Isabel Fuentes García, *La doctrina del shock: el auge del capitalismo del desastre*, Barcelona: Paidós, 2007, p. 7-10.

un derecho de excepción permanente frente al cual los ciudadanos quedan desnudos de derechos, gracias al mismo derecho.⁵⁹

En la paradoja anterior, se decía del estado de excepción legalizado, pero ello no solo queda en el contenido de la ley, sino que de esa manera los operativos policiales que violan los derechos humanos de los sospechosos adquieren la cualidad de ser legales y con ello se legitiman dichos abusos de poder. Entonces, tales operativos se basan en el miedo.

Este miedo se ve reflejado en la propia víctima. De acuerdo con la Embajada de Estados Unidos en México las víctimas de trata:

[...] tuvieron miedo de identificarse como tales, y pocas presentaron denuncias o ayudaron en investigaciones y juicios por temor a represalias de los tratantes, la carencia de servicios especializados y la falta de confianza en las autoridades. Si bien las leyes mexicanas protegen a las víctimas contra la penalización por actos ilícitos cometidos como consecuencia directa de su sometimiento a la trata, las ONG informaron que, en la práctica, las víctimas acababan siendo detenidas o sancionadas ilegalmente por algunos funcionarios.⁶⁰

Para la persona que es considerada víctima su primer miedo es al tratante, lo cual puede resultar hasta cierto punto lógico. La pregunta es ¿por qué a la autoridad? como se señala en la cita anterior, las víctimas terminan por ser detenidos o sancionados, es decir, la investigación se da en términos de: si no eres víctima, entonces eres tratante. Evidentemente, en casos como este la reacción de la víctima se basa cognitivamente en el miedo a ser detenido, por lo tanto prefiere ser víctima:

Según alegaron algunas personas dedicadas a la prostitución en la Ciudad de México, las autoridades las detenían y las obligaban a firmar declaraciones de acusación por trata contra detenidos, lo que suscitó gran preocupación por las tácticas de las fuerzas del or-

⁵⁹ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 203.

⁶⁰ Embajada de Estados Unidos, *op. cit.*

den para conseguir pruebas. Varias ONG también informaron que las autoridades a menudo traumatizaban nuevamente a las víctimas por su falta de sensibilidad.⁶¹

Lo grave es que la política pública construye víctimas, esto quiere decir que la autoridad las crea aunque, no necesariamente existen para justificar sus acciones. Pero cuando se construye una categoría, también se construye a su contraparte, por ejemplo, si digo que algo es legal, debe existir lo ilegal y se crea el código: legal/ilegal. Igualmente, si invento que hay una víctima, entonces al mismo tiempo se construye la categoría del victimario. Por ello, estos operativos están enfocados en la construcción cognitiva de víctimas y tratantes.

Como la ley es represiva y la política criminal también, los resultados arrojados por las autoridades en su combate son medidos con base en el número de investigaciones, detenidos y procesos judiciales que se inician y las detenciones se convierten en herramientas mediáticas.⁶² Por ello, Estados Unidos entre sus recomendaciones señala que México debe “intensificar las labores para investigar y enjuiciar a los sospechosos de delitos de trata y condenar a los tratantes, en especial por delitos de trabajo forzado”.⁶³

No extraña, entonces, que uno de los rubros importantes en el informe anual que debe presentar la Comisión Intersecretarial para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de la SEGOB tiene que ver con investigaciones y procesos judiciales. A pesar de lo alentadoras que resultan, tales cifras pueden ser esquizofrénicas dado que los datos presentados no coinciden entre

⁶¹ *Idem.*

⁶² Majo Siscar, Más detenciones pero menos responsables de trata en el DF en Animal político, México, Ciudad de México 12 de agosto de 2014 en: <<https://www.animalpolitico.com/2014/08/mas-detenciones-pero-menos-responsables-de-trata-en-el-distrito-federal/>>.

⁶³ Embajada de Estados Unidos, *Op. cit.*

las diversas instituciones y supervisión de la Auditoría Fiscal de la Federación.⁶⁴

Por lo tanto, la Ley General en materia de trata de personas, por su ambigüedad y al estado de excepción determinado por ella promueven la aplicación de políticas públicas que basadas en el miedo construyen víctimas y victimarios dentro del sector que se considera puede estar vinculado con la trata de personas.

7. SÉPTIMA PARADOJA: EL PODER Y EL DERECHO ENTRAN EN UNA RECURSIVIDAD QUE LOS IMPLICA A LOS DOS

La ley general contra la trata de personas reproduce y legitima poder, lo que implica el derecho a castigar.

9. El poder y el derecho entran en una recursividad que los implica a los dos. El poder inventa la ideología-derecho que le sirve para su legitimación y su reproducción. El poder produce derecho, tanto cuanto el derecho re-produce poder, en una interacción recursiva que los conjunta en el derecho a castigar.⁶⁵

Lo anterior se traduce en que el derecho está vinculado con la clase poderosa que lo produce. De esta manera, el derecho no se crea para beneficio de los ciudadanos, en términos de democracia. Lo que sucede es que el derecho es creado para legitimar al poderoso a llevar a cabo acciones violentas pero legítimas gracias al propio derecho.

Ya antes se había dicho en la segunda paradoja que la ley está construida a partir de los intereses políticos de quien la creó. Ahora, hay que agregar que no solo es la construcción epistemológica en la

⁶⁴ Cfr. Adriana Dávila Fernández, *Análisis del Informe 2015 de la Comisión Intersecretarial para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas*. Consultado en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/presentacion.pdf>.

⁶⁵ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 205.

construcción de la ley, sino de a quién se dirige la ley. De esta forma, los objetivos de la ley no están encaminados a resolver un problema social, sino a legitimar a quienes ocupan posiciones de poder y sus acciones represivas:

CIUDAD DE MÉXICO (apro).- El secretario de Gobernación, Alfonso Navarrete Prida, anunció la creación de un operativo similar al del Escudo Titán, con el fin de capturar a las personas dedicadas a la trata de personas en varios estados del país, principalmente en los del sureste, donde —dijo— este delito se ha agravado.

En conferencia de prensa, realizada con motivo del Día Mundial contra la Trata de Personas, también señaló que acaba de instruir a diversas áreas de la dependencia que encabeza, relacionadas con seguridad y migración, a “coordinar esfuerzos” y realizar “acciones más contundentes” para combatir la trata de personas.⁶⁶

Esta clase de acciones son importantes para el sistema político por efecto cognitivo que tienen en la opinión pública. Así, aunque se viole el principio de presunción de inocencia de los detenidos, la sociedad puede percibir que el Gobierno sí hace algo efectivo para erradicar la trata de personas, es decir, las acciones ahí están:

Los constructores del derecho lo muestran como un conjunto de normas cuyo contenido es bien intencionado y democrático, pero dado que es ideología, hay que valorarlo por los resultados latentes y reales que alcanza, más que por la posible bondad que declara su texto.⁶⁷

Ya se ha comentado que la ley no cumple con sus objetivos. De hecho es muy probable que nunca los cumpla dada la complejidad y magnitud del problema. No obstante, el tema sí es utilizado para los efectos de propaganda política que se requieren para construir esa realidad artificial en donde sí se combate al delito:

⁶⁶ Rodrigo Vera, Navarrete Prida anuncia operativo contra la trata de personas en Proceso, México, 31 de julio de 2018. Consultado en: <<https://www.proceso.com.mx/545145/navarrete-prida-anuncia-operativo-contra-la-trata-de-personas>>.

⁶⁷ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, p. 205.

Con motivo de la conmemoración del Día Mundial contra la Trata de Personas, la Secretaría de Gobernación a través de la Comisión Intersecretarial para Prevenir Sancionar y Erradicar los Delitos de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos en conjunto con otras Dependencias y Organizaciones de la Sociedad Civil, han organizado diversos eventos, con el fin de generar conciencia y difundir información acerca este tema; entre los que se encuentran, la develación de un Boleto Conmemorativo del Sistema de Transporte Colectivo (METRO), Conversatorio: Intervención en la Trata de Personas en México, el Ciclotón de la Ciudad de México, una Feria informativa, Cultural y Deportiva, la cancelación de un Timbre Postal y el Sorteo Mayor de la Lotería Nacional con un Billeto Conmemorativo.⁶⁸

De hecho si se revisan las estadísticas que año con año presenta la Comisión Intersecretarial en la materia, se observa que en México sí se llevan a cabo acciones para avanzar en el problema. Pero, entonces, al subsistir e incluso aumentar los casos de trata de personas en México, quiere decir que tales acciones no tienen el efecto social deseado; sin embargo, el discurso político insiste en acciones simbólicas como la del billete de lotería y las otras mencionadas en la cita anterior.

Por ello, es posible decir que la ley general contra la trata de personas reproduce y legitima poder, lo que implica el derecho a castigar. Es una ley que legitima el abuso del poder por el cual se violan los derechos humanos tanto de inculpadados como de víctimas:

No obstante, el gobierno no cumplió con las normas mínimas en varios ámbitos. La complicidad de las autoridades siguió siendo un grave problema que, en gran medida, seguía sin abordarse. El gobierno identificó menos víctimas y prestó servicios especializados limitados a las víctimas de trata identificadas. Los albergues siguieron siendo insuficientes para la magnitud del problema y no había

⁶⁸ SEGOB, ¿Sabías que existe un día mundial contra la #TrataDePersonas? 29 de julio de 2018. Consultado en: <<https://www.gob.mx/segob/articulos/sabias-que-existe-un-dia-mundial-contra-la-tratadepersonas?idiom=es>>.

servicios para las víctimas en gran parte del país, por lo que algunas víctimas eran vulnerables a ser explotadas nuevamente.⁶⁹

En conclusión, La ley contra la trata de personas y el poder entran en una recursividad que los implica a los dos y los convierte en la misma cosa, toda vez que su discurso está orientado a legitimar las acciones simbólicas del sistema político.

8. OCTAVA PARADOJA: EL DERECHO ES IDEOLOGÍA Y POR LO TANTO OCULTA SU ORIGEN COMO CONSTRUCTOR DE PAUTAS PARA EXCLUIR

La ley contra la trata de personas como es represiva impone pautas de exclusión para seleccionar a aquellas personas que pueden ser detenidas y sujetas a un proceso, por ejemplo bailarinas, trabajadores de centros nocturnos y criminaliza pobreza:

10. El derecho es ideología y por lo tanto oculta su origen como constructor de pautas para excluir. Por ello es un sistema que no puede ser democrático, porque para ser, requiere construir a su contrario, como no ser. Para existir la norma-lidad, se tiene que inventar la a-normalidad.⁷⁰

Ya con anterioridad en la sexta paradoja, se dijo que derivado del contenido la ley y la necesidad de contar con estadísticas a favor, la autoridad emplea políticas represivas en las que trabajadores de centros nocturnos, bailarinas y, en general personas que trabajan en lugares etiquetados como propicios para la trata de personas y

⁶⁹ El gobierno disminuyó las labores de protección, ya que identificó menos víctimas y prestó servicios especializados limitados a las víctimas de trata identificadas. Fuentes oficiales indicaron haber identificado a 740 víctimas de la trata en 2016: de ellas, 707 habían sido sometidas a la trata sexual, 15 al trabajo forzoso, 14 a la delincuencia forzosa, dos a condiciones de esclavitud, una a esclavitud y una a mendicidad forzada. *Cfr.* Embajada de los Estados Unidos en México, *op. cit.*

⁷⁰ Augusto Sánchez Sandoval, *op. cit.*, 209.

explotación sexual a quienes se les viola su derecho de presunción de inocencia.

El problema no queda ahí, sino que existen otros casos en dónde se criminaliza la pobreza. Así, las autoridades detienen a prostitutas y a migrantes como si fueran tratantes o explotadores.⁷¹ Lo anterior coincide con lo señalado por HIP, cuyo estudio refiere que existen agricultores que por la necesidad de trabajo aceptan condiciones laborales menores a las establecidas por la Ley Federal del Trabajo y que la ley les considera víctimas de trata aunque en realidad no hay delito alguno en razón de que el trabajador es libre y está consciente de las condiciones laborales.⁷²

De esta manera, las políticas públicas derivadas de la ley en materia de trata de personas son represivas, pero además establecen pautas de exclusión ya que tal represión está enfocada a ciertos sectores de sociales en dónde es más fácil la construcción discursiva de víctimas o tratantes.

IV. COMENTARIO FINAL

En este documento se ha comprobado que la hipótesis de que la ley general en materia de trata de personas es una paradoja ya que le da sentido a la fallida política criminal en materia de trata de personas la cual viola derechos humanos y no resuelve la problemática.

La ley general en materia de trata de personas pertenece al mundo del deber ser, lo que implica solo la creación de expectativas cuya materialización es contingente al estar referidas al futuro y por ello no cumple sus objetivos sobre erradicación, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas.

Además, cómo cualquier ley, su construcción está sometida y determinada por intereses políticos. La consecuencia es que el delito de trata de personas está mal definido; sin embargo, aunque a ley

⁷¹ Embajada de los Estados Unidos en México, *op. cit.*

⁷² Hispanics in philanthrop, *op. cit.*, p. 12.

flexibilizó su redacción para facilitar las investigaciones, no cumple con sus objetivos sobre erradicación, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas.

Por ello, su contenido y sus resultados son un sin sentido, ya que, en tanto derecho, no puede controlar su contenido al estar construida a partir de los intereses de actores políticos, lo cuales construyen una realidad en torno a su eficacia. Lo que sí hay es un derecho penal que legaliza las políticas públicas represivas y violadoras de derechos humanos, pero esa artificialidad es buena porque en ella se combate con eficacia la trata de personas, aunque a la vista de todos hay trata y explotación en todos lados.

Si no se previene y erradica el delito, si no se atiende a las víctimas como la ley mandata, si muchas víctimas son construidas gracias al miedo, si los sospechosos son detenidos en una franca violación a los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia y, además, la ley es excluyente, entonces su existencia no tiene sentido más que como reproductora de poder.

V. CONCLUSIONES

Se ha comprobado la hipótesis de que: La Ley General en materia de trata de personas es una paradoja ya que le da sentido a la fallida política criminal en materia de trata de personas la cual viola derechos humanos y no resuelve la problemática por las siguientes paradojas:

PRIMERA: La ley general contra la de trata de personas pertenece al mundo del deber ser, lo que implica solo la creación de expectativas cuya materialización es contingente al estar referidas al futuro y por ello no puede garantizar el cumplimiento de sus objetivos sobre erradicación, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas.

SEGUNDA: El delito de trata de personas contenido en la ley general está mal definido toda vez que fue creado con base en los inte-

reses de los actores políticos que la crearon; sin embargo, aunque a ley flexibilizó la descripción típica del delito de trata para facilitar las investigaciones, no cumple con sus objetivos sobre erradicación, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas.

TERCERA: El contenido de la Ley general contra la trata de personas cuyo objetivo es Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas es un sin sentido, ya que, en tanto derecho, no puede controlar su contenido al estar construida a partir de los intereses de actores políticos, lo cuales construyen una realidad en torno a su eficacia.

CUARTA: La ley general contra la trata de personas dados su objetivos políticos de prevenir y erradicar el delito, es un derecho penal construido para justificar las políticas públicas represivas y violadoras de derechos humanos que construyen un mundo artificial en el que se combate con eficacia la trata de personas.

QUINTA: La ley general contra la trata de personas es un discurso que gracias a los intereses del sistema político crea un estado de excepción que se traduce en la suspensión de los derechos humanos de quienes resultan simples sospechosos de cometer un tipo penal ambiguo y con ello se viola el principio de presunción de inocencia.

SEXTA: La Ley general contra la trata de personas, por su ambigüedad y al estado de excepción determinado por ella promueven la aplicación de políticas públicas que basadas en el miedo construyen víctimas y victimarios dentro del sector que se considera puede estar vinculado con la trata de personas.

SÉPTIMA: La ley general contra la trata de personas y el poder entran en una recursividad que la implica con el poder y lo convierte en la mismo cosa, toda vez que su discurso está orientado a legitimar las acciones simbólicas del sistema político.

OCTAVA: Las políticas públicas derivadas de la ley en materia de trata de personas son represivas, pero además establecen pautas de

exclusión ya que tal represión está enfocada a ciertos sectores de sociales en dónde es más fácil la construcción discursiva de víctimas o tratantes.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, John, *El mito de la transición democrática*, México, Planeta, 2015.

Amnistía Internacional, Informe 2017/18: La situación de los derechos humanos en el mundo. Consultado el 15 de julio de 2018 en: <<https://www.amnesty.org/es/latest/research/2018/02/annual-report-201718/>>.

ÁVILA, María Elena, *et al.*, Victimización, percepción de inseguridad y cambios en las rutinas cotidianas en México en *Revista de Saúde Pública*, 50, 60. Epub October 03, 2016.

Amparo en revisión 79/2012. 28 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretaria: María del Carmen Campos Bedolla.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.

———, El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 16 Enero - Junio 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

———, *La crisis del sistema electoral mexicano: a propósito del proceso electoral 2012*, México, UNAM, 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Reporte Situación de derechos humanos en México 2015*, CIDH.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México*, México, CNDH, 2013.

COONEY, Paul, Dos décadas de Neoliberalismo en México: resultados y retos en *Novos Cadenos*, NAEA, volumen 11, num. 2.

- DÁVILA FERNÁNDEZ, Adriana, *Análisis del Informe 2015 de la Comisión Intersecretarial para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas*. Consultado en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/presentacion.pdf>.
- Embajada de Estados Unidos en México, *Reporte sobre Tráfico de Personas 2018*, Consultado el 20 de julio de 2018 en: <<https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>>.
- , *Reporte sobre Tráfico de Personas 2017*. Consultado el 20 de julio de 2018 en: <<https://mx.usembassy.gov/es/our-relationship-es/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/>>.
- ESTRADA MICHEL, Rafael, Prologo en *Aspectos sociales y culturales de la trata de personas en México*, Coord: Casillas, Rodolfo R. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *El Poder Legislativo*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional en *Crítica Penal y Poder* num: 11, OSPDH-Universidad de Barcelona 11, 2016.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Ejecutoria de la Acción de inconstitucionalidad 54/2012 promovida por la Procuradora General de la República, Décima Época. Pleno. Febrero de 2014, Tomo I, Pág. 123. Registro 24831.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto *Criminología*, México, Porrúa, 2013.
- GUNTHER, Jakobs, *Moderna Dogmática penal*, México, Porrúa, 2006.
- HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, Pena y Estado, Jurídica Conosur, 1995.
- Hispanics in philanthrop, *Una Mirada desde las organizaciones de la sociedad civil a la Trata de personas en México*, Coord. Mónica Salazar, HIP, Consultado en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/trata.pdf>.
- KLEIN Naomi y FUENTES GARCÍA, Isabel, *La doctrina del shock: el auge del capitalismo del desastre*, Barcelona: Paidós, 2007.

- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México: Herder - Universidad Iberoamericana, 2005.
- NAFARRETE TORRES, Javier, *Niklas Luhmann, La política como sistema*, México: Universidad Iberoamericana, 2009.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *El derecho penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales)* en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/16.pdf>>.
- ONUDC Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Human Trafficking*, Consultado el 18 de julio de 2018 en: <<https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html>>.
- , *Informe Global sobre Trata de Personas 2016*, Viena, ONU, 2016.
- , *Checklist Criminalization of Human Trafficking under the Protocol*: <<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Checklist%20-%20criminalization%20under%20the%20Protocol.pdf>>.
- , *Human Trafficking*: <<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html?ref=menuside>>.
- POLAINO Y ORTS, Criminalidad organizada: fundamentos dogmáticos y límites normativos (con referencia a la Ley Federal mexicana contra la delincuencia organizada) en: *Criminalidad organizada, formas de combate mediante el derecho penal*, México, Flores.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- RANGEL CORTÉS, Víctor Manuel, *La ley contra la trata de personas en el sistema jurídico mexicano*, Comisión Contra la Trata de Personas, Senado de la República. Consultado el 29 de julio de 2018 en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/info_reformas5.pdf>.
- SCJN, Acción de inconstitucionalidad 54/2012. Procuradora General de la República. 31 de octubre de 2013.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM, 2013.

———, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, México, UNAM-FES Acatlán, 2012.

Semanario Judicial de la Federación XXV, Registro: 172739, Instancia: Pleno, Materia(s): Constitucional, Tesis Aislada, Novena Época, Abril de 2007, Tesis: P. VII/2007, p. 5).

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XV, Época: Décima Época, Registro: 2002428, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Diciembre de 2012, Tomo 2, Materia(s): Penal, Tesis: I.9o.P.21 P (10a.) Página: 1580.

2. HEMEROGRAFÍA

CNNMéxico, El Senado aprueba reforma a ley contra la trata que amplía tipificaciones en CNN México, México, 12 de febrero de 2014. Consultado el 15 de julio de 2018 en: <<https://expansion.mx/nacional/2014/02/12/el-senado-aprueba-reforma-a-ley-contra-la-trata-que-amplia-tipificaciones>>.

MONROY, Jorge, Acusan regresión en Ley de trata en El Economista, Ciudad de México, 01 de enero de 2017. Consultado el 29 de julio de 2018: <<https://www.eleconomista.com.mx/politica/Acusan-regresion-en-Ley-de-Trata-20170101-0084.html>>.

OROZCO, Rosi, Avances contra la trata, Milenio, México, Ciudad de México, 08 enero de 2016, Consultado el 29 de julio de 2018 en: <<http://www.milenio.com/opinion/rosi-orozco/columna-rosi-orozco/avances-contra-la-trata>>.

TORRES Rubén y MONROY Jorge, México sin cifras precisas sobre trata en El economista, México, Ciudad de México, 30 de julio de 2017,. Consultado en: <<https://www.eleconomista.com.mx/politica/Mexico-sin-cifras-precisas-sobre-trata-20170730-0073.html>>.

VERA, Rodrigo, Navarrete Prida anuncia operativo contra la trata de personas en Proceso, México, 31 de julio de 2018. Consultado en: <<https://www.proceso.com.mx/545145/navarrete-prida-anuncia-operativo-contra-la-trata-de-personas>>.



VISIÓN RESTROPECTIVA DE LA NUEVA LEGISLACION DE MINERIA DE 1892

ENRIQUE GARCIA Y MOISÉS¹

RESUMEN: Es un texto monográfico que versa sobre la Legislación Minera de 1892, promulgada por el gobierno de Porfirio Díaz. (1876- 1880-1884-1911) la ley tenía como esencia que daba a perpetuidad la Posesión de las minas, lo cual significaba una renuncia tácita por parte del gobierno a la soberanía del suelo en perjuicio de la nación.

Se van haciendo comentarios sobre los artículos principales de la legislación, y se da una explicación de las razones que tuvo el gobierno al promulgar dicha ley.

PALABRAS CLAVES: *Minería, Legislación, Capital, Tecnología, Soberanía.*

ABSTRACT: It is a monographic text that deals with the Mining Legislation of 1892, promulgated by the government of Porfirio Díaz. (1876-1880-1884-1911) the law had as essence that gave in perpetuity the possession of the mines, which meant a renunciation tacitly on the part of the government to the sovereignty of the soil in perjuries of the nation.

Comments are made on the main articles of the legislation, and an explanation of the reasons that the government had when issuing said law is given.

KEYWORDS: *Mining, Legislation, Capital, Technology, Sovereignty.*

¹ Licenciado y Maestro en Historia de México por la Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, Doctor en Estudios Latinoamericanos por la misma institución, profesor de tiempo completo en el Programa de Economía de la FES Acatlán, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, tutor de posgrado en los programas de Economía, Ciencias Políticas y Derecho de la UNAM, autor de varios libros de su especialidad. <enriquegarciamoisés@yahoo.com.mx>.

SUMARIO: I Contexto histórico. II La nueva legislación de minería de 1892. 1 Título I. de las minas y de la propiedad minera. 2 Título II. De las exploraciones, pertenencias y concesiones mineras. 3 Título III. De los modos de adquirir las concesiones mineras. 4 Título IV. Disposiciones generales. 5 Título V. Disposiciones transitorias. 111 Conclusiones. IV Fuentes. Anexo

I. CONTEXTO HISTÓRICO

La minería siempre había sido una actividad que demanda grandes recursos de inversión de capital, tecnología que hoy llamamos de punta, pero desde el dominio colonial español se había explotado de forma extensiva y no intensiva, lo cual provocaba inmensos desperdicios.

La falta de capitales, de tecnología para su explotación siempre ha sido y será el problema de la minería, una actividad de alto riesgo, la localización de una línea de veta no garantiza que exista en realidad una veta importante.

Si se escarbaba y se profundizaba era necesario apuntalar para evitar un derrumbe, pero igualmente los gases venenosos y el peligro de una inundación podían dar al traste con la exploración y por consiguiente llevar a la quiebra al inversor o inversores.

De ahí que los españoles en el periodo colonial se dieran el lujo de solamente realizar excavaciones superficiales y extensivas. Pero después de la independencia del dominio español, el país no contaba con los recursos propios para la explotación minera.

De 1821 a 1884 se permitió la entrada de capitales mineros ingleses y franceses a los cuales se les permitió la explotación sin prácticamente ninguna regulación legal. Solo teniendo ordenanzas mineras de 1783. Aunque hubo el episodio del malogrado Imperio de Maximiliano que había cedido la explotación minera al capital francés sobre todo las minas de Sonora (1864-1867).

Tomando en consideración que el país necesitaba los recursos impositivos derivados de la explotación minera para sostener la Ha-

cienda Pública, el sistema monetario basado en la plata (hasta 1906) se entiende el temor del gobierno porfirista de que las inversiones mineras disminuyeran por la explotación minera en África.

Solo así se explica que en la Legislación Minera de 1892 diera la concesión a perpetuidad que aseguraba recursos a largo plazo para el erario. Si era una renuncia a la soberanía sobre el recurso minero por parte de la nación, ante la imposibilidad de hacerlo con sus propios medios.

El concepto de propiedad de la nación del gobierno porfirista no había madurado lo suficiente todavía para comprender lo importante que era para un país el manejo autónomo de sus recursos naturales, sin embargo el proceso se venía gestando tal vez no con la rapidez que se esperará de un país que había logrado con muchas dificultades ser considerado como una economía importante para el mundo industrializado.

II LA NUEVA LEGISLACIÓN DE MINERÍA DE 1892

En ese sentido la “Nueva Legislación de Minería” (en adelante NLM) promulgada el 26 de abril de 1892, es un intento del gobierno de Díaz de tratar de reglamentar tal actividad.

La ley comprende V títulos con 32 artículos, el título V está dedicado a las disposiciones transitorias que suman 6 más uno único.

Para hacer más sencilla su exposición tomemos las más interesantes, haciendo sus respectivos comentarios.

1 TÍTULO I. DE LAS MINAS Y DE LA PROPIEDAD MINERA

El artículo 1, daba por sentado que la actividad minera en el país se podía regular por las facultades constitucionales.

El artículo 2 advertía que la actividad minera no puede ser explotada sin una concesión, para prevenir posibles daños a los trabajadores y la estabilidad del suelo.

Es interesante observar que ya había un interés del gobierno por la seguridad del trabajo de los mineros y que las compañías hicieran los estudios pertinentes antes de explotar una mina, para que el riesgo de derrumbes fuera menor, y no la abandonaran al ocurrir estos incidentes.

El artículo 3 listaba cuáles eran las sustancias minerales para las cuales se requería de la concesión.

“A. Oro; platino; plata; mercurio; hierro; excepto el de pantanos, el de acarreo y los ocre que se exploten como materia colorante; plomo; cobre; estaño, excepto el de acarreo; zinc; antimonio; níquel; cobalto, manganeso; bismuto y arsénico; ya se encuentren en estado nativo o mineralizadas.

“B. Las piedras preciosas, la sal gema, el azufre”.²

Resulta evidente que los minerales del inciso “A” eran los más importantes para el gobierno por su valor intrínseco y su demanda por el mercado internacional, pero sobre todo en el caso del oro, el platino y la plata porque conformaban una parte de las reservas metálicas base del valor de la moneda.

Pero el Art. 4, contiene algo muy especial, a la letra dice: “El dueño del suelo explotará libremente, sin necesidad de concesión especial en ningún caso, las sustancias minerales siguientes:

“Los combustibles minerales. Los aceites y aguas minerales. Las rocas del terreno, en general, que sirven ya como elementos directos, ya como materias primas para la construcción y la ornamentación...”.³

A riesgo de equivocarnos, por aceites se entendía y comprendía el petróleo, que todavía no tenía la importancia que años más tarde tendría para la industria mundial y por consiguiente no se valoraba por el gobierno. Es más el petróleo era visto por las compañías

² *Nueva Legislación Minera*, México, Secretaría de Fomento, 1892, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 3.

mineras como un problema ya que al inundar las minas, hacia casi imposible su explotación, y muchas veces las abandonaban.

Cuando las compañías inglesas adaptaron las bombas de extracción el problema pudo reducirse, de ahí el interés del gobierno porfirista de que no se abandonaran las minas y para coadyuvar a resolver el problema, las compañías que utilizaran bombas podían reducir sus costos de las mismas de los impuestos pagados a la hacienda pública.

De hecho el artículo 4 no hacía más que reafirmar lo que en el Código de minería de 1884 ya se había enunciado en el sentido que se reconocía “de la exclusiva propiedad del dueño de la superficie... carbón, de piedra, calizas, pizarras, pórfidos, basaltos, piedra de construcción, tierras, arcillas, arenas y demás sustancias análogas: el petróleo, los gases, las aguas termales y otras”.⁴

La necesidad de que la actividad minera no se detuviera ya que era uno de los afluentes económicos del Estado, explica el sentido del Art. 5. “La propiedad minera legalmente adquirida y la que en lo sucesivo se adquiriera con arreglo a esta ley, será irrevocable y perpetua, mediante el pago del impuesto federal de propiedad, de acuerdo con las prescripciones de esta ley”.⁵

Es interesante este artículo porque rompe con el mito de que la concesión minera para los extranjeros (nótese que en los artículos no hay distinción entre nacionales o extranjeros) era de 99 años, sino que aquí se asienta que es perpetua e irrevocable en el entender que el gobierno de ese momento o posteriores no lo podrían hacer, dando así seguridad a la propiedad para el inversionista.

Este artículo 5 y el anterior el 4, al triunfo del movimiento revolucionario daría pie para que las compañías mineras extranjeras entablaran una discusión fuerte con los gobiernos pos revolucionarios,

⁴ Cossío, José L., *Apuntes para la historia de la propiedad en México*, México, [s/e], 1917, p. 21.

⁵ *Nueva...*, p. 4.

ya que alegaban que sus posesiones mineras no podían ser afectadas por un nuevo orden legal emanado de la Constitución de 1917.

Este diferendo legal estuvo en varias ocasiones a punto de llegar a convertirse en una ruptura violenta que amenazaba en ser bélica al involucrar a sus gobiernos. Esto es porque las compañías mineras al descubrirse la utilidad del petróleo exigían también su derecho de posesión sobre este recurso, y aunque carecían de la experiencia para explotar el petróleo y sabían que no tenían ni el capital ni la tecnología para hacerlo tenían planes para su concesionar las minas a las nuevas compañías petroleras y obtener así cuantiosas ganancias, la Ley Minera no prohibía la su concesión.

Una paradoja de esta NLM es que al Artículo. 7 daba la propiedad de la mina respecto al subsuelo y de la superficie de la misma, pero no previa la extensión de la superficie, dando la posibilidad a la compañía de adquirir tierras donde se encontraba la boca de la mina y aún de comprar tierras colindantes, pero a su vez el Artículo. 9 daba la propiedad sobre el agua que emanará de las minas, pero ya en las superficie, el curso de las aguas quedaría sujeto a “las prescripciones de las leyes comunes en cuanto a los derechos de los propietarios de los terrenos por donde se dé curso a las mismas aguas”.⁶

Esto en la realidad generó no pocos enfrentamientos por los derechos del agua entre las compañías mineras y los dueños de terrenos, obligando al gobierno federal a dar derechos por el curso del agua de manera parcial, es decir por donde pasará el agua.

Existe otro elemento importante a considerar y que resulta un cuanto tanto difícil de comprender y que podríamos denominar sobre determinación de la propiedad, expliquemos, el gobierno daba mayor preferencia a la explotación minera que a la propiedad de la tierra y resultaba que si se descubría que en una propiedad había una nueva mina, y el poseedor de la tierra no tenía recursos para

⁶ *Ibid.*, p. 4.

explotarla, el gobierno podía dar la concesión a una compañía que podría negociar la compra del terreno al poseedor, si es que necesitaba una mayor extensión de tierras para sus instalaciones, el precio del terreno se concertaba de acuerdo con el dictamen de los peritos valuadores de ambas partes.

El Artículo. 11 en su numeral I, establecía que en caso de discordancia entre los dictámenes de los peritos, un juez, (no se especificaba si federal o estatal) nombraría “un perito tercero en discordia, quien emitirá su dictamen dentro del perentorio término de ocho días contados desde su nombramiento. El juez, tomado en cuenta las opiniones de los peritos y las pruebas que las partes presenten mientras aquellos emiten su dictamen, fijará la extensión superficial que ha de ocuparse y el monto de la indemnización, dentro de los ocho días siguientes. El fallo del juez se ejecutará sin más recursos que el de responsabilidad”.⁷

Se previa en el numeral II, que si el dueño del terreno no contará con un perito propio. El juez le nombraría uno de oficio. En el numeral III, se precavía que si hubiera problema en determinar cuál era el dueño legítimo de la propiedad, el juez depositaría el monto de la indemnización si fuera el caso, hasta que se determinará al dueño o dueños legítimos.

El numeral IV, decía a la letra: “Los peritos, para hacer sus avaluos, tomarán como base el valor del terreno, los perjuicios que inmediatamente se sigan a la propiedad y las servidumbres que sobre ella se establezcan”.⁸

Es claro que con este artículos y sus numerales se favorecía los intereses de las compañías mineras sobre los propietarios de tierras, que aun deberían de enfrentar otros problemas, si quedaban tierras que colindaran con la mina, como el desagüe de las aguas de la mina y aunque la ley permitía que recibieran una indemnización

⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁸ *Ibid.*, p. 5.

era su obligación “permitir que por ellas pasen los socavones o contraminas, cuyo fin exclusivo y necesario sea el desagüe de una o varias labores”.⁹

En el caso probable que un socavón beneficiará a más de un propietario los beneficios se repartirían entre ellos, refiriéndose a los metales. Los dueños nombrarían un interventor que vigilara la obra y daría parte al Agente de Minería o al juez si observará algún abuso.¹⁰

Todavía más los socavones podrían ser protegidos mediante rejas, y si destinarán a otros fines esto se tendría que pactar, se desprende que entre la compañía minera y el dueño de la propiedad.¹¹

Se cuidaba el aspecto de la ventilación de las minas, o sea la construcción de ductos o respiraderos, lo cual podría afectar otra parte de los terrenos de los propietarios pero estos tendrían que permitirlo, ya que otro método sería muy costoso para la compañía.¹²

2 TÍTULO II. DE LAS EXPLORACIONES, PERTENENCIAS Y CONCESIONES MINERAS

El Artículo 13 sigue sin diferenciar entre nacionales y extranjeros y se generaliza con el enunciado de “todo habitante de la República” quienes libremente podrían hacer exploraciones para ubicar los criaderos de los minerales, pero estos sondeos no podrían “exceder de 10 metros de extensión, ni en longitud ni en profundidad”.¹³ Tampoco necesitaban de tener una licencia para esa labor, pero si dar aviso a la autoridad.

⁹ Art.12, *Ibid.*, p. 6.

¹⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹² *Ibid.*, p. Art,12, *Ibid.*, p. 7.

¹³ Art.13, *Ibid.*, p. 8.

En terrenos particulares, los exploradores si necesitaban permiso de los propietarios, pero si estos no lo permitieran, el explorador podría obtener el permiso de la autoridad administrativa, “quien lo dará de acuerdo con lo que establezca el Reglamento, previa la fianza que, por los daños y perjuicios que puedan causar, deberá otorgar el explorador, a satisfacción de la autoridad y con audiencia del dueño del terreno o de su representante”.¹⁴

Era evidente que los exploradores no eran espontaneo, ni buscadores de fortuna como fueron los gambusinos en California, sino personas con conocimientos de minería, la mayoría ingenieros de minas, que podían localizar metales y eran empleados de las compañías mineras.

Y de nuevo el gobierno era parcial al interés de las compañías mineras que a los propietarios de tierras.

3 TÍTULO III. DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LAS CONCESIONES MINERAS

En este apartado, se establece que la Secretaría de Fomento es quién recibiría a través de sus agentes las solicitudes de registros de concesiones de minas, su registro, el nombramiento del perito para constatar la denuncia.

El Artículo. 20 dejaba indefenso al propietario de tierras, en donde se hubiera denunciado un criadero. “Cuando se presente oposición por el dueño del suelo a la solicitud de alguna concesión minera o a la práctica de las medidas correspondientes alegándose que no existe el criadero, si hubiese indicios de éste en la superficie del terreno, o alguna cata o trabajo de exploración en el mismo criadero, el agente de Fomento desechará de plano la oposición”.¹⁵

¹⁴ Art.13, *Ibid.*, pp. 8 y 9.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

Si la oposición fuera más fuerte el agente de Fomento enviaría el expediente al Juez de la instancia local respectivo, “para la sustanciación del juicio correspondiente. La autoridad judicial dará a conocer su fallo a la Secretaría de Fomento”.¹⁶

4 TÍTULO IV. DISPOSICIONES GENERALES

Las compañías mineras tenían responsabilidades legales, como lo señala el artículo. 22. “Quedan, sin embargo, los dueños responsables por los accidentes que ocurran en las minas a causa de estar mal trabajadas, y a indemnizar los daños y perjuicios que ocasionen a otras propiedades, por falta de desagüe, o por cualquiera otra circunstancia que menoscabe los intereses ajenos”.¹⁷

Llama la atención como el artículo solo hace mención a daños a terceros y no a los mineros, es decir la protección al trabajador no era prioritario para la ley minera,

En ese tiempo era corriente que el empresario minero, se descapitalizada y tuviera que recurrir a buscar socios menores para poder continuar con la explotación de la mina. O bien tuviera que hipotecar parte de las acciones de las minas para hacerse de recursos.

El artículo 25 lo permitía, pero además si el nuevo socio pagaba los impuestos mineros, adquiriría “un derecho de preferencia respecto al dueño de la mina, con prelación a su propia hipoteca”.¹⁸

El artículo 26, precisaba que “La hipoteca podrá fraccionarse en obligaciones hipotecarias, nominativas o al portador, ya sea en el mismo título constitutivo de la deuda o por documento posterior. En todo caso, contendrá las prevenciones que organicen la representación común de los tenedores de obligaciones. Estas prevenciones, lo mismo que las relativas al monto de la deuda y a las condiciones de

¹⁶ *Ibid.*, p 10.

¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸ *Idem.*

ésta y de la garantía, constarán impresas en cada uno de los títulos hipotecarios.

“Los tenedores de obligaciones hipotecarias sólo podrán ejercitar sus acciones contra el deudor o el fondo hipotecado, por medio del representante común, cuyos actos en lo que se refiera a esos derechos, serán obligatorios para la totalidad de los tenedores”.¹⁹

Lo anterior se derivaba que el dueño o los dueños, socio o socios de una compañía minera preferían emitir obligaciones mineras para hacerse de recursos, los tenedores podrían ser numerosos y en caso de un conflicto legal, estos podrían tener un solo representante y por consiguiente agilizar el recurso legal.

Los juicios se dirimirían en territorio nacional, en cada Estado por los tribunales y jueces competentes. (Artículo 27)

Los impuestos serían federales y de la misma manera las exenciones. (Artículo 28)

Pero se subrayaba que la única causa de caducidad de las propiedades mineras sería justamente la falta de pago de los impuestos. (Artículo 29)

El Artículo 31 señalaba que “El Ejecutivo, designará, en los términos del artículo 21 de la Constitución federal, las penas gubernativas en que incurran los que infrinjan las disposiciones de los reglamentos que expida para la aplicación de esta ley”.²⁰

5 TITULO V. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Los 6 artículos que componen este apartado tratan sobre los denuncios de minas, que aunque no lo dice explícitamente, según las leyes anteriores y las costumbres se otorgaría al primer denunciante siempre y cuando lo pudiera comprobar.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 11 y 12.

²⁰ *Ibid.*, pp. 12 y 13.

Igualmente las tierras que queden entre las minas se otorgarían a quien la solicitara, sin aclarar si habría preferencia para los propietarios de minas.

Se respetarían los contratos celebrados con la Secretaría de Estado, el despacho de Fomento, Colonización e Industria hasta su finalización. Sin embargo podrían emigrar a la nueva ley si así les conviene, y tendría un año de plazo para hacerlo a partir de la promulgación de la ley.

Los propietarios podrían “pedir la rectificación de sus concesiones y la expedición de nuevo título de propiedad”.²¹

Tendrían los poseedores transferir sus títulos a tercer poseedor, pero este “responderá de los gravámenes consecutivos a los referidos contratos, supuesto de que ellos emana la acción real”.²²

El artículo único es sobre la vigencia de la ley y la derogación de la anterior.

El Reglamento para los procedimientos administrativos en materia minera, lo constituyen V capítulos con 55 artículos, el capítulo V es de disposiciones transitorias con 10 artículos

El capítulo 1. De los agentes. El artículo 1º trata de los agentes especiales que serían los representantes de la Secretaría de Fomento en los distritos mineros y serían los encargados de recibir y tramitar las solicitudes de concesiones mineras y vigilarían y aplicarían el reglamento.²³

Estos agentes tendrían limitaciones jurisdiccionales. De los artículos 3º al 9º se especifica los requisitos para ser agente, que tendrían un suplente, así como sus obligaciones.²⁴

Capítulo II. De las exploraciones. Comienza con el artículo 10 que es sumamente generoso ya que permite que todos los habitantes del territorio nacional podrían practicar exploraciones mineras, sin

²¹ Art.4. *Ibid.*, p. 14.

²² Art.5. *Ibid.*, p. 14.

²³ Art.1. *Ibid.*, p. 15.

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

discriminar si son mexicanos o extranjeros. Solo tendrían que dar aviso al agente de Fomento.

Las exploraciones podrían llevarse a cabo inclusive en propiedades privadas pero solicitando el permiso correspondiente al dueño, especificando con detalle la zona a explorar y obviamente avisando también al agente de Fomento.(Artículo 11)

No se dice nada en el caso del que el dueño del terreno se niegue a otorgar el permiso de exploración, sino que el artículo 12 se da por hecho, aunque abre la posibilidad de que se pueda inconformar, pero para esto solo contaría con 15 días.

Si bien se daba esta facilidad al explorador éste estaba obligado a cubrir una fianza por posibles daños y perjuicios, teniendo 30 días para hacerlo. (Artículo 12)

El artículo 13 fijaba la duración de la exploración que no podría exceder a tres meses improrrogables.²⁵

El artículo 14, limitaba la distancia de las exploraciones respecto a las poblaciones a 50 metros, teniendo como referencias edificios públicos y particulares u obras públicas. A 30 metros de caminos comunes, ferrocarriles o canales. Pero se mencionaba que a cuanto puntos fortificados la distancia sería de un kilómetro.²⁶

El capítulo III. DE las concesiones. De los artículos 15 al 37 indican los procedimientos a seguir para otorgar las concesiones. Se detalla como el agente de Fomento debe proceder al admitir una petición de concesión por escrito y la facultad que tiene para aclarar cualquier duda de forma oral con el solicitante.

Lo que debe hacer si hay dos solicitantes sobre la misma mina.

El artículo 18 no es nada riguroso por que deja a la “suerte” la decisión de una concesión minera en el caso que se presente dos que

²⁵ *Ibid.*, p. 17.

²⁶ *Ibid.*, pp. 17 y 18.

cumplan con los requisitos.²⁷ No se aclara como es el procedimiento para que la suerte decida. Pero se deduce que es con una moneda.

Para adjudicar la concesión el artículo 19 “el agente nombrará perito titulado, o, si no lo hubiere en el lugar, práctico que mida las pertenencias y demasías solicitadas y levante el plano correspondiente, señalando en él claramente las mojoneras de las pertenencias o demasías expresadas, así como las de las pertenencias colindantes que se encuentren en una zona hasta de cien metros alrededor.

“El agente podrá nombrar al perito que le indique el solicitante, siempre que dicho perito reúna las condiciones necesarias”.²⁸

El artículo 24, dice que si el perito encuentra resistencia para ejecutar su trabajo podría requerir el auxilio de la autoridad local²⁹ No se especifica quién o quiénes podrían presentar resistencia, si es propiedad privada no podrían ser los dueños por estar ya notificados de la exploración, así que hay la posibilidad que sean solamente pobladores.

El artículo 25 trata de las responsabilidades de los peritos y su obligación de presentar documentos y planos.

El artículo 26 enuncia que solo durante cuatro meses serian admisibles oposiciones que estén motivadas por estas causas:

- I. Disentimiento del dueño del suelo.
- II. Invasión de pertenencias o demasías colindantes.
- III. Propiedad o solicitud anterior de las pertenencias o demasías pedidas o de parte de ellas.³⁰

El agente de Fomento seguiría un procedimiento que desembocaría en una reunión de avenencia, si no lograra la conciliación se continuaría el procedimiento en el Juez local de 1ª instancia que corresponda.

²⁷ *Ibid.*, p. 18.

²⁸ *Ibid.*, p. 19.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ *Ibid.*, p. 20.

Lo que sucedía comúnmente era que el dueño del terreno que daba el permiso de exploración minera, si se descubría mineral, quería revocar el permiso y quedarse él con la mina, lo que suscitaba la controversia.

En realidad el dueño del terreno la mayoría de la veces no contaba ni con capital ni tecnología para explotar la mina, lo que buscaba era un beneficio extra por parte de la compañía minera, de ahí que iniciara la inconformidad

Los tribunales contaban con cuatro meses para dar su resolución e informaban a la Secretaría de Fomento.

El capítulo IV. Disposiciones generales. Del artículo 38 al 55 trata de las indicaciones que debe seguir el perito para realizar sus planos. El cuidado de sus mediciones, las referencias de los terrenos colindantes, la rectificación de pertenencias.

Las substancias no enumeradas en la Ley Minera no podrán ser explotadas, mucho menos a cielo abierto.

El artículo 50 señala que “La Secretaría de Fomento publicará cada seis meses en el Diario Oficial de la Federación, la noticia de los títulos de propiedad minera expedidos en el semestre”.³¹

Los particulares tendrían la obligación de registrar sus propiedades en el Registro de Comercio, sino podrían ser sancionados por el Código Mercantil. Esto también era obligatorio para las compañías mineras.

El capítulo V. Disposiciones transitorias. Del artículo 1º al artículo 8º se trata de los elementos que conforman los expedientes de los agentes de Fomento, sus contenidos y el orden que deben de seguir para llevar un control de los denuncios y evitar confusiones u omisiones.³²

Curiosamente se anexa un apartado que marca cuales son los aranceles para el pago de honorarios a los agentes de la Secretaría

³¹ *Ibid.*, p. 25.

³² *Ibid.*, pp. 25 y 26.

de Fomento en el ramo de Minería, cada tramite tenía un cargo que iba de 25 centavos hasta 5 pesos el más caro.

El 7 de junio de 1892, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que se refería a la “Ley de impuesto a la Minería”, que emitía Porfirio Díaz, Presidente de la República. Por su importancia lo reproducimos en su totalidad en el anexo uno

Al decreto le seguía el Reglamento de la Ley de Impuesto a la Minería de 6 de junio de 1892 que se componía de 28 artículos y un artículo transitorio. En resumen el Reglamento detallada el objeto de los impuestos que serían los títulos de las minas, el traslado de dominio de la mina, la manifestación de propiedad y los timbres correspondientes, el procedimiento a seguir en caso de no correspondencia entre el registro oficial y del dueño.

Se hace énfasis en el “impuesto anual” es decir el “impuesto minero”, la forma de pago, que era por medio de timbres, el uso adecuado de ellos y como se informaba a la Secretaría de Hacienda.

La Secretaría de Fomento, expidió una circular el 1º de julio de 1892 en que expresaba:

“Al comenzar a regir la nueva Ley Minera, esta Secretaria confía en la ilustración e ideas progresivas de vd., así como en la sencillez y claridad de los principios de la misma ley, que espera que la aplicación de ésta y del reglamento relativo no ofrezca dificultades en la práctica”.³³

Pero por las dudas dedicaba tres cuartillas para explicar el espíritu y la práctica de la nueva ley, el texto iba dirigido a los funcionarios de la Secretaria de Fomento, aunque no lo decía explícitamente, lo que significaba que los encargados de la Secretaria de Hacienda si la entendía a cabida.

El 22 de junio de 1892, la Secretaría de Fomento, emitía una circular para sus agentes que contenía las Reglas para registrar las solicitudes de concesiones mineras.

³³ *Ibid.*, p. 36.

El 11 de julio de 1892, la misma Secretaría de Fomento daba otra circular en que listaba sus agentes por cada Estado de la República.

Si todo lo anterior no hubiera sido suficiente a la Nueva Ley Minera, se agregó un apéndice sin fecha.

Este apéndice, es en realidad la fundamentación de la ley, una justificación que tal vez debería de haber ido al inicio de la misma, es de suma importancia reproducirlo y se ofrece en el anexo dos.

III. CONCLUSIONES

La promulgación de la Legislación Minera de 1892 por el gobierno de Porfirio Díaz, es una justificación legal de la necesidad que se ha tenido y se tiene hasta el presente de atraer a la inversión extranjera hacia el sector minero, ya que desde la época colonial, el siglo XIX, XX y el actual el país ha carecido de capital de inversión y la tecnología suficiente para explotar el recurso mineral que hasta la década de los setentas del siglo pasado era la fuente principal de la hacienda pública, aunque esto haya significado renunciar por parte de los gobiernos no solo porfirista sino posrevolucionarios a la soberanía de la nación.

Es importante señalar, que a pesar de que el beneficio para la hacienda era por medio de los impuestos directos que se aplicaban a la actividad minera, y que variaba ya que podían ser directos o indirectos, por volumen de extracción de metal o por cuota fija, el recurso alcanzó no solo para darle estabilidad al peso de plata sino aun para sostener en parte la economía del país.

IV. FUENTES

Cossío, José L., *Apuntes para la historia de la propiedad en México*, México, [s/e], 1917.

Nueva Legislación Minera, 26 de abril de 1892 Mexico, Secretaria de Fomento, 1892.

V. ANEXOS

1. UNO

Porfirio Díaz, Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, Sabed:

Que el Congreso de la Unión ha tenido a bien decretar lo siguiente:

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta:

Art. 1º De conformidad con lo que se preceptúa en los artículos relativos de la nueva ley minera, se establece un impuesto federal de propiedad de las minas, el cual se compondrá de dos partes: una que ha de pagarse por una sola vez en estampillas que se fijaran en todo título de propiedad de minas, y la otra parte que se ha de pagar anualmente por cada pertenencia de que se componga una concesión. Para los efectos del impuesto, la pertenencia minera o unidad de concesión será la que establece el art. 14 de la nueva ley de minas, valuándose, en consecuencia con esa unidad las pertenencias antiguas y modernas de todas las minas existentes en la República, cualquiera que sea su extensión.

Por las fracciones de pertenencia que lleguen o pasen de la mitad de una, se pagará el impuesto como si fuese pertenencia completa y nada se pagará por la fracción que no llegue a la mitad.

Art. 2º Todo dueño o poseedor actual de minas, cualquiera que sea su título, queda obligado a presentar este documento dentro de un plazo improrrogable contando desde la promulgación de esta ley hasta el 31 de octubre del presente año, en la oficina de Hacienda que determine el reglamento de esta ley, con el fin de que se fijen las nuevas estampillas de propiedad de minas en el título y se tome la razón de las pertenencias que formen la propiedad para el pago de la contribución anual, abriéndose al efecto el registro correspondiente.

Los títulos que en lo sucesivo ha de expedir la Secretaría de Fomento, con arreglo a la nueva ley minera, han de llevar las estampillas que correspondan, ministradas por el concesionario y en proporción a las pertenencias que formen la concesión.

Art. 3º Las estampillas de propiedad de minas han de ser del valor de \$10 y se han de fijar en los títulos de propiedad a razón de una por cada pertenencia de diez mil metros cuadrados, siguiéndose para las fracciones la regla establecida en el art. 1º.

Dichas estampillas han de quedar canceladas por la oficina de Hacienda autorizada para recibir los títulos que se expidan hasta el 30 de junio del presente año; cancelándose por la Secretaría de Fomento los de los títulos que se expidan según la nueva ley de minas.

Art. 4º Desde el 1º de julio del presente año, todo dueño o poseedor de minas queda obligado a pagar la suma de \$10 al año para cada una de las pertenencias de que se componga su concesión.

La cuota del impuesto será la misma cualquiera que sea la naturaleza de la sustancia que se explote, siempre que se haya adquirido la mina, hasta la fecha de la vigencia de la nueva ley minera, por denuncia o por concesión especial, y que en lo sucesivo se adquiera por concesión y título con arreglo a la nueva ley.

Quedan solamente exceptuadas del pago de la cuota anual por pertenencias y de las estampillas por título de propiedad de que se compone el impuesto federal señalado en el artículo 1º, aquellas minas que lo hubiesen sido expresamente por contrato celebrado por el Ejecutivo, con virtud de autorización del Poder Legislativo, o aprobado por éste, durando la exención únicamente por el tiempo estipulado en el contrato, y sin lugar a prórroga.

Art. 5º. El impuesto anual de propiedad de minas se pagará por tercios adelantados en cada año fiscal, debiendo hacerse el pago en el primer mes de cada tercio, en las oficinas de Hacienda que determine el Reglamento de esta ley y a las cuales deberán ocurrir precisamente los causantes para verificar el pago sin necesidad de

aviso o de cualquiera otro requisito en que pretenda fundar demora o excusa.

Art. 6° La falta de presentación del título con que se posea una mina dentro del plazo fijado en el art. 2° se castigará con una multa igual al importe de las estampillas que ha de llevar el título, si éste se presenta dentro de los dos meses siguientes a la expiración del plazo; y por cada dos meses más que se demore la presentación, incurrirá el tenedor en una multa igual al importe de las estampillas.

La ocultación del número de pertenencias se castigará con una multa igual al doble del importe de la estampilla que debía llevar el título por la pertenencia ocultada, más el doble de lo que importe la contribución anual por todo el tiempo que hubiere dejado de pagarse, sin perjuicio de la responsabilidad civil o criminal que resulte al ocultador y que se exigirá a su tiempo.

La falta de pago de la contribución anual de propiedad, dentro del primer mes de cada tercio, hará incurrir en una multa al propietario de la mina, igual al 50 por 100 de la contribución, si paga en el segundo mes; si el pago lo hace hasta el tercer mes, la multa será igual al importe de la contribución. Una vez fenecido este último plazo sin que se haya hecho el pago de la contribución con sus recargos, se pierde la propiedad de la mina sin recurso alguno, declarándose así por la Secretaría de Hacienda y publicándose en el Diario Oficial para que cualquiera otro la solicite.

Art. 7° Cuando el propietario de una mina la enajene, dará el aviso respectivo para la anotación en el Registro; y en la escritura de venta que se otorgue, se pondrán las estampillas que correspondan según la ley del Timbre.

Art. 8° En el caso de que a alguna persona o compañía no convenga continuar la explotación de la mina que posea, dará aviso por escrito a la oficina de Hacienda respectiva para que se le liquide el impuesto hasta la fecha del aviso y se haga la anotación respectiva en el Registro.

Dado en el Palacio del Poder Ejecutivo Federal, en México, a 6 de junio de 1892. - Porfirio Díaz – Al Secretario de Estado y del Departamento de Hacienda y Crédito Público, C. Matías Romero. Presente.³⁴

2. Dos

En un país esencialmente minero como el nuestro, es natural que en todas las épocas haya sido y continúe siendo para todos, de mayor importancia, que las riquezas subterráneas sean extraídas del modo más conveniente y con las precauciones que reclaman la seguridad del suelo y la salud y la vida de los mineros.

Nuestros legisladores se han preocupado siempre con establecer principios que permitan la conciliación de los diversos e importantes intereses ligados con la industria minera; el interés de la sociedad, el de los propietarios de la superficie, el de los obreros y el de los explotadores de minas.

Y la necesidad de coordinar la naturaleza de las cosas con el orden social, ha venido haciendo indispensable desde hace mucho tiempo atrás la promulgación de leyes especiales que aseguren el orden en la extracción y aprovechamiento de las sustancias minerales y que garanticen la seguridad de las labores mineras, así como la de los campos y construcciones de la superficie.

No menos importante ha sido el papel de las leyes especiales, para evitar en lo posible la rapiña y la pérdida de las riquezas del subsuelo, que no son inagotables, sino que desaparecen con la explotación, a diferencia de los productos vegetales, que se renuevan, multiplican y perpetúan en la superficie, a voluntad del cultivador inteligente.

Pero el tiempo no pasa inútilmente en lo que al progreso de las instituciones se refiere, y los principios que un día eran reconocidos por todos como verdades inconcusas, llegan a caer después a impul-

³⁴ *Ibid.*, pp. 28-30.

sos de un estudio más lógico y de conocimiento más profundo de las cosas.

A este movimiento de progreso deben obedecer las legislaciones, so pena de permanecer estacionarias en la vía de los perfeccionamientos humanos, y por él, felizmente, han venido caracterizándose nuestras leyes especiales en Minería, que hubiera sido imperdonable se mantuviesen en los límites de las antiguas ideas, y conservaran su espíritu de restricción e inseguridad, cuando deben constituir la palanca más poderosa para los adelantos de una industria que da valor tan excepcional al suelo de la República.

Desde las notables Ordenanzas de Carlos III, que tanto fomentaron la explotación de nuestros criaderos minerales, hasta el proyecto de ley que se somete a la ilustrada deliberación de las Cámaras, no ha pasado un periodo de muchos siglos, pero si un periodo de adelantos científicos incontables, y de trascendencia indiscutible para los progresos de la humanidad.

Muchos de los principios en que se fundaron aquellas Ordenanzas, han sido reconocidos ya como inconvenientes y erróneos, y siendo, como es, innegable que el descubrimiento es el que comienza a dar realmente importancia a los criaderos minerales, se admite, que si bien la ejecución de las obras públicas en general y la facilidad de las comunicaciones, que aumentan notablemente el capital nacional, hacen efecto posible la explotación fructuosa de los criaderos mencionados, es indispensable al mismo tiempo dejar a sus explotadores en la más completa libertad de acción, para dirigir del modo más conveniente sus importantes trabajos, puesto que las sustancias minerales no llegan a ser verdaderamente útiles, sino cuando son extraídas para someterlas al beneficio, y ser por último lanzadas al movimiento comercial.

Y como ninguna ley en las que existan principios falsos puede producir durante mucho tiempo grandes beneficios, aunque en sus comienzos y por algunos años los haya podido causar, por haberse encontrado en perfecta armonía con el medio social en que fuera

promulgada, surgió después entre nosotros la necesidad de sustituir las antiguas Ordenanzas de Minería, con una ley más adecuada a los adelantos científicos realizados.

La gran importancia de unificar la legislación minera de la República y la necesidad mencionada, dieron origen a la reforma constitucional correspondiente, y a la promulgación del Código de Minería de 1884.

El Código realizó un gran progreso, porque cimiento sus doctrinas sobre principios más en armonía con la naturaleza de las cosas, puesto que, como es sabido, las sustancias minerales no llegan a adquirir valor sino en virtud del descubrimiento y de la explotación.

Pero en el movimiento evolucionista de nuestra legislación minera, si es verdad que el Código de 1884 fue hábilmente asentado sobre bases más en concordancia con los conocimientos económicos modernos; si se adaptó también mejor en varias de sus reglas a los últimos adelantos científicos, creyóse en cambio que era todavía prudente conservar en él muchos de los principios fundamentales de las Ordenanzas, basadas en la restricción en la injerencia excesiva del Estado y en la intervención de éste, en cuestiones que sólo se resuelven bien, como lo demuestra la experiencia diaria, por el régimen de la libertad casi absoluta de la iniciativa individual.

La inestabilidad de las propiedades mineras causadas por el sistema de denuncia, del que se creyó durante mucho tiempo que constituía el medio más seguro y eficaz de aumentar la riqueza pública, obligando a la explotación constante de las minas, cuando en realidad lo que ha producido en un semillero inagotable de litigios, y por ello pérdidas enormes de capital que hubiera debido estar consagrado a la explotación de las minas, esa inseguridad en las propiedades, debe repetirse, ha causado también un mal de funestas consecuencias; el alejamiento de nuestra industria minera de los capitales extranjeros, que tan indispensables son para fecundarla y engrandecerla.

A fin de obviar en parte tan grave dificultad, esta Secretaría, con el objeto de facilitar el establecimiento de grandes empresas

mineras en el país, comenzó a celebrar en 1885 contratos para la explotación de zonas mineras, atrayendo al capital extranjero, con franquicias bien meditadas y mayores seguridades en la propiedad de las minas.

Así se fundaron entre nosotros, previa la aprobación de esos contratos por las Cámaras colegisladoras, las grandes y prosperas negociaciones de “El Boleo” en la Baja California, de Batopilas y Pinos Altos en Chihuahua, así como algunas otras, y cuando a fines de 1886 la depreciación creciente de la plata hizo necesario dictar medidas que creasen grandes facilidades para nuestra principal industria minera, promoviese en el Congreso la iniciativa de la ley correspondiente.

Esa iniciativa dio origen a un importante debate en esa Honorable Cámara, y en 6 de junio de 1887 fue promulgada la utilísima ley de zonas mineras, que ahora rige justamente con el Código de 1884, y a la cual se debe la reciente creación de grandes empresas mineras y metalúrgicas,

La prospectiva notable de muchas de ellas; el hecho significativo de que varias de las negociaciones mineras más antiguas, importantes y mejor acreditadas del país, se hayan acogido a las franquicias especiales de la ley de 1887, celebrando el efecto los contratos necesarios para no continuar rigiéndose por los preceptos restrictivos del Código, y la circunstancia no menor elocuente de que las minas importantes de carbón mineral del país sigan en su explotación una marcha de tranquilo engrandecimiento, gracias a que el mismo Código, declarándolas del dueño del suelo, las alejo así de sus prescripciones demasiado severas, estimulando a grandes compañías a comprar los terrenos necesarios para explotarlas en vasta escala; todos esos hechos, es de repetirse, vienen demostrando, con las lecciones de la experiencia, cuán conveniente seria la reforma del Código en sentido liberal, para dar así cumplida satisfacción a las necesidades más imperiosas de nuestra industria minera.

Hoy que el país evoluciona en perfecta tranquilidad, realizando lentos pero seguros progresos en muchos de los ramos más importantes; que los medios de transporte comienzan ya a ser fáciles y económicos; que las industrias todas se resienten favorablemente de esas facilidades, que las corrientes del tráfico se modifican, el comercio se transforma y las crisis producen efectos menos funestos que en épocas no remotas, parece indicado que en cuando en virtud de todas esas circunstancias, nuestro estado social se mejora y el capital de la nación aumenta, debe considerarse que ha llegado el momento más oportuno de plantear una reforma a todas luces conveniente de los principios de nuestras leyes, que si definen bien, con mucha imperfección protegen la propiedad de las minas.

No es posible dudar de que en los últimos años, obedeciendo al movimiento general del país, la minería mexicana, gracias a los principios liberales de las leyes de 1887, ha podido entrar, y ha entrado de hecho, en un periodo de fecunda actividad, a pesar de la creciente depreciación de la plata. Aleccionada por la experiencia dirige mejor las explotaciones, y sin los entusiasmos irreflexivos de otras épocas, nuestras minas son trabajadas con más ciencia y método, y aunque lentamente, su producción va siempre en aumento.

En tales condiciones, parece indiscutible que una ley que de toda clase de facilidades para la adquisición de la propiedad minera, que establezca sobre bases sólidas su perpetuidad irrevocable, y deje la más completa libertad de acción a la iniciativa individual, tendrá que contribuir, y por modo eficacísimo, al engrandecimiento y prosperidad de nuestra más importante industria.

Tal es el objeto de la presente iniciativa de ley. La propiedad en la minería, como todas las demás industrias, en tanto más útil y fecunda, cuanto más económica en su adquisición, mayor la libertad de explotarla y más firme su posición. Entre nosotros, y exceptuando las zonas mineras, no sólo faltan por completo las tres condiciones indicadas, sino que imperan en absoluto las tres reglas enteramente contrarias.

Largas y costosas tramitaciones para adquirir la propiedad, incontables y variados obstáculos que restringen la libertad de explotación, y sobre todo, el sistema de denuncia, que haciendo completamente insegura la propiedad minera, origina abusos y complicaciones sin cuento, que esterilizan en los litigios una gran parte del capital dedicado a la explotación de minas,

No debe, por lo mismo, extrañarse que a pesar de la inmensa variedad y gran reputación por su abundancia, de nuestros criaderos minerales, la producción de nuestras minas, aunque creciendo desde hace algunos años por el desarrollo general del país y las franquicias de la ley de 1887, esté todavía demasiado lejos del grado de propiedad a que puede y deben llegar.

Y sí las leyes económicas del trabajo son exactas, no existiendo, como no existe, razón alguna que permita suponer que puedan variar en sus resultados, por aplicarse a la explotación de sustancias que se encuentran debajo y por encima de la superficie de la tierra, es indudable que el rápido engrandecimiento de la minería mexicana se alcanzará con estas tres condiciones: facilidades para adquirir, libertad para explotar, seguridad para retener.

Estos son los tres principios esenciales que han servido de base al proyecto de ley que el Ejecutivo somete hoy a la deliberación de las Cámaras. Los demás principios que en él figuran, acreditados como buenos por la experiencia, han sido conservados de las leyes anteriores.

Si, como es de esperarse, las Cámaras colegisladoras honran con su aprobación los tres pensamientos fundamentales de la iniciativa adjunta, el denuncia, amago constante de la precaria propiedad del minero, quedará para siempre destruido, y las personas o compañías que dediquen sus capitales a la explotación de las minas, tendrán la seguridad, de recoger el fruto de sus desvelos, sin que puedan arrebatárselos en ningún caso la codicia y la mala fe de un denunciador.

Y será fácil atraer al fomento de nuestra principal industria los capitales que abundan en el extranjero, puesto que la propiedad de las minas mexicanas tendrá en lo sucesivo, gracias al espíritu liberal de las prescripciones de la ley, el carácter de irrevocable y perpetua.

Tales son las ventajas más importantes que para el bien del público parece que deberá producir, si las Cámaras se sirven aprobarlo, el siguiente.³⁵

³⁵ *Ibid.*, pp. 49-54.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM
NUEVA ÉPOCA, NÚM. 5, JULIO-DICIEMBRE 2016

LA PROPORCIONALIDAD INTERPRETATIVA Y LA PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO¹

RESUMEN: La proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional son dos formas de resolver casos difíciles que en la práctica se confunden indebidamente, pues en tanto el primero es un ejercicio de interpretación y se enfoca a las normas que han de aplicarse a un caso concreto, el segundo es un ejercicio de argumentación y se utiliza para conocer si se justifica o no el límite impuesto a un derecho constitucional mediante una norma secundaria en virtud de otro derecho o interés público que requiere atención, motivo por el cual, si se confunden ambos ejercicios, el resultado emitido en sentencias puede no satisfacer los principios del sistema legal, siendo importante su conocimiento para una aplicación debida.

PALABRAS CLAVE: *ponderación, principios, derechos constitucionales, moneda común, discreción judicial, lenguaje, propósitos, interpretación argumentación.*

ABSTRACT: Interpretative proportionality and constitutional proportionality are two ways to solve hard cases that are unduly mixed and confused in practice, since the first one is an interpretative tool aimed to the norms to be applied to a concrete case, whilst the former one is an argumentative tool used to confirm whether a limit imposed to a constitutional right thru a sub-constitutional law due to the need of another people's right or a public interest in attention is justified or not, whereby the outcome in lawsuits might not satisfy the principles of a legal system, that is why it becomes important the acknowledge and understanding of the exact difference between them in order to arrive to a duly application of each one.

KEYWORDS: *weighing, balancing, principles, constitutional rights, common currency, judicial discretion, language, purposes, interpretation, argumentation.*

SUMARIO I. Introducción. II. Proporcionalidad. III. Comentarios finales. IV. Bibliografía

¹ Doctor en Derecho por la UNAM, profesor de la FES Acatlán <contacto@burgoa-toledo.mx>.

I. INTRODUCCIÓN

México se ha distinguido en los últimos años por adoptar figuras y prácticas jurídicas provenientes de otros países con la finalidad de enriquecer el bagaje normativo, y así, abonar a un mejor desempeño en las tareas que corresponden a las autoridades del Estado, lo que a futuro promete un mejor resultado y eficacia de sus funciones, ya sea legislativa, ejecutiva o jurisdiccional. Quizá la época en la que nuestro país exportaba figuras jurídicas (verbigracia el juicio de amparo) ha quedado atrás, y en la globalización —ahora en riesgo— y exigencia de respuestas jurídicas frente al dinamismo económico, social, político y cultural, México ha tenido la necesidad de adaptarse a tal ritmo y ser competente —también en lo jurídico— con los demás países, principalmente aquellos de primer mundo.

En esa inquietud espontánea y el compromiso de adoptar figuras y prácticas jurídicas internacionales, comienzan a fraguarse diversos errores derivado en ocasiones de la mala o errada recepción de tales ideas, novedosas para el país, lo que conlleva no sólo a un resabio conceptual, pues recordemos que la impartición de justicia versa sobre realidades expuestas de las cuales discurre un menoscabo económico, privación de la libertad, afectación patrimonial, entre muchas otras aristas que presenta la práctica profesional y la vida real. Por lo que el coste de “aprender” y “dominar” dichas novedades jurídicas no es sólo un ensayo académico que puede corregirse en el aula, sino que trasciende en la vida práctica y da pauta a un caudal de consecuencias con resultados reales.

Ejemplo de esta asunción “ciega” —por así llamarla— tanto de autoridades como de particulares, la tenemos con los derechos humanos. A colación de la reforma constitucional de junio de 2011, en donde se da nuevo nombre al Capítulo I del Título I de la constitucional para dejar de ser “De las garantías individuales” y pasar a ser “De los derechos humanos y sus garantías”,

se volcó una ola de amparos, escritos de demanda y diversas promociones de particulares evocando siempre el respeto a los derechos humanos, e incluso nombrando tratados internacionales (hasta antes desdeñados), como si fuera una equivalencia de forzar a los fallos de los juzgadores y sinónimo de hacer lo que a cada quien plazca, al igual que algunos juzgadores negaron el amparo a diversas personas morales por decir que los derechos humanos son eran exclusivos de las personas físicas (derivado del nombre que adopta el Capítulo I aludido de la Constitución), inercia que no sólo se dio en la práctica, pues todas las tesis escolares hablaban de derechos humanos, se crearon diplomados y congresos e incluso llegó a decirse que existen derechos humanos en la tributación. Desafortunadamente, antes de pedir o hablar sobre el tema, se debe conocer en su totalidad, amén que la reforma constitucional no fue una reforma sustancial (el *qué*) sino meramente formal, ya que no se crearon más derechos ni se han dejado de crear derechos o reconocer algunos otros, más bien se robusteció el efecto garantista por cuanto al comportamiento que deben tener las autoridades (el *cómo*), a fin de obtener un equilibrio de facultades en respuesta a las exigencias internacionales (*e.g.* caso Radilla, altamente trillado). Asimismo, se sigue hablando en algunos foros de “garantías individuales” dejando de lado que también existen las “garantías sociales”. Peor aún, se piensa en las garantías individuales como sinónimos de derechos cuando lo cierto es que las primeras están a cargo del Estado (por virtud de obligaciones o prohibiciones), en tanto que los derechos son del particular y se aseguran —garantizan— con los deberes del Estados, desconociendo así la correlatividad entre derechos y garantías.²

² “There is, then, a familiar class of cases which can sensibly be talked about in terms of the ‘correlation’ of rights and duties, and it is tempting to suppose that whenever ‘rights’ and ‘duties’ or ‘obligations’ can be ascribed the pattern will recur. But while there are various implications between rights and duties, the pa-

Por si eso no fuera poco, algunas personas siguen confundiendo las garantías individuales y sociales como aquellas que corresponde a una persona y a un grupo, cuando en verdad se relacionan con el tipo de conducta que corresponde al Estado —de “no hacer” y de “hacer”, respectivamente— (las garantías de un grupo son garantías colectivas, más no sociales), a la par que sigue siendo motivo de confusión hablar de “interés legítimo” e “interés jurídico”, visible no sólo en los particulares sino igualmente en las autoridades, entre muchos otros casos más que demuestran confusión de los temas.

Quizá estos resabios conceptuales se han comenzado a eliminar con el avance de la práctica y manejo de tema, pero lamentablemente no es el único en donde existe confusión teórica y práctica, pues dicha problemática se enfrenta ahora al hablarse de la “proporcionalidad”, conocida también como “ponderación”, con el resultado de que ahora todo se resuelve mediante el *test de proporcionalidad*, como si fuera una constante de la práctica jurisdiccional, sin atender a su verdadero sentido, ni a su relación con la discrecionalidad que ello implica ni la razonabilidad que le reviste. Y más aún, se le considera una forma de interpretación cuando en verdad se basa en la argumentación dejando atrás el sentido y significado de la norma, motivo por el cual, las siguientes líneas versan sobre la proporcionalidad, tanto en su sentido interpretativo como en su sentido constitucional, a fin de dar una noción breve, dada la extensión que merecen estas líneas, buscando abonar en el conocimiento de este tema actual.

tern just sketched does not arise whenever rights and duties obtain. There are complications I cannot deal with here. I have sketched a notion of ‘conceptual correlativity’ restricted to rights held ‘against’ and duties or obligations ‘owed’ to specific persons. These do not exhaust the classes of rights and obligations: such restrictions need explaining and justifying. The notion is also restricted to ‘passive’ rights and ‘active’ obligations; and one might wonder whether some ‘active’ rights do not also correlate with obligations.” Lyons, David, *The correlativity of rights and duties*, in ‘Novus’, IV, 1970, pp. 47-48.

II. PROPORCIONALIDAD

En lo subsecuente, utilizaré la palabra “proporcionalidad” por ser la que mejor se adapta al test que lleva dicho nombre, así como a la esencia del ejercicio que se realiza. No utilizaré la palabra “ponderación” ya que ésta no es exclusiva del test de proporcionalidad, pues discurre igualmente para el “balance”, lo cual, como ejercicios distintos, implican la confronta de valores inconmensurables o conmensurables.³

La proporcionalidad no es un tema exclusivo de alguna área del Derecho ni tiene un significado unívoco, por esa misma razón existe confusión en el tema. Se habla de proporcionalidad en lo penal cuando se trata del grado de las penas que se imponen a los delincuentes respecto del daño que han causado; asimismo, se habla de proporcionalidad tributaria cuando se refiere a la alícuota que deben pagar los contribuyentes respecto de los ingresos que perciben en determinado periodo de tiempo; de igual forma se habla de proporcionalidad cuando se trata de entender el mejor significado de la norma para sentar las bases de su interpretación ante la existencia de dos posibles soluciones; y también se habla de proporcionalidad cuando se busca confirmar si el límite impuesto a un derecho constitucional a través de una ley secundaria es acorde al fin que se busca.⁴ Estas dos últimas

³ Cabe señalar que dada la categorización de los derechos en los EEstados Unidos de América, éste es el único país que no lleva a cabo el test de proporcionalidad, y se centra exclusivamente en el balance, lo que no acontece con los demás países, en donde la falta de categorización, da lugar a realizar siempre el test de proporcionalidad, de lo que discurre afirmar que ambos tipos de ponderación (test de proporcionalidad y balance) son opuestos y no existe espacio para coexistir pues parten de valores distintos (conmensurables e inconmensurables).

⁴ “Proportionality is a central term in modern constitutional law. It serves different and various functions. Its meaning may change with the different roles it purports to fill. Thus, for example, the term proportionality as used in criminal law is not the same as the one used by administrative law and both terms differ from the term as

formas de la proporcionalidad son el motivo de confusión común, pues se confunde a la proporcionalidad interpretativa con la proporcionalidad constitucional. Se dice indebidamente que el test de proporcionalidad es una herramienta de interpretación cuando lo cierto es que el test se basa en la argumentación. Es por eso que la proporcionalidad debe entenderse debidamente tanto para efectos interpretativos así como para efectos constitucionales, para lo cual, a continuación hablaré del primero.

1. PROPORCIONALIDAD INTERPRETATIVA

Como primera acepción de la proporcionalidad, confundida altamente con la proporcionalidad constitucional, esta la proporcionalidad interpretativa. Se sabe que un texto de ley no siempre refleja en forma exacta y fiel lo que su autor quiso decir, de tal manera que existen diversos significados que pueden adjudicársele, y ante la existencia de opciones, debe elegirse aquélla que es correcta o más adecuada, y más aun, aquella que no sólo resuelva el problema presente, sino que igualmente sirva para casos similares a futuro, pues una norma no puede significar una cosa ahora y otra distinta después ya que se escribe para que perdure en el tiempo. Por eso, la interpretación debe apegarse en lo más posible a la intención del autor o a la intención del sistema legal, dependiendo el texto que se interprete. Y cuando existen dos o más posibilidades de interpretación, a fin de elegir la más adecuada para su aplicación, se lleva a cabo una ponderación. Por eso, esta primera

used by international law. Moreover, even with one legal field —such as constitutional law— the understanding of the term proportionality has changed over the years... Constitutional limitation clauses do not apply in every situation where two norms are in conflict with each other. Rather, they apply in those situations where one of the conflicting norms contains a constitutional right. The limitation clause and the notion of proportionality on which it is based were designed to provide both the justification for limiting a constitutional human right and the boundaries of such a justification.” Barak, Aharon, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, UK, Cambridge University Press, 2012, pp. 146-147.

acepción se llama proporcionalidad interpretativa, y se ubica en el contexto de la *interpretación propositiva*.

En principio, es sabido que cuando un texto normativo es *claro*, no queda más que aplicarlo (*in claris non fit interpretatio*); no obstante, si el texto normativo es *oscuro*, corresponde interpretarlo para entender su significado y sentido y así, aplicarlo; si el texto normativo es *lagunoso*, *ambiguo* o *vago*, corresponde integrarlo (mediante supletoriedad, llamado así en México),⁵ ya sea para aplicarlo directamente —si de la integración surge la claridad—, o a su vez interpretarlo para finalmente aplicarlo. De tal forma que cualquiera que sea la condición del texto normativo (claro, oscuro o lagunoso), siempre se busca aplicarlo —o cumplirlo, en el caso de los particulares—, por lo que la tarea que se busca es concreta (aplicación), independientemente de si para ello se requieren tareas abstractas (interpretación o integración), y las llamo tareas abstractas porque el producto de su realización no siempre se lleva al campo práctico o concreto, pues discurre en cualquier momento y ámbito, como el académico, por ejemplo, en donde lo interpretado por un alumno en una tesis de grado no se lleva a la práctica, además de no ser siempre correcto. Con lo anterior, es de señalar que la *tarea abstracta de interpretación* es propia de particulares y autoridades, pero la *tarea concreta de aplicación* es exclusiva de autoridades ya que trae aparejada la posibilidad de coacción, poder que no se confiere al particular pues éste, debe acudir siempre a la coacción del Estado si desea obtener algo de los demás particulares.⁶ Por tanto, el particular sólo cumple

⁵ Mientras que en España se le llama “subsidiariedad”.

⁶ “La violencia del Estado se utiliza para apaciguar violencia que proviene de otros lados —con más o menos éxito, como se sabe, pero siempre en apoyo precisamente a dicha expectativa—. Al concepto de violencia se le une una autorreferencia negativa y consecuentemente una paradoja: la violencia debe servir para hacer abortar la violencia. En el concepto de fuerza pública está incluida la exclusión de violencia. El concepto en cierra lo mismo violencia incluida que violencia excluida y es por consiguiente un concepto paradójico. Con el concepto de fuerza pública (o directamente traducido del alemán: violencia de Estado) se designa una solución de la paradoja. Esto conduce, en terminología actual, a la

la norma más no la aplica. De allí el brocardo: “el desconocimiento de las leyes no exime su cumplimiento” sustentado por el artículo 21 del Código Civil Federal.⁷ Así, el camino a la aplicación de la norma, puede mostrarse como sigue:

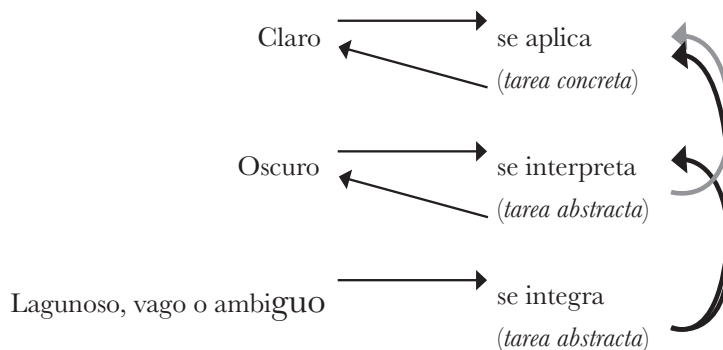


Figura 1. Texto normativo.

Dado lo cual, es de afirmar que el Derecho se escribe para aplicarse más no para contemplarse, de allí que cualquier ensayo sobre el mismo, debe ser apoyado en la realidad para arribar al derecho viviente (*diritto vivente*) y no sólo al derecho vigente (*diritto vigente*).

distinción violencia legítima/violencia ilegítima y postula la fuerza pública que su violencia es legítima. En esta medida la legitimidad pertenece a las características conceptuales de la violencia impuesta por el Estado —independientemente de cómo se le fundamente y de las controversias que surjan después—[...]. Si no hubiera violencia ilegítima latente (o virtual) que se opusiera, tampoco habría violencia legítima por parte del Estado.” Torres Nafarrate, Javier, Luhmann: la política como sistema, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 213-214.

⁷ Artículo 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Así, la interpretación, cuando la norma es oscura, es de alta importancia previo a su aplicación, pues de no entenderse plenamente, el resultado puede ser devastador, por lo que la interpretación propositiva contempla tres elementos holísticos, los que abordaremos a continuación.

A) LENGUAJE

Como cúmulo de palabras en un texto, la ley se base en un lenguaje, el cual es escrito, más en la tradición romano-canónica, del cual deriva en primer momento el *significado*, y posteriormente su *sentido* cuando se contrasta al texto con las políticas públicas que dan vida a la norma. Sin embargo, las palabras pueden tener una doble connotación, ya sea que formen parte del lenguaje privado o del lenguaje público. Esto es, que sean parte del hablar cotidiano y lo que en general se entiende de las palabras, o que sea parte del hablar propio y que en lo particular se entiende de las palabras. *Lenguaje natural* y *lenguaje técnico* sería una buena forma de demostrar este punto, en el lenguaje natural las palabras significan lo que se entiende en la vida cotidiana, mientras que en el lenguaje técnico las palabras significan algo específico para la disciplina o rama del conocimiento de que se trate.⁸

Ejemplo de esto es la palabra “obligaciones”. Su significado natural implica una conducta que debe hacerse como deberes do-

⁸ “En primer lugar, tenemos al referente fáctico o empírico, que, de acuerdo con los positivistas lógicos, es aquel que puede señalarse con el dedo, ostensiblemente, o que se refiere a un ‘estado de cosas’[...]. Otro significado o referente de las palabras es el referente normativo. Es decir, hay palabras que se refieren a normas o, más bien, a modalidades normativas[...] Existe otro tipo de referente para determinar el significado de las palabras, el referente normativo. Hay palabras que no tiene un referente empírico ni un referente normativo, que no se refieren ni a normas ni a estados de cosas sino a estados de ánimo, es decir, a emociones o sentimientos.” Berumen Campos, Arturo., *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2003, pp. 4-6, 10.

mésticos en casa, tareas académicas, etc. Pero la misma palabra toma un significado distinto si la enfocamos en Derecho Mercantil cuando una sociedad emite obligaciones para allegarse de recursos sin incluir socios, las cuales se colocan a través del sistema financiero sin exceder el capital social, salvo que exista un proyecto que así lo justifique, dando lugar a que los obligacionistas tengan interés en el manejo de la sociedad sin contar con voto. La misma palabra no significa lo mismo en ambos casos. Por eso, la palabra no debe ser entendida sólo en su *texto* sino en su *contexto*. Pero el lenguaje no descansa sólo en *natural* o *técnico*, pues también se refiere a la cultura o lo que en una cierta región o zona significan las palabras (así como cuando se habla de “broma local”). Por ejemplo, si se dice a las persona que se realizará una manifestación en “los pinos”, sin duda entenderemos que se trata a la residencia oficial del Presidente, pero si se realiza el mismo comentario a un extranjero que visita al país y no está habituado con nuestra cultura, pensará inmediatamente en un bosque, y la palabra no significa lo mismo para ambas personas. Por eso el lenguaje privado y lenguaje público no deben enfocarse sólo desde el lenguaje natural o el lenguaje técnico, sino también desde la cultura o costumbres de un lugar o sociedad que es lo que más representa el uso de las palabras y por ende, el significado y sentido que tienen. Sin embargo, pese a que el lenguaje pudiera en sí mismo resolver el tema interpretativo (lo que lo hace holístico), no es lo único que caracteriza a la interpretación propositiva, pues incardina también el propósito o intención.

B) PROPÓSITO

Las palabras no suelen expresar siempre la idea que se tiene al momento de escribirse, por lo que la confusión puede estancarse, por así decirlo, dentro del texto estático sino se le impregna el dinamismo de lo que se buscó. Ejemplo de esto lo tenemos con la extinta pena de muerte que contemplaba el artículo 22 Constitucional. El

artículo hacía acreedor de la pena a diversos delitos, entre ellos, la “piratería”, la cual no tiene igual connotación en el momento en que se escribió el texto magno respecto del día de hoy en que pudiera leerse. El texto magno se escribió cuando existía asalto a buques navíos y por tanto, era un mal que debía evitarse; muy distinto a lo que hoy en día significa dicha palabra, pues actualmente se refiere a la venta de mercancía que ha sido indebidamente copiada o producida en aras de confundir al comprador o, con el ánimo de obtener ganancias de una marca conocida cuyo modelo se emula. Cuando el lenguaje no basta para entender e interpretar la norma o el texto, se debe atender al propósito plasmado de forma implícita o explícita, ya sea el propósito (o intención) subjetivo del autor y el propósito (o intención) objetivo del sistema legal.

El *propósito* o *intención subjetiva* corresponde al autor del texto, ya sea las partes de un contrato, quien redacta un testamento o el cuerpo legislativo que crea una norma. En cualquier caso, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, existe un autor que busca un fin y plasma un documento con palabras que deben ser debidamente entendidas no sólo en su *significado* sino en su *sentido* —no sólo en forma sino en fondo—. Sin embargo, muy distinto es la *intención escrita* de la *intención real*. La *intención escrita* se refiere a la que se plasmada en palabras, mientras que la intención real es la que se busca y no siempre se plasma en palabras pues, en el caso de las normas, puede constar en su exposición de motivos, lo que confirma que la intención, para conocerse, no sólo cuenta con fuentes internas sino también con fuentes externas. Por ejemplo, las partes en un contrato acuerdan que cuando los servicios de telecomunicaciones se brinden en forma intermitente por fallas técnicas, la cantidad a cobrar será distinta respecto de las tarifas normales y, en caso de que se haya pagado ya el servicio, si la aclaración se realiza en los treinta días siguientes, corresponde la devolución de lo pagado en exceso más una cantidad adicional por “costo financiero”, así llamado en contrato. Por tanto ¿qué tratamiento se debe dar a di-

cho costo financiero? ¿se debe considerar indemnización por daños y perjuicios o se debe considerar intereses? Sin duda las personas buscarán inmediatamente en la norma en cuál de ellas encuadra cuando lo cierto es que primeramente se debe atender al texto del contrato para que, como lo dice el artículo 1851 del Código Civil Federal,⁹ se entienda con claridad qué quisieron decir y, entonces, ya con esa claridad, avanzar ahora sí al tratamiento que debe tener dicho pago adicional. No se trata de buscar la intención de un autor racional, sino la intención del autor tal cual se le conoce.

El *propósito o intención objetiva* corresponde al sistema legal, cuya inercia determina el significado real que corresponde a las palabras de un texto, contractual o normativo. La naturaleza de cada área del Derecho determina la interpretación que debe darse a las personas, la cual puede ser general, si aplica a todas las ramas del Derecho, o específica, si se refiere sólo a alguna rama del Derecho en particular. Intención general, por ejemplo, es la protección de los derechos humanos y de allí discurre el principio *pro personae*. Intención específica, por ejemplo, es la prohibición para la rama penal, la permisiva para la rama civil y mercantil, así como obligatoria para la rama fiscal, con lo cual se determina el mejor significado que corresponde dar a la norma para aplicarla. Un ejemplo de esto lo tenemos con el artículo 98 fracción III inciso c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en donde se indica que las personas físicas, cualquiera que sea su nivel de ingresos, deben presentar declaración anual por su cuenta cuando en el año fiscal tuvieron dos o mas “empleadores” en forma simultánea. Por tanto, si el trabajador de una empresa a la par forma parte de una sociedad civil (como pudiera ser el caso de un maestro universitario), ¿deberá presentar la declaración anual de ISR? En la empresa es trabajador y cuen-

⁹ Artículo 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

ta con un patrón, pero en la sociedad civil no cuenta con patrón, entonces ¿a la palabra “empleador” de la ley se le debe identificar exclusivamente con la palabra “patrón” o debe dárseles la misma connotación aunque no signifiquen lo mismo? La respuesta es, debe dárseles la misma connotación pues la inercia de la rama tributaria es el pago de contribución, más no exentar o liberar de deberes a las personas. Por eso, en la práctica las autoridades hacendarias realizan invitaciones a las personas físicas, aunque cuenten sólo con un patrón y una fuente de ingresos distinta a la subordinación, pues ambos son empleadores, que no es lo mismo a patrón —hasta aquí el punto de lenguaje—, allende que es inercia o intención del sistema tributario que las personas presenten su declaraciones periódicas. En este peldaño se ubican cuatro grados de abstracción: *i)* acorde al autor del texto; *ii)* acorde al autor racional; *iii)* acorde al tipo de documento que se trate; y *iv)* acorde a los principios o valores del sistema normativo (general o específico).¹⁰

Es justamente en este punto en donde se da el ejercicio de ponderación, y toma relevancia la proporcionalidad interpretativa, pues si existen dos posibles interpretaciones que dar al texto o norma, se debe ponderar cuál es la más adecuada para aplicarse al caso. Por ejemplo, la fracción IV-Bis del artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo dice que todos los trabajadores del establecimiento de una empresa mere-

¹⁰ “The fundamental problem in legal interpretation is the relationship between text and context, form and substance. Purposive interpretation views purpose as the context in whose light the text should be given meaning[...] First, purposive interpretation takes an integrative stance on the dichotomy between the intent of the author and the intent of the legal system[...] The second secondary question focuses on the intention of the text’s author. It asks whether to focus on the ‘true’ intention or the ‘expressed’ intention[...] The third secondary question focuses on objective purpose. This purpose reveals the ‘objective substance’ of the text. It is the intention of the legal system, expressed in purposive presumptions that reflect the objective purpose of the system’s various features and elements. The interpreter resolves internal conflicts among these presumptions by balancing them according to their relative significance.” Barak, Aharon, *Purposive interpretation*, New York, Ed. Oxford, 2012, pp. 93-94.

cen el pago de utilidades. Sin embargo, ¿qué sucede si se trata de una empresa que da servicios de subcontratación de personal a sus clientes? ¿Las utilidades de la empresa cliente no se reparten a los trabajadores que ésta tiene en subcontratación pese a ser una unidad económica? o ¿sí deben repartirse a todos los trabajadores aunque legalmente no sean sus trabajadores? Negar la PTU a los trabajadores en subcontratación es actuar exclusivamente conforme a lo escrito (lenguaje), aunque no cumpla los brocardos de equidad y justicia de la rama laboral, y viceversa. Por tanto, el interprete debe ser consciente de que ambos significados son válidos y lo que corresponde ahora es determinar cuál es el sentido que se sentará para aplicarse al caso presente y ser precedente para futuros casos similares, pues es imposible pensar que lo decidido ahora no sea referencia para futuros casos similares pues no denotaría una constante en la tarea jurisdiccional,¹¹ por lo que la elección del propósito ante dos posibles opciones, se resuelve con base en la discrecionalidad que constituye el siguiente paso como complemento de este.

¹¹ “Temporal effects usually occur if decisions have detrimental effects on future generations —that is, if they have immediate benefits, although the costs will be felt years or decades later. The most prominent examples stem from the financial or environmental policy. A government can use debt to finance projects in order to gain additional votes. When the debts have to be paid back, the responsible politicians have often retired so that they are not accountable for the negative effects of their decisions. The situation is similar in the field of environmental policy. Emissions usually have long-term negative effects. The effects of measures aimed at the mitigation of climate change will only be felt in several decades, whereas the costs are already felt today. Many of the voters who today decide about the composition of the government may then not be alive anymore. At the same time, citizens who will feel the effect of environmental measures that are taken (or not taken) in 20 or 30 years often do not yet have a vote of might even not yet be born. Consequently, judicial review can protect future generations if courts correct short-sighted political measures. However, decisions in the field of public finance or the environment often require complex prognoses and specific expertise. Thus, courts might not be the appropriate actors to take an active role in the process.” Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial activism, Fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa*, New York, Cambridge University Press, 2017, pp. 31-32.

C) DISCRECIONALIDAD

Dado que todas las normas, más aún en la tradición romano-canónica, no pueden prever en su totalidad los eventos futuros pues son escritas desde un presente que no conoce más allá de lo que ve, tienden a dejar en manos del juzgador la posibilidad de actuar, razonablemente, para dirimir tales controversias. Esto es a lo que se llama discrecionalidad, el poder de aplicar el criterio propio, dentro de los márgenes y principios que prevé el Derecho a los casos no previstos por ley. Quizá, el primer error en que se incurre cuando se piensa en la discrecionalidad es creer que es absoluta cuando lo cierto es que siempre es relativa, pues está acotada a los casos expresados por la norma, o incluso, de no existir un acotamiento expreso, aún así los principios y brocardos del sistema legal lo son, pues aún cuando en ciertos casos el juzgador pueda actuar sin sujeción estricta a la norma, los valores y principios siempre serán su límite y guía para tomar decisiones en los casos que así corresponde.

La discrecionalidad del juzgador opera en tres casos: *i)* respecto de hechos (*qué* valor darles mediante las pruebas que los acreditan); *ii)* respecto del sistema normativo (*qué* norma aplicar al caso concreto); o *iii)* respecto de la norma (en *qué* sentido aplicarla al caso concreto).¹²

El último caso es en donde se presenta la discrecionalidad para el efecto interpretativo. El juzgador cuenta con discrecionalidad, relativa desde luego, para dar el significado y sentido apegado a la intención del autor del texto o del sistema norma-

¹² "I spoke of three objects of judicial discretion: fact, application of a norm, and the norm itself. The first type of discretion concerns facts vis-à-vis a norm; the second type deals with a norm vis-à-vis facts; the third involves the norm vis-à-vis itself and the rest of the normative system. The distinction among the three objects of judicial discretion is blurred. The difficulty is inherent in the fact that we do not have accurate instruments for determining what constitutes a fact and what a norm, and where the border between them lies." Barak, Aharon, *Judicial discretion*, Londres, Yale University Press, 1987, pp. 16-17.

tivo, y así obtener el fin que busca el texto/norma. Sin embargo, si la norma establece límites férreos desde inicio, la discrecionalidad se ve reducida como sucede por ejemplo, con el primer párrafo del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación.¹³

Asimismo, si no existe una remisión a la discrecionalidad del juzgador o autoridades, pero la norma se basa en principios, dado que éstos son de naturaleza abierta (*open texture*), nuevamente surge la discrecionalidad. Por tanto, sólo en los casos en que no se prevé aplicación estricta o interpretación restrictiva, y se trate de reglas y no de principios, el juzgador cuenta con discrecionalidad para que, razonable y justificadamente elija la mejor interpretación posible y, en caso de que existan dos interpretaciones posibles, el juzgador deberá realizar una “ponderación” dando lugar a la proporcionalidad interpretativa, lo que gráficamente se puede mostrar en la figura 2.

Con todo lo dicho hasta ahora, es de entender que la interpretación propositiva tiene como materia de trabajo una norma que ha de aplicarse en un determinado momento, y de ahí que no exista posibilidad de hacer el ejercicio en el sentido constitucional (por ejemplo, si el cumplimiento de una sentencia en juicio contencioso administrativo puede tomar cuatro meses, respecto de la sentencia en amparo que debe tomar tres días, ello no es motivo de proporcionalidad constitucional ya que no existe roce de derechos, más bien se trata de entender el propósito que a cada uno corresponde. Para el ejemplo brindado, el cumplimiento de sentencia en juicio contencioso administrativo atiende a

¹³ Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

esquemas de legalidad en donde se debate el cumplimiento de deberes por parte de la administración pública, mientras que en el juicio de amparo se alega la violación a derechos, lo que requiere mayor atención, y por tanto, la intención de ambos juicios es diversa, insisto, sin que exista una confronta de derechos o principios.



Figura 2. Proporcionalidad interpretativa. Fuente: Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Argumentación para los agravios de defensa jurídica*, México, Dofiscal Thomson Reuters, 2018, p. 284.

2. PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL

A diferencia de la proporcionalidad interpretativa, la proporcionalidad constitucional tiene como finalidad saber si se justifica la limitante impuesta a un derecho constitucional (derecho humano, natural o fundamental) por medio de una norma secundaria, en virtud de la atención que requiere el derecho de otro u otros, o el interés público. Con lo cual, es claro que la proporcionalidad constitucional, como reflexión que se muestra argumentativamente, no

es un ejercicio de interpretación, pues no está en duda el significado o sentido de la norma sino el límite a un derecho constitucional, lo cual no se justifica interpretando sino argumentando.

En este caso se realiza nuevamente una ponderación mediante cuatro pasos, subtest o subprincipios, todos ellos diapráticos¹⁴ y no holísticos, por lo que a diferencia de la proporcionalidad interpretativa en la cual, cualquiera de sus elementos puede servir para resolver el significado y sentido de la norma puesta en duda, en la proporcionalidad constitucional deben seguirse forzosamente los cuatro pasos que en adelante se comentarán, siendo enfáticos en que la proporcionalidad constitucional surge por tres elementos:

- Un derecho constitucional;
- Una norma secundaria que limite dicho derecho constitucional;
- Por virtud del derecho de otro o de otros, o de un interés público legítimo.

Lo que mostrado con porcentajes burdos (por señalar números al azar sin que éstos sean importantes, sino la idea que se da), implica que el alcance original de un derecho, se reduzca por una norma secundaria dada la atención que requiere otro derecho o interés público:

¹⁴ “Il complemento (l’insieme-complemento) dell’insieme degli eventi *diapraxici* è l’insieme degli eventi *non-diapraxici*. Chiamo eventi non-diapraxici gli eventi la cui realizzazione non richiede la mediazione di un atto, ossia gli eventi i quali *non* avvenano (*non* si compiano) attraverso l’attuazione di un atto. Ecco cinque esempi di eventi *non-diapraxici*: (i)... (ii) la prescrizione di un diritto...” Conte, Amedeo Giovanni, “Pragmatica negativa” in P. di Lucia (a cura di), *Assiomatica del normativo, Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED, Milano, 2011, p. 70.

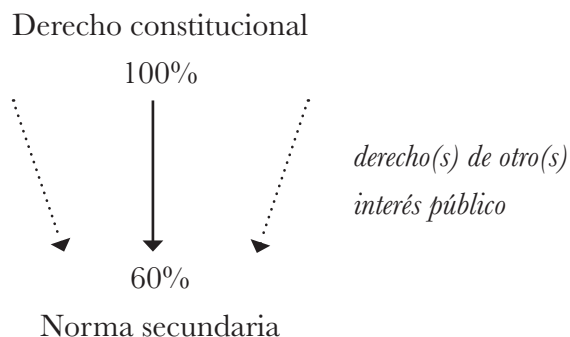


Figura 3.

Con el efecto predominante que se trata de limitación a derechos individuales (en donde el Estado está restringido a “no hacer”), más que a derechos sociales (de “hacer”). Por tanto, desde aquí se advierte la diferencia entre proporcionalidad interpretativa y proporcionalidad constitucional, pues mientras en el primer sólo esta puesto en duda una norma sin involucrar el derecho de otras personas o el interés público (es decir, se ve a la norma desde sí misma), en el segundo está puesto en duda el límite a un derecho constitucional, lo que implica que en cierta forma dos derechos se confrontan (es decir, se ve a la norma respecto de los demás), cuya solución se da con los siguientes pasos, para lo cual retomaré el esquema mostrado:

A) PROPÓSITO LEGÍTIMO

Se refiere a que el derecho de otro u otros, o el interés público, sea legítimo, esto es, que se encuentre en forma implícita o explícita dentro de la Constitución. Por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano es explícito dentro del artículo 4 constitucional, mientras que el derecho al olvido, inmanente a los derechos ARCO, se encuentra implícito dentro del artículo 16 constitucional. De no

ser legítimo dicho propósito, evidentemente la limitante al derecho constitucional que se ve afectado, no se justificará.

Pero no sólo lo implícito o explícito constituye el primer peldaño del test de proporcionalidad, pues más importante aún es el “nivel de urgencia” de la atención que requiere ese otro derecho (u otros derechos) o interés público. Esto es, que sea en verdad de tal magnitud que no pueda esperar. Por ejemplo, cuando en 2016 en la zona metropolitana se decretó la contingencia ambiental y por tanto, todos los automóviles dejarían de circular un día a la semana, independientemente de su placa o engomado, dado los altos niveles de contaminación como lo mostró la CAME, era evidente la urgencia de tomar decisiones. Por eso, no basta con que se trate de un propósito que sea legítimo, pues además se requiere que dicho propósito tenga un nivel de urgencia que merezca atención inmediata.

Este primer paso, se refiere al derecho de otro u otros, o interés público (más no al derecho constitucional que es limitado, pues este es motivo de los siguientes dos pasos) el cual es marcado en negrillas y subrayado dentro del esquema antes mostrado para mejor referencia de este punto:

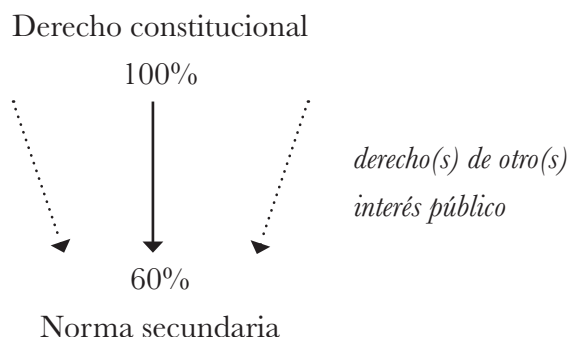


Figura 4.

B) CONEXIÓN RACIONAL (IDONEIDAD)

Se refiere a que el medio elegido para ser limitado, esto es, el derecho que sufrirá un detrimento en su alcance original, sea idóneo para hacer avanzar al derecho o derechos de otro, o interés público que se ha corroborado como legítimo y requiere atención. Así como burdamente se cuestiona de un medicamento para combatir el mal que se expone ante un médico y saber si en verdad servirá para curar el malestar que se comenta el médico, lo mismo sucede con este paso que incluye ambos elementos (derecho que se limita y derecho de otro u otros, o interés público), tan sencillo como eso. Sin embargo, no basta la idoneidad entre ambos elementos, sino que además, debe hacerse avanzar al derecho o interés público que requiere atención.

De no existir dicha idoneidad, no habrá justificación en la limitante al derecho afectado y por tanto, la medida tomada será inconstitucional.

C) NECESIDAD

Se refiere a que el medio elegido sea el que menos afecta a las personas y que aún así, avance al derecho o interés público necesitado. Nuevamente un ejemplo burdo podrá ayudar. Pensando otra vez en la salud, no es lo mismo la prescripción de pastillas a la prescripción de inyecciones intramusculares, pues evidentemente la primera opción no afecta al cuerpo como si puede suceder con el segundo. De tal forma que la afectación debe ser menor para los titulares de los derechos constitucionales que se eligen por el legislador o autoridades para limitarse, lo que se aboca exclusivamente al derecho limitado.

Sin embargo, puede suceder que una medida afecte menos a los titulares de los derechos pero la solución tome más tiempo, mientras que otra medida afecte más a las personas pero lleve

menos tiempo. Volviendo al ejemplo burdo de la salud, es sabido que la prescripción de pastillas no son dolorosas pero tardan más tiempo en hacer efecto respecto de las inyecciones intramusculares (y que decir de las intravenosas). Dependiendo del fin que se busca, lo que se denomina “moneda común” (*common currency*), dará la decisión a tomar. Continuando con el ejemplo, si un paciente que sufre del estómago y desea recuperar pronto su salud para volver a sus actividades laborales, la “moneda común” es el “tiempo” y los principios en pugna son “salud” y “trabajo”, por lo que el paciente seguramente elegirá las inyecciones intramusculares aunque sean dolorosas. Pero si las actividades laborales pueden esperar, entonces la confronta será distinta, pues el paciente ahora deberá decidir entre medicamentos de patente —de mayor precio— o medicamentos genéricos —de menor precio—. En esta variable al ejemplo, la “moneda común” ahora es el “dinero” y los principios en pugna son “salud” y “economía”. Si el paciente decide favorecer su economía, el medicamento genérico será elegido, pero si decide favorecer su salud, el medicamento de patente será elegido.

Por tanto, la necesidad implica básicamente dos puntos:

- i) Que existan alternativas de medios para dar avance al derecho o interés público que requiere atención; y
- ii) Que el medio utilizado limite al derecho afectado en lo menor posible, es decir, no tomar el medio que esté a la mano, el primero que se piense o el que aparentemente es útil, sino el menos oneroso.

De tal forma que no basta con la existencia de alternativas sino que, además, se debe elegir aquella que cause la menor afectación posible.

D) PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Como último paso del test de proporcionalidad, tenemos el equilibrio que debe existir entre el derecho afectado y el derecho de otro u otros o interés público, de tal forma que no exista una ganancia ni un detrimento en exceso, pues el punto es —precisamente— que exista proporcionalidad entre ambos, lo cual se puede resumir brevemente con el siguiente esquema, marcando una díada entre *daño* del derecho afectado y *beneficio* del derecho/interés que requiere atención para avanzar:

$$\begin{array}{rcl}
 & \geq & (inacceptable) \\
 \text{Daño que sufre un derecho} & = & \begin{array}{l} (acceptable) \text{ Beneficio al derecho(s) o} \\ \text{interés público} \end{array} \\
 & \leq & (acceptable)
 \end{array}$$

Figura 5. Equilibrio entre el derecho afectado y el derecho de otro u otros o interés público.

Como se muestra, si el daño es mayor al beneficio que se obtiene, el límite al derecho es inaceptable y por tanto inconstitucional. Si el beneficio es igual al beneficio obtenido, el límite es aceptable y por tanto constitucional. Si el daño que se sufre es menor al beneficio que se obtiene, el límite es aceptable y por tanto constitucional. Dado lo cual, los cuatro pasos referidos se pueden resumir de la siguiente manera:

- Propósito legítimo $\left\{ \begin{array}{l} \text{Fin legítimo} \left\{ \begin{array}{l} \text{implícito} \\ \text{explícito} \end{array} \right. \\ \text{nivel de urgencia} \end{array} \right.$
- Idoneidad $\longrightarrow$ medios –costos–
(que ayude a avanzar a otro derecho/interés)
- Necesidad $\longrightarrow$ medida
- Proporcionalidad $\longrightarrow$ beneficio
estricto sentido

Figura 6. Pasos del test de proporcionalidad. Fuente: Burgoa Toledo, Carlos Alberto, (coord.), *El test de proporcionalidad, justificación en la limitación de los derechos*, México, Thomson Reuters Dofiscal, 2017, p. 39.

Retomados del contexto internacional por la Primera Sala de la Corte en México (dado que no es un test que haya nacido en nuestro país, sino adoptado de la práctica alemana e inglesa), a través de los siguientes criterios emitidos:

- PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. LOCALIZACIÓN: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II ; Pág. 902. 1a. CCLXV/2016 (10a.).
- SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II; Pág. 911. 1a. CCLXVIII/2016 (10a.).
- TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II; Pág. 914. 1a. CCLXX/2016 (10a.).

- CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II; Pág. 894. 1a. CCLXXII/2016 (10a.).

Lo cual dejaba en claro la postura de la Corte sobre el tema. No obstante, en febrero de este año, la Segunda Sala de la Corte emitió una jurisprudencia en la que inexplicablemente desdeña a la necesidad, como parte del test de proporcionalidad, para fines tributarios:

Época: Décima Época

Registro: 2016133

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 02 de febrero de 2018 10:04 h

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: 2a./J. 11/2018 (10a.)

TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN. El test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, apoyado en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios relativos a que la distinción legislativa: a) persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin; y, c) sea proporcional. Ahora, en materia tributaria la intensidad del escrutinio constitucional es flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con libertad configurativa del sistema

tributario sustantivo y adjetivo, de modo que para no vulnerar su libertad política, en campos como el mencionado, las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se limita a verificar que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; la elección del medio para cumplir esa finalidad no conlleva exigir al legislador que dentro de los medios disponibles justifique cuál de todos ellos cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad), sino únicamente determinar si el medio elegido es idóneo, exigiéndose un mínimo de idoneidad y que exista correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables. SEGUNDA SALA

Amparo en revisión 441/2015. Smart & Final del Noroeste, S.A. de C.V. y otra. 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 845/2015. Tiendas Aurrerá, S. de R.L. de C.V. 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 876/2015. Desarrollo Comercial Abarrotero, S.A. de C.V. y otras. 25 de enero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 631/2017. José Armando del Toro Larios. 15 de noviembre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; unanimidad

de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Alberto Pérez Dayán. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo en revisión 514/2017. Peñafiel Bebidas, S.A. de C.V. y otra. 29 de noviembre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Eduardo Medina Mora I. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Tesis de jurisprudencia 11/2018 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinticuatro de enero de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 02 de febrero de 2018 a las 10:04 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 06 de febrero de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Lo que contrasta evidentemente con los criterios sostenidos por la Primera Sala antes mencionados, cuya comparación es:

Tabla 1.

Pasos del test de proporcionalidad según la PRIMERA SALA	Criterios del test de proporcionalidad según la SEGUNDA SALA
Finalidad constitucionalmente válida	Finalidad objetiva y constitucionalmente válida
Idoneidad	Finalidad adecuada o racional (relación de instrumentalidad-medio)
Necesidad	-----
Proporcionalidad en sentido estricto	Proporcionalidad en sentido estricto

Amén que el subtest de necesidad es concebido como el corazón del test de proporcionalidad (*“heart and soul”*) por las razones antes expuestas pues denota la menor afectación al derecho que se ve limitado, dado lo cual, se cuestiona ampliamente sobre el

verdadero estudio que se ha hecho sobre el tema con la jurisprudencia citada ya que las teorías actuales y algunos fallos internacionales sólo han considerado reducir, a lo mucho, a la proporcionalidad en sentido estricto, más nunca desdeñar el subtest de necesidad.¹⁵ Así sucedió, por ejemplo, con la Corte Canadiense quien ha desarrollado esta opción en el caso *RJR-MacDonald v. Canada*. Sin embargo, la jurisprudencia desdeña el test de necesidad y considera como subtest principal el de idoneidad, lo que resulta cuestionable respecto de la forma en que lo ha abordado el contexto internacional.

III. COMENTARIOS FINALES

Como puede advertirse, el test de proporcionalidad es un tema novedoso que debe aún madurar entre particulares y autoridades (administrativas y juzgadores) para arrojar un resultado adecuado que en verdad cumpla con este ejercicio, comenzado por primera vez en Alemania en 1958 y llegado a México cincuenta años después.

No es una tarea difícil pero sí exigente, en tanto que demuestra el reto que se marca para nuestro país, en el cual participamos todos, y del cual se espera llegue al Estado Constitucional de Derecho que sus normas ostentan, para pasar de la letra a la práctica en beneficio de todos sus habitantes.

¹⁵ “The alternative proposed by *Schlink* is a reduced form of proportionality test, which only consists of the first three steps and does not include a balancing stage. However, this proposal has significant normative problems. If courts cannot resort to balancing, the less-restrictive-means test gains importance. And that has a structural effect on the later... The core of the less-restrictive-means test is the question whether a potentially less-restrictive alternative measure is as effective in achieving the public purpose as the reviewed measures. This estimation requires an empirical prognosis. In many cases, there will be uncertainty regarding the two measures that are compared.” Petersen, Niels, *op. cit.*, pp. 50-51.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARAK, Aharon, *Judicial discretion*, Londres, Yale University Press, 1987.
- , Aharon, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, UK, Cambridge University Press, 2012.
- , Aharon, *Purposive interpretation*, New York, Ed. Oxford, 2012.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo., *Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2003.
- BURGOA TOLEDO, Carlos Alberto, *Argumentación para los agravios de defensa jurídica*, México, Ed. Dofiscal Thomson Reuters, 2018.
- , Carlos Alberto, (coord.), *El test de proporcionalidad, justificación en la limitación de los derechos*, México, Ed. Thomson Reuters Dofiscal, 2017.
- PAOLO DI LUCIA (a cura di), *Assiomatica del normativo, Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED, Milano, 2011.
- LYONS, David, The correlativity of rights and duties, in “Novus”, IV, 1970.
- PETERSEN, Niels, *Proportionality and Judicial activism, Fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa*, New York, Cambridge University Press, 2017.
- TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la política como sistema*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM
NUEVA ÉPOCA, NÚM. 5, JULIO-DICIEMBRE 2016

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO MÉTODO CIENTÍFICO DE VERIFICACIÓN¹

GONZALO LEVI OBREGÓN SALINAS²

RESUMEN: La presente investigación busca utilizar a la Teoría de la Argumentación Jurídica, como método de verificación de la ciencia jurídica mediante las variables: Verdad, Lenguaje, Teoría, Tiempo y Consciencia.

PALABRAS CLAVE: *Argumentación jurídica, ciencia jurídica, Verdad, Lenguaje, Teoría, Tiempo y Consciencia.*

ABSTRACT: The present research seeks to use the Theory of Legal Argumentation, as a method of verification of legal science through the elements: Truth, Language, Theory, Time and Consciousness.

KEY WORDS: *Legal Argumentation, legal science, Truth, Language, Theory, Time and Consciousness.*

SUMARIO: I. El contexto de los paradigmas jurídicos en México., II. La Teoría de la Argumentación Jurídica como método de verificación., III. Los elementos de la Teoría de la Argumentación Jurídica, como método científico de verificación dentro de la ciencia jurídica, 1. La verdad., 2. Lenguaje, 3. Teoría, 4. Tiempo, 5. Consciencia, IV. Bibliografía.

I. EL CONTEXTO DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN MÉXICO

En la práctica del derecho en México, así como su estudio ha sido necesario que los operadores reformulen la manera de pensar, argumentar el derecho, la tradición positivista en

¹ El presente trabajo es realizado bajo el apoyo obtenido por parte del CONACYT, en el marco de la estancia posdoctoral 2018 (1).

² Doctor en Derecho por el programa de posgrado en Derecho de la UNAM, profesor de la materia Argumentación Jurídica, y Sistemas de Control Constitucional, en el programa de posgrado en Derecho de la UNAM, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, <gonzaloabogado@outlook.com>.

nuestra Estado-Nación, aun continúa vigente y oponiéndose al cambio de paradigma desde la perspectiva de la ciencia jurídica, tener que reformular el planteamiento de que solamente resolver con lo que se encuentra en la legislación o de un sistema normativo.

Después de tantos años de ser el formalismo jurídico la única propuesta no por la ciencia jurídica sino por el sistema jurídico mexicano, los juzgadores, así como los practicantes tienen la postura de basarse únicamente al supuesto normativo, revisemos la ley para saber cuál es la aplicación que tendrá, como si no fuera necesario pensar o realizar una abstracción de la situación, la conclusión que ofrece la norma jurídica es innecesario el proceso de análisis en cuanto al supuesto.

Las conclusiones que ofrece la norma jurídica pueden beneficiar a una visión positivista desde no realizar un cuestionamiento sobre la existencia de la norma jurídica no desde el aspecto legislativo porque entendemos que la formalidad de legislación es lo que lo hace obligatoria desde el aspecto formal de la norma jurídica, por ello, basta tener como premisa lo que la norma jurídica ya dice de manera concreta, y aceptar que sus conclusiones como correctas y verdaderas.

Esto implica que en el positivismo normativo hay que partir de que la norma jurídica es verdad desde varias perspectivas la primera es considerar que la norma jurídica regula de manera correcta lo que el hecho establece, y dos que las consecuencias jurídicas previstas son las necesarias no sólo de la regulación dentro del sistema jurídico, sino también desde el contexto de los hechos relacionados con los sucesos del día a día de las personas y sus características.

“Dentro de la práctica jurídica, así como en el estudio del Derecho, nos encontramos con que el el Estado Legislativo de Derecho era la manera de pensar, crear y resolver los acontecimientos que al Derecho correspondiera resolver, con el único fundamento de la

búsqueda del formalismo jurídico como la preeminencia al momento de aplicar la ley sobre cualquier situación o persona.”³

La falta de cuestionamiento del positivismo normativo por parte de los operadores favorece la creación de normas jurídicas que no respeten las características de las personas, no exista razón dentro de su contenido además de alentar la existencia de contradicciones o colisiones incluso entre la legislación, ya sea federal, estatal o local, de igual manera considerar que a falta de regulación expresa y como último recurso se aplicaran los principios generales del derecho, ante la falta de regulación concreta de un supuesto normativo.

Lo que permite que el sistema jurídico sea lógico desde la perspectiva de la formalidad debido a que cumple los procedimientos para que sea llamada legislación o norma vigente y por ello valida, en este contexto del paradigma positivista es el que México ha encontrado una aplicación teórica y se ha permitido durante mucho tiempo la aplicación únicamente de la ley, desde su perspectiva formalista, para lo cual es creada, con ello, el principio de legalidad permanece intocado.

La reflexión sobre este aspecto de las cosas revela una verdad sensata: el paso desde las formas simples de la sociedad, donde las reglas primarias de obliación son el único medio de control social, al mundo jurídico, con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones, trae consigo ventajas considerables, pero a un cierto precio. El precio es el riesgo de que el poder centralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podía llevar a cabo.⁴

El cuestionamiento básico que tendríamos que realizar sería, ¿la norma jurídica con base en los formalismos y sus instituciones nos

³ Gonzalo Levi, Obregón Salinas., *Lo Teórico y lo Practico de los Derechos Humanos.*, Ciudad de México, Thomson Reuters, 2018, p. 76.

⁴ H. L. A. Hart., *El concepto de Derecho.*, Buenos Aires., AbeledoPerrot., 2012, pp. 249-250.

lleva a la verdad?, es decir el positivismo jurídico aplicado en México ¿conduce a la norma jurídica a que identifique los supuestos normativos en su regulación?, ¿existe una etapa dentro del proceso legislativo para observar la necesidad de regulación de una norma jurídica?, la norma jurídica y la verdad, ¿serán aspectos que conforman una solución ambivalente a las necesidades de las personas?

Desde la perspectiva de la verdad en la ciencia jurídica podríamos considerar como verdadero la perspectiva del acontecimiento en relación con lo que la norma jurídica dice, tomando como premisa las consecuencias relacionadas con el acontecimiento, es decir desde la facticidad acontecida, o bien la necesidad reflejada en el actuar de las personas, partiendo de eso, más aun, de su comportamiento actual, tomando como generación, de la variable tiempo, en que la sociedad se desenvuelve.

“Pero si la verdad es una construcción, entonces las formas de presentarse la verdad será la construcción de un discurso que se sustenta en la concatenación lógica, racional, razonable y lingüística de las diferentes narraciones (narración en primera persona desde las testimoniales, narraciones explicativas desde los informes médicos y las periciales, etc.) que obran en el expediente”⁵

¿Cómo identificar cuando la disposición normativa ya no regula la verdad?, los acontecimientos relacionados dentro de la sociedad son un parámetro de confrontación a las disposiciones normativas o leyes, lo que podría ser muy sencillo de identificar la problemática consiste en que los cambios sociales deberían ser regulados inmediatamente pero quién decide cuándo regularlos, hasta cuándo una norma jurídica debería modificarse, para ello, es necesario que el legislador así lo decida, en que momento el legislador sabrá que tiene que existir el cambio de supuesto normativo.

De lo anterior podríamos llegar al primer cuestionamiento, ¿cuanto tiempo tiene que esperar la persona para que se le reconoz-

⁵ Gerardo, Ribeiro Toral., *Verdad y Argumentación Jurídica.*, Guanajuato, Porrúa, 2009, p. 29.

ca un derecho mediante un supuesto normativo?, tenemos que esperar a que sea el legislador que decida el momento para modificar la vida de las personas, en qué momento para estas personas podría dejar de ser verdadero lo que la norma jurídica dice en relación a la regulación del hecho pero más aun, a las consecuencias que existen ante la falta de actualización de la norma jurídica.

La actualización de la norma jurídica debe ser desde la perspectiva directa e inmediata de la necesidad de las personas debido a que comprende su dignidad humana, la problemática de el Estado Legislativo se presenta con la actualización y aplicación de la norma jurídica, tiene que ser desde la petición de el gobernado ya que es de manera inmediata ante una autoridad como lo es el juzgador.

La problemática a resolver por el juzgador es que el gobernado le encomiende su petición de actualizar su necesidad frente a la norma jurídica obsoleta, el resolver o no por parte del juzgador dependerá de el paradigma que aplique el juzgador, debido a que si su estudio, abstracción, verificación tiene como contexto el Estado Legislativo, aplicará una disposición normativa que lejos de ayudarlo le creará una nueva transgresión derivado de la aplicación normativa que no tiene actualización.

¿Cuál sería la diferencia de aplicar un paradigma o resolver el planteamiento con otro?, tiene que ver con la realidad de la resolución, con la intención de proteger la dignidad humana o cualquier otro derecho humano, debido a que en el paradigma del Estado Legislativo se encuentra condicionada la creación exacta, así como aplicación idéntica del supuesto normativo frente a la dignidad humana o derecho humano, que durante el positivismo vigente como postura científica solamente utilizará lo que la norma jurídica diga, dejando de lado la falta de regulación actualizada de la norma jurídica.

En lo sucesivo podemos mantener en mente la posibilidad de que la Jurisprudencia sea interpretada tecnológicamente. Estoy consciente de que la palabra tecnología no resulta especialmente querida dentro del contexto social y ello en virtud de que muchas veces se asocia —de ma-

nera toalmente errónea y aribtraria— con el término “tecnocracia”. Quizás si se emplea el concepto de “arte” —lo que apunta eventualmente a lo mismo— entonces la cuestión se torna más aceptable. Pues se podría tener en mente una interpretación de la jurisprudencia en el sentido de una tecnología social. Es decir de un “arte” que sirva para preparar la toma de decisiones de cierto tipo.⁶

Esa es la problemática científica de la tecnología denominada norma jurídica, necesita una actualización constante por parte del poder legislativo, que se compone por ideologías políticas, y diferentes procedimientos para hacer cumplir la dignidad humana, de las personas, por lo que la falta de actualización de la norma jurídica como tecnología genera la complejidad para hacer aplicables los derechos humanos de los gobernados o seres humanos, con ello, no basta identificar la problemática dentro de un paradigma o la aplicación de la ley, hay que dar solución a los problemas que se presentan.

“De ser así, entonces los enunciados sobre la vigencia fáctica de las normas no serían otra cosa más que enunciados sobre hechos sociales, a partir de los cuales sería imposible derivar consecuencias normativas...”⁷

La complejidad del Estado Legislativo, va relacionado con la creación de los términos jurídicos que se implementan lo que hace imposible que las personas tengan un acercamiento con sus derechos que son reconocidos en la ley, debido a que a las personas que están destinadas las normas no entenderán no sólo de el contenido de la norma jurídica, más aun, de las consecuencias que tiene su comportamiento, la complejidad en la creación de los conceptos del derecho hace que cada vez más se aleje la intensidad de su función.

Se entiende que la norma jurídica respeta a las disposiciones jurídicas jerárquicamente superiores a ésta, por ello cuando se

⁶ Hans, Albert., *La ciencia del derecho como ciencia real.*, Ciudad de México, Fontamara, 2007, p. 77.

⁷ Hans, Albert., *op cit.*, p. 79.

emite una disposición normativa de manera general, en apariencia la norma secundaria, se debe apegar a un principio positivado en una norma superior, pero sin justificación la legislación secundaria se aparta de la legislación formalmente superior, y hace evidente una excepción no sólo a la norma jurídica que regula el principio además crea una regla de inaplicación de una norma con mayor jerarquía. Problemáticas formalistas que presenta el Estado Legislativo en la actualidad debido a la justificación de validez derivado del proceso de creación de las disposiciones normativas.

II. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO MÉTODO DE VERIFICACIÓN

La problemática que nos encontramos en México, no sólo es el reto de la complejidad normativa, también es el contexto del cambio de paradigma en su aplicación, no basta con determinar o identificar que existe una nueva o diferente forma de resolver o dar solución a los planteamientos jurídicos, supuestos, contradicciones, falta de regulación jurídica, hay que resolver con base en el nuevo paradigma, así como identificar porque es la mejor manera de no sólo desde la perspectiva de la necesidad de la sociedad, además por la mejor funcionalidad de científica.

¿Cómo identificar en el campo de la ciencia jurídica la modificación de un paradigma?, así como la mejor solución a los problemas que se presentan, en el caso de México se percibe cuando lo esperado por la norma jurídica es distinto a lo que sucede en la vida de las personas, por ello, tomaremos como primer elemento de la teoría de la argumentación jurídica la verdad, consideraremos como verdad, los resultados que son independiente a la norma jurídica, lo que pasa en la vida de las personas y sus derechos humanos independiente a lo que la norma jurídica dice.

“Aristóteles insiste en que las premisas de una explicación científica deben ser verdaderas; claramente señala: ‘El conocimiento de-

mostrativo debe descansar en verdades fundamentales necesarias'. La exigencia de que las premisas sean verdaderas es uno de los requerimientos extralógicos que Aristóteles impone en las premisas de la demostración científica.”⁸

La verdad puede ser vista dentro de esta teoría del Estado Constitucional, como el derecho humano que tiene el gobernado a la verdad, o bien el resultado de la contraposición o verificación de lo que dice la norma jurídica y se espera como resultado en la vida de las personas, frente a lo que pasa en su día a día, con ello, la verdad como elemento de la Teoría de la Argumentación Jurídica como elemento científico de verificación de la verdad tanto en el comportamiento de las autoridades, como el desenvolvimiento normativo en la regulación de los supuestos fácticos.

¿Existe la necesidad de buscar la verdad dentro de un Paradigma en la ciencia jurídica?, ¿por qué sería necesario identificar la verdad no sólo en la norma jurídica también en sus resultados o consecuencias?, la necesidad consideramos existe al encontrarse la aplicación de dos paradigmas en un mismo sistema jurídico, por un lado se encuentran las autoridades, abogados, doctrinarios que se aferran a la aplicación de su visión científica.

Por el otro lado, están los operadores que se encuentran identificados con la aplicación de los derechos humanos ya sea juzgadores, abogados, académicos, que han visto la necesidad en un cambio dentro de la ciencia jurídica, que impacte en la sociedad debido a los retos para resolver sus problemáticas así como el de las personas para llegar al bien común, con ello, los partidarios del Estado Constitucional, buscan la aplicación de la ciencia jurídica con la mayor inserción con todas las tecnologías posibles, dentro de su aspecto científico, no sólo tomar a la norma jurídica y como referente dentro de la ciencia jurídica.

⁸ Rolando, Tamayo y Salmorán., *El derecho y la ciencia del derecho, Introducción a la ciencia jurídica*, Ciudad de México, fontamara, 2011, p. 115.

“El científico debe inducir principios y deducir de ellos enunciados sobre los fenómenos. Para Aristóteles el conocimiento científico comienza con el conocimiento de que cierto evento ocurre o de que ciertas propiedades coexisten. Sin embargo la verdadera explicación científica se logra únicamente cuando enunciados sobre esos eventos o propiedades son deducidos de los principios explicativos. La explicación científica es una transición del conocimiento de los hechos al conocimientos de las causas de los hechos.”⁹

El Estado Constitucional tiene como característica insertar la verdad tanto como derecho humano, así como dentro de la ciencia jurídica, por ello, se parte de la ciencia debido a que no encontraremos en el valor, moralidad, ideología política la aplicación objetiva de la norma jurídica, así como de alguna teoría o postura, tendremos que recurrir a la ciencia en general para buscar el elemento de verificación es decir que tanto los conceptos puedan identificarse con su significado, frente a las consecuencias o resultados esperados.

No buscar solamente el valor que una sociedad impone, más aun, en México como nación existen distintas sociedades que se pueden evidenciar desde la desigualdad económica, o de la educación, también desde las características religiosas que moralmente puedan dar a la sociedad, lo que hace que cada persona de manera interna o individual tenga su propia consideración de lo que es un valor o moralidad, por ello, la ciencia jurídica debe estar en constante búsqueda de la verdad, tanto en la norma jurídica como sus conclusiones enfocadas a los derechos humanos.

La variable o concepto de verdad que conforma la teoría de la argumentación jurídica como método científico de verificación tiene como objeto excluir a las posturas subjetivas que solamente tengan el sustento ya sea formalista, es decir, que debido a la regulación en un cuerpo normativo sea justificación para su aplicación y modificar la vida de las personas o bien la posibilidad de poder

⁹ Rolando, Tamayo y Salmorán., *op cit.*, p. 112.

definir los supuestos normativos, posturas, ó límites a los derechos humanos de las personas, sin tener un referente objetivo.

Con ello, se retoma en el Estado Constitucional la posibilidad de aplicar científicamente el elemento de verdad para su verificación dentro de una Teoría como lo es la argumentación jurídica, en el marco del Estado Constitucional que tiene la característica de incluir a la verdad como derecho humano, y fin dentro de la ciencia jurídica para realizar la verificación tanto de las regulaciones de los derechos humanos en la ley como de los resultados que tiene la legislación en su dignidad y entorno.

El Estado Constitucional presupone que las personas, es decir, los ciudadanos, tienen un interés en la “búsqueda de la verdad”; donde el interés por la verdad es ya la meta a alcanzar. Incluso tiene el permitido el obligar —como ultima ratio— bajo juramento a cumplir conforme a la verdad subjetiva, aunque esto no quiere decir que garantice la verdad objetiva. El Estado puede encomendar a sus funcionarios (los de tercer poder por ejemplo) la búsqueda de la verdad también crear comisiones parlamentarias o “comités particulares”, Pero “ministerios de la verdad” quedan estrictamente prohibidos.¹⁰

Por ello, es tomado en cuenta la verdad como elemento o variable dentro de la argumentación jurídica, más aun, que también es un derecho humano, por ello, deben ser aplicados desde la perspectiva de la ciencia jurídica, las tecnologías, o directrices que permitan verificar tanto la norma jurídica (considerada también sólo una tecnología de la ciencia), como sus consecuencias para abatir la problemática de lo dúctil que puede ser la norma jurídica, al momento de su creación por parte del poder legislativo, que no existe ningún procedimiento para identificar la creación de la norma jurídica, en relación a las necesidades de los gobernados que se tome en cuenta la verdad como referente.

¹⁰ Peter, Häberle., *Verdad y Estado Constitucional.*, Ciudad de México, UNAM-IJ, 2006, p. 134.

La importancia de la verdad dentro de la ciencia jurídica es para identificar las diferencias entre los paradigmas y no confundirlos en cuanto a la aplicación de los derechos humanos, entender que los derechos humanos se rigen por otro tipo de requisitos o principios científicos como la universalidad, progresividad, indivisibilidad, e interdependencia, por lo que esperar a que el legislador pretende definirlos así como identificar uno por uno a los derechos humanos en las normas jurídicas además de ser obsoleto desde la ciencia jurídica, es contradictorio a estos.

“Extremando los términos se puede preguntar si el orden jurídico incluyendo a la Constitución, puede descansar en la “mentira”. De alguna manera es legítima la pregunta porque el derecho, como producto humano, puede descansar en el error, sobre todo en el caso de Constituciones inspiradas en el derecho positivo, ya que la positividad siempre puede ser cuestionada... Sin duda alguna hay Constituciones que no tienen vínculo alguno con la realidad.”¹¹

La contradicción consiste en que la regulación específica así como identificable genera limitaciones trascendentales ya que se le podría llamar de otra forma o bien reducirlo a otro tipo de derechos, más aun, pretender que para su acceso son necesarias garantías, lo cual en el derecho humano, la garantía en todo caso es el actuar de la autoridad, por ello, no se necesitan garantías que los protejan, por la obligación de la autoridad de garantizarlos desde su competencia.

En un momento histórico como lo es el cambio de paradigma del Estado Legislativo al Constitucional, hoy más que nunca se necesita identificar cuáles son las posturas y visiones que han sido modificadas, para evitar y sobreponerse a la reducción de los derechos humanos, o que se pretendan insertar en un paradigma anterior, lo que tendríamos como resultado la inaplicación de estos, así como un retroceso científico de la protección de las personas.

¹¹ Peter, Häberle., *op cit.*, pp. 139 -140.

“Una explicación de la problemática de la falta de validez sustancial de la norma jurídica es la postura de dominación; es decir, la facilidad que otorga el paradigma legislativo por no requerir en su proceso de validación de la ley un procedimiento de coherencia ni de correspondencia, tarea propia del legislador que busca sustentar los intereses de unos cuantos que no tienen relación con la protección de los derechos humanos ni de legislar para la protección de las personas.”¹²

Por ello consideramos que un elemento científico lo podría aportar la Teoría de la argumentación jurídica, no visto como un elemento retórico ó persuasivo que busque convencer mediante las palabras con una cierta lógica en su redacción, o en el orden que tienen de sus premisas, se le da el enfoque de elemento científico debido a la necesidad de que exista un método de verificación dentro de la ciencia jurídica, cuando existe un cambio de paradigma que tiene un objetivo distinto de estudio y sobre todo de protección a las personas.

III. LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, COMO MÉTODO CIENTÍFICO DE VERIFICACIÓN DENTRO DE LA CIENCIA JURÍDICA

1. LA VERDAD

Para poder llegar a tal fin como lo es la verificación dentro de la ciencia jurídica, o dicho de otra forma para poder utilizar a la argumentación jurídica como una teoría que sea considerado un método científicos dentro de la ciencia jurídica, es necesario identificar los elementos que serán necesarios para su aplicación, por ello al día de hoy consideramos como tales: verdad, lenguaje, teoría, tiempo,

¹² Gonzalo Levi, Obregón Salinas., *Lo Teórico y lo Practico de los Derechos Humanos.*, Ciudad de México, Thomson Reuters, 2018, p. 271.

y consciencia, la suma de estos elementos o variables dentro de una conjunción nos dará la certeza e idoneidad en la ciencia jurídica.

En mi opinión, la diferencia en el uso que hoy se da a la expresión “argumentación jurídica” frente al método jurídico” radica esencialmente en que la primera tiende a centrarse en el discurso jurídico justificativo (particularmente el de los jueces), mientras que “método jurídico” (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no sólo) un carácter argumentativo: por ejemplo encontrar el material con el que resolver un caso o adoptar una decisión en relación con un caso (en la medida en que se distingue de justificación esa decisión).¹³

La verdad dentro de la Teoría de la Argumentación Jurídica, tiene como referente que la actuación de las personas dentro de un comportamiento sea el esperado en cuanto al futuro, en el presente es lo que esta aconteciendo, y en el pasado lo que sucedió, va más relacionado con el hecho, aunado a las consecuencias que esa situación generó, una visión holística de los sucesos que permita tomar en cuenta las razones, circunstancias, para entender los resultados de esos comportamientos por parte de quien los realiza.

Los resultados en los acontecimientos (diferentes a los mencionados en una norma jurídica) son una parte importante dentro de la verdad en el comportamiento realizado por las personas para ello se debe observar las consecuencias que se generaron a partir de tal situación, para valorar si hay o no relación con lo que la norma jurídica dispone que debería de ser, verificar si existe una relación entre lo que se espera de la norma en relación con lo que acontecerá, por ello, si esperamos que los trabajadores en el caso de México tengan un número de horas máximas de trabajo, eso es lo

¹³ Manuel, Atienza, Luigi Ferrajoli., *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho.*, Ciudad de México, UNAM-IIJ, 2017, pp. 4-5.

que debería pasar, no que se sobre pase de ese número obligatorio de horas realizadas por los trabajadores.

En el caso de que una persona cometa homicidio, la sociedad esperaría que como consecuencia ésta deba ser privada de la libertad para su reinserción social derivado de ese comportamiento que no sólo, es contrario a la norma, además va en contra de la naturaleza de la vida, por ello, tendríamos dos supuestos el primero es que todas las personas que cometen homicidio prohibido por la legislación vayan a la reinserción social, y posteriormente a eso que las personas que realizaron esa conducta vuelvan a ser funcionales para la sociedad, para cumplir con la reinserción.

Ese es el elemento futuro e incierto de la norma jurídica, buscará que las personas en el futuro que realicen el supuesto establecido en la ley, tengan consecuencias, pero en cualquier caso de regulación tendríamos que verificar si el comportamiento se ajusta a las necesidades de la sociedad en cuanto a sus derechos humanos, de la misma manera en el caso de que se actualice el supuesto normativo, tendríamos que observar que sus fines para lo que fue creada, y las consecuencias o resultados sean los esperados.

Por esta razón es necesario que se establezca la verdad como elemento de verificación en el método de la Teoría de la Argumentación Jurídica, que la legislación a pesar de no tener un procedimiento dentro del proceso legislativo, en que valore la inclusión de la verdad como necesidad en la legislación, o que tanto los gobernantes como cualquier otra persona tenga el derecho de acceder a la verdad de los hechos, de las consecuencias, o bien que se modifique la situación que no se encuentra acorde con el momento realizado.

“La técnica —el producto de la ciencia moderna salido de la metafísica moderna— ha escapado de las manos del hombre, ha dejado de servirle, lo ha sometido y lo ha impulsado a ayudarlo en la preparación de su propia pérdida. Y el hombre no conoce la salida a esta situación; no dispone de una idea de una fe y, todavía menos, de una concepción política que le permita dominar de nuevo la si-

tuación. Impotente, contempla frío funcionamiento del mecanismo que él creo, cómo irremediablemente lo atrapa y lo arranca de sus vínculos naturaleza.”¹⁴

La verdad como elemento de la Teoría de la Argumentación Jurídica se utilizara para realizar el análisis de las premisas, los planteamientos, narraciones, dichos, se pueda verificar mediante los resultados así como las conclusiones, si la norma jurídica menciona que una persona debe vivir con dignidad, confrontar si es la falta de aplicación normativa por parte del aparato del Estado, o si la norma jurídica aunque regule tales alcances, no tiene el mecanismo para cumplir la situación de que todas las personas tengan dignidad.

Otra razón más para considerar que la verdad sea un elemento dentro de la Teoría de la Argumentación Jurídica, está relacionado con los procesos jurisdiccionales que tienen como objetivo buscar la aplicación de la norma jurídica, sin valorar que la legislación cuando es aplicada se prefiere cumplir con el formalismo antes de buscar la verdad, lo que genera una incongruencia de la ciencia jurídica que tenga como fin, por ello, tendrá que ser un elemento que sea tomado en cuenta tanto al emitir una norma jurídica como al aplicarla.

La importancia de la verdad también se relaciona con el Lenguaje, debido a que en la ciencia jurídica se utilizan símbolos y signos, relacionados a conceptos que se refieren a describir determinado acontecimiento, así como a solicitar los elementos que son necesarios para poder considerar que son los que la legislación considera como tales, por lo que le atribuirá tales efectos, por ello, el siguiente elemento que tomamos en consideración es el Lenguaje.

2. LENGUAJE

Es un método de comunicación entre un emisor y un receptor para transmitir un mensaje, que puede ser de diferentes tipos, nos limitaremos a identificar sus elementos *per se*, así como la problemática

¹⁴ Václav Havel, *El poder de los sin poder*, Epublibre-prometeus, 1978, p. 154.

que podría al momento de decodificarlo del lenguaje natural al científico, también se tiene que considerar la intensión de transmitirlo, es decir, los efectos que puede tener decir algún comentario, relacionado con lo que espero obtener.

El Lenguaje podemos considerar que es natural cuando no identifica algún elemento científico o técnico más relacionado con el comportamiento social de el día a día de las personas, consideramos lenguaje científico al que es creado para identificar y explicar tanto momentos como instituciones, y objetos específicos, conceptos creados para identificar de manera concreta mediante definición algún fenómeno o acontecimiento, de manera técnica, se podría decir que es un lenguaje creado a partir de necesidades más específicas para identificar causas y consecuencias.

“El lenguaje común es exactamente el lenguaje al alcance de todos, el lenguaje de la conversación corriente. Locke lo denomino lenguaje “civil”, pero quizás sea más claro hablar de lenguaje materno, ya que es el lenguaje que aprendemos en la infancia. Una vez que llega a manejar el discurso, el hombre comunica con la misma naturalidad con que respira (hasta que no está amenazado de asfixia).”¹⁵

La problemática consiste en la relación entre el lenguaje natural así como el lenguaje científico en general, ya que en determinados lugares se les puede definir de una manera distinta o bien algunas ciencias le pueden llamar de una forma u otra a un mismo fenómeno, por ello, el nivel de confusión y complejidad para las personas que no sean especialistas, o bien siéndolo no se puedan poner de acuerdo, a esto lo podemos llamar complejidad en el lenguaje científico.

“Los lenguajes especiales son los lenguajes “críticos”, y mas precisamente “especializados”, a lo que se llega por coerción de los defectos del lenguaje corriente. Con críticos en el sentido de

¹⁵ Giovanni, Sartori., *La política, Lógica y método en las ciencias sociales.*, Ciudad de México., Fondo de Cultura Económica., 2000, p. 19.

que fueron contruidos mediante la reflexión sobre el instrumento lingüístico del que se valen; son especializados en el sentido de que cada disciplina tiende a crearse un lenguaje *ad hoc*, adaptado especialmente los problemas heurísticos que se propone.”¹⁶

El aspecto del Lenguaje como primer elemento de la Teoría de la Argumentación va relacionado con la búsqueda de reducir la complejidad del lenguaje en relación la creación de conceptos o figuras jurídicas que supuestamente pretenden dar mayor exactitud dentro de la ciencia jurídica, pero vuelven inaccesible e improbable la aplicación de el concepto, o bien de las consecuencias que puede tener tanto en la aplicación en una norma jurídica como dentro de un postulado científico.

Con esto se busca culminar con la complejidad en el lenguaje científico mediante la economicidad en los conceptos debido a que la ciencia debe ser creada para facilitar la comprensión, aplicación, y generar mejoría para la sociedad, no debemos de llegar a considerar que para justificar una idea o postura técnica se debe buscar conceptos cada vez más complejos, lo cual sólo aleja a las personas y a la ciencia jurídica de la vida diaria.

El lenguaje dentro de la ciencia jurídica debe ser sencillo, lo más apegado al lenguaje natural en el entendimiento, para que las personas que no tienen el conocimiento relacionado con la ciencia jurídica lo puedan entender, también un concepto jurídico debe encontrarse relacionado y no estar en contra de la clasificación o definición en otras ciencias, debe encontrarse en el mismo sentido, tenemos el caso de proporcionalidad, la proporcionalidad en la ciencia jurídica se le identifica con las consecuencias relacionadas a las causas.

Aunque existe un procedimiento de razonamiento derivado de la inclusión y exclusión de las diferencias para identificar la causa y determinar las consecuencias, o bien en materia tributaria cuando

¹⁶ Giovanni, Sartori., *op cit.* p. 26.

hablamos de hecho generador este debe ser proporcional a la riqueza obtenida determinando la neutralidad de la contribución de manera clásica se podría considerar que eso es proporcionalidad en las contribuciones, pero en realidad es un ejemplo de la complejidad en la ciencia jurídica en el caso mexicano.

Debido a que la proporcionalidad como se podría considerar va en la operación sencilla de cuanto obtienes frente a lo que gastas, pero en la cuestión del lenguaje científico especializado como son las contribuciones no parte de la necesidad de las personas para tener una vida digna, parte de sus ingresos lo cual es un ejemplo de la complejidad que puede llegar a ser en las ciencias en el caso de la jurídica en una especialidad como lo es las contribuciones, llegar al grado de aplicar un concepto en un contexto que parecería razonable pero que dista mucho de la realidad.

Por eso debe ser entendible y relacionado a las otras ciencias para que el lenguaje jurídico no pierde objetividad en su campo de estudio, debido a que no podemos considerar que nuestros mismos conceptos que parten de la ciencia jurídica tengan justificación debido a que están regulados en una norma jurídica, y son obligatorios lo que hace complicado que sea dudado o identificado en su contexto, las personas al contribuir al gasto público lo deben de hacer proporcional no a sus ingresos y sí a sus necesidades para obtener una vida digna.

A partir de la proporcionalidad dentro del lenguaje especializado se valora el incremento positivo al patrimonio, (se deja de lado las necesidades dignas de las personas para subsistir) lo que muestra que la palabra proporcionalidad puede ser vaga en la aplicación científica de la contribución para las personas, como se conoce en el lenguaje especializado en materia tributaria a los seres humanos se les denomina en materia de contribuciones personas físicas.

La particularidad es que las personas físicas están relacionadas con la familia y previamente se encuentra la necesidad económica de cumplir con los gastos de sostenerla, lo que distorsiona totalmen-

te el concepto de proporcionalidad en las normas jurídicas al aplicar un concepto de proporcionalidad degradado en su aplicación, sin un referente claro que identifique el supuesto de que no deberá de contribuir al gasto público hasta que no cumpla sus necesidades más básicas.

La proporcionalidad en materia de contribuciones es un concepto vago debido a la perspectiva positivista del legislador, lo interesante se identifica cuando los teóricos parten de ideologías desde su visión de vida, o sus intereses que muestra, como en ocasiones el objetivo de la ciencia jurídica se desvía de servir al hombre para que llegue al bien común, o se pierde el estado de satisfacción a sus necesidades lo anterior por la especialización del lenguaje (es más evidente cuando se aplica el positivismo), es por ello, que consideramos el Lenguaje como elemento de la Teoría de la Argumentación Jurídica.

3. TEORÍA

Las posturas científicas dependen de la forma de clasificar e integrar los conceptos que son identificados mediante principios básicos o esenciales dentro de la ciencia jurídica, (como se analizó en el apartado anterior del principio de proporcionalidad) estos conceptos se van desarrollando mediante otras definiciones para buscar una mejor explicación de los acontecimientos, con el afán de llegar a la mejor precisión en la identificación del referente, lo que debe permitir suponer las consecuencias derivado de las causas una vez identificadas.

Las teorías de la ciencia jurídica en la actualidad parten de dos ideas o premisas de estudio la norma jurídica o la persona, si observamos la aplicación ortodoxa sin verificación estaremos hablando de una teoría positivista, si relacionamos la norma jurídica más la razón estaremos en el neopositivismo, si aplicamos las premisas o principios directos desde la constitución consideraríamos al

neoconstitucionalismo, o bien si la realidad social la conjugamos con la los conceptos científicos comprobables que ofrezcan soluciones inmediatas a los retos de la actualidad social se identifica el pragmatismo.

Es difícil considerar cuál teoría sería la correcta para resolver un fenómeno como problemática dentro de la ciencia jurídica, la decisión no debe venir de elementos subjetivos por el gusto de aplicar la teoría, principalmente se debe tomar en cuenta la posibilidad de resolver la problemática actual, también dar los parámetros para el bienestar de la sociedad, partiendo del principio del valor de la ciencia, (para lo que fue creada), cabe precisar que el valor científico es el objetivo de la ciencia la justificación de su creación.

La teoría al homologar, y sistematizar conceptos para dar una posible respuesta al fenómeno como problema, pueden llegar a tal extremo de cumplir un objetivo distinto al que la ciencia jurídica ha creado, como ejemplo podríamos considerar la formalidad (proceso legislativo) necesaria para la creación de las normas (dejando de lado el elemento material) frente a la falta de regulación de la necesidad de las personas para vivir de una manera digna, existe como premisa principal dentro del positivismo la siguiente: no importa que la persona no goce de su dignidad, primero es la norma, si la ley considera que no viola su dignidad, entonces así es.

La complejidad de saber qué Teoría utilizar para tratar de resolver los retos que se presentan a partir de las problemáticas que se deben resolver, depende de lo accesible en su entendimiento y posible aplicación, por lo tanto antes de realizar grandes conceptos u oscuros esquemas racionales, previamente debemos preguntarnos al utilizar una Teoría, para qué sirve la información clasificada, identificada y sistematizada, además de analizar la verificación o acreditamiento desde su práctica, también debe responder a la pregunta: ¿es necesario tanta especificidad, complicación de referente o significado cuando las personas no podrían entender tales conceptos creados?

Es importante reflexionar cuál es la importancia y objetivo en la creación de una Teoría, para entender la postura ideológica, más aun, analizar si al momento de su aplicación la Teoría cumple con el postulado científico, o solamente es lógico en el desarrollo de la Teoría sin que de manera interna exista contradicción, relacionada a su entendimiento así como practicidad para resolver la problemática.

Los expositores de la Teoría deben tener la rigurosidad científica de demostrar su aplicación en la sociedad así como sus beneficios, no solamente desde una postura doctrinaria de relación entre un concepto con otro, o lo impactante que podría ser para el auditorio la dificultad de entender definiciones mediante enunciados muy elaborados, de la misma forma basar el éxito de la Teoría en la complejidad para entenderla para nosotros esa postura solamente justifica la obscuridad de esa reflexión al no resolver la dificultad de cumplir las necesidades más básicas mediante la Teoría.

La justificación que consideramos para que la Teoría forme parte de un elemento como la argumentación jurídica como método científico de comprobación de la ciencia jurídica, es porque busca cuestionar a las Teorías y sus exponentes para que demuestren la aplicación y reducción de procesos para exigir un derecho humano, frente a particulares o al Estado cuando es transgredido y que exista la posibilidad de identificar la premisa Teórica de manera clara con la economicidad de términos o conceptos.

Mediante la Teoría como elemento podemos identificar, si los doctrinarios o exponentes al momento de formular conocimiento novedoso, éste cumple con las características de la ciencia jurídica al suplir la deficiencia de la norma jurídica, así como reducir la necesidad de regulación e identificación de todos los derechos humanos.

El neopositivismo considera a la garantía como una necesidad *sine qua non*, por lo tanto considerar que el legislador es el único con la obligación de garantizar hace que en México sea imposible

la exigibilidad de los derechos humanos (tomando en cuenta que no somos uno de los países que más los respete), con ello proponer que el poder legislativo sea el único que genere las garantías para protección de las personas, y no incluir a los juzgadores para que en el ámbito de sus competencias al momento de resolver sean estos los que en sus decisiones garanticen los derechos que se solicitan mediante los hechos expuestos, solamente llevaría al retraso de protección y que no se aplique en el tiempo que se necesite debido a la espera o tardanza del legislador en realizarlo.

4. TIEMPO

El Tiempo en relación a la norma jurídica, es un elemento no menos importante, debido a que la ley como tecnología tiene una característica muy particular que es la atemporalidad de su aplicación, es decir para actualizar una norma jurídica las personas interesadas en su cumplimiento tienen que esperar hasta que los acontecimientos hayan sucedido.

Para identificar esta aseveración es importante observar la redacción de la mayoría de las normas jurídicas, sobre todo aquellas que buscan identificar momentos y otorgar consecuencias, estas normas se encuentran redactadas en futuro, lo que presupone que los acontecimientos redactados en la norma jurídica se podrán materializar una vez que se realicen los supuestos fácticos-jurídicos, lo que parece a simple vista muy sencillo, la complicación comienza con la verificación del supuesto entre los elementos frente a la creación del suceso o decodificación de la hipótesis jurídica, cuando este se ha convertido en pasado.

Lo que comienza a complicar la observación de este fenómeno radica en que la aplicación de la norma jurídica versa sobre situaciones o hechos que ya acontecieron, por lo tanto, hay una contingencia temporal entre la redacción a futuro de las normas jurídicas con su aplicación que vendrá una vez que los supuestos se

hayan realizado, es decir del pasado, no podemos hablar de presente debido a que éste es instantáneo, es decir el momento presente se extingue cuando se realiza o solamente tiene esa característica cuando lo estas haciendo, razón por la cual hablamos de construir un nuevo hecho ya que el que se pretendía regular a futuro, ahora se volvió pasado, situación que genera contingencia para la aplicación de una norma jurídica.

Lo anterior identifica perfectamente que el tiempo para la tecnología normativa no tiene la misma medición que los momentos u horas de la vida de las personas, derivado a que no se encuentra de manera lineal en segundos, minutos, horas, días, meses, años, la norma jurídica puede estar con más de 50 años de regulación y continuar viva, que dentro de la ciencia jurídica a ese tiempo de vida le podríamos decir vigente, diferente a la vida del hombre que puede durar un número de años determinados lo que se encuentra condicionado a situaciones de salud, económicas, sociales, por mencionar algunos ejemplos.

Las normas jurídicas como tecnología son modificadas derivado de un proceso legislativo que es necesario hasta que el gobernante lo solicita o bien las fuerzas políticas están de acuerdo, sin tomar en cuenta la urgencia o necesidad de expedición de una ley, al partir de una postura positivista o neopositivista al considerar la imperiosa necesidad de una garantía o que la norma jurídica así lo establezca de manera exacta.

La perspectiva temporal de la norma jurídica lleva a considerar que existe una temporalidad distinta entre las personas y la norma, no sólo en su redacción a futuro, también en la actualización, por un lado tenemos a la regulación del supuesto jurídico-fáctico, que es el identificado en la ley, y por el otro el supuesto fáctico que es la vida de las personas, por qué podríamos considerar que es distinto el supuesto normativo jurídico-fáctico (ley), que el supuesto fáctico (persona), todo radica en la actualización de la norma, si la persona no cumple con los requisitos o elementos establecidos en la norma

jurídica, no podríamos hablar de actualización ni mucho menos de esperar consecuencias.

El Tiempo como elemento de la Teoría de la Argumentación Jurídica, se caracteriza como el factor que permitirá identificar las ideas o las razones en momentos o acontecimientos, la diferencia temporal de realizar un trabajo o bien de resolver un pensamiento en duda, como en el campo del derecho la aplicación de los argumentos como premisas, razones para defender o sustentar derechos y obligaciones, dependerá no sólo de la persona que tenga mayor conocimiento de los elementos que se han mencionado anteriormente, también lo compone quien pueda realizar la verificación de manera más rápida con el mínimo de inexactitudes ante la contingencia de la decodificación y actualización normativa.

Esto quiere decir que el operador que pueda identificar de una manera más rápida con mayores elementos dentro de un acontecimiento, negocio, práctica jurídica podrá apropiarse de la atemporalidad de la legislación al generar un proceso de abstracción mayor que el del creador de la norma o bien dentro de su oponente en un proceso jurisdiccional o contencioso, para ello, es necesario considerar la atemporalidad de las figuras jurídicas que esperan ser actualizadas mediante el cumplimiento, no del momento de su realización, va más allá, dependiendo del operador o decodificador de los acontecimientos frente a los elementos de la norma jurídica para que ésta tenga consecuencias.

Situación que se puede aseverar del siguiente planteamiento:

Los obreros no deben utilizar sus economías cuando les parezca por ejemplo para hacer una huelga o celebrar fiestas. Surge entonces la necesidad de controlar las economías del obrero y de ahí la creación, en la década de 1820 y sobre todo a partir de los años 40 y 50, de las cajas de ahorro y las cooperativas de asistencia, etcétera, que permiten drenar economías de los obreros y controlar la manera en que son utilizados. De este modo el tiempo del obrero, no sólo el tiempo de su día laboral, sino el de su vida entera, podrá efecti-

vamente ser utilizado de la mejor manera posible por el aparato de la producción. Y es así que a través de estas instituciones aparentemente encaminadas a brindar protección y seguridad se establece un mecanismo por el que todo el tiempo de la existencia humana es puesto a disposición de un mercado de trabajo y de las exigencias del trabajo. La primera función de estas instituciones de secuestro es la explotación de la totalidad del tiempo. Podría mostrarse, igualmente, cómo el mecanismo del consumo y la publicidad ejercen ese control general del tiempo en países desarrollados.¹⁷

Una de las complejidades de la norma jurídica como tecnología implica su actualización es decir hacer que mediante documentos, razones, abstracciones se revise si tiene o no aplicación una vez que los hechos se han suscitado, por ello, la aplicación no viene a posterior de la realización del acto, se perfecciona en el tiempo en que se reúnen los requisitos para su actualización, lo que dependerá en la reflexión de las partes dentro de un negocio jurídico, por ello, es una variable importante para la Teoría a de la Argumentación Jurídica.

El tiempo en relación a la toma de decisiones o aceptación de premisas, radica en que la consciencia aplicada al conocimiento y la velocidad de pensamiento para resolver tal postura, implica una apertura temporal diferente debido a que la reflexión de uno de las partes puede conducir el momento, es decir dirigir la ocasión o la discusión, con lo que generar un ambiente o contexto que parte de su idea o postura, la cual podría o no tener mayor tiempo reflexionando dependiendo de la velocidad de darse cuenta de las causas y consecuencias de su actuar, como en el caso que se menciono de los obreros.

El hecho de que la persona que llega a un nivel de consciencia mayor con más velocidad dentro de la norma jurídica, puede o no lograr que se actualice y su postura se tome como real y aceptable

¹⁷ Michel, Foucault., *La verdad y las formas jurídicas.*, Barcelona, Gedisa., 2010, p. 129.

dentro de una negociación o discusión, o litigio, por la atemporalidad de la norma jurídica frente a la capacidad de consciencia de el emisor de la premisa, lo cual lleva la necesidad de estudiar el último elemento.

5. CONSCIENCIA

Este elemento esta relacionado con la reflexión, razonamiento, y abstracción que tiene que ver no sólo con el entendimiento de las ideas, también tiene que ver con el objetivo de la creación de los conceptos en la etapa de construcción de conocimiento, con su entendimiento teórico y en su aplicación, entender la funcionalidad que puede generar para la sociedad, así como las causas y las consecuencias de los supuestos normativos en relación con las teorías, la verdad, lenguaje y temporalidad.

El elemento consciencia es la aplicación de todos las variables anteriores (Verdad, Lenguaje, Teoría y Tiempo) lo que permite distinguir cuándo una teoría no cumple con su función dentro de la ciencia jurídica, por lo que partir de una Teoría que no entendemos así como la complejidad de sus conceptos a las razones de su comportamiento, nos lleva a ubicarnos dentro de la temporalidad por lo que continuar con esa forma de vida, nos llevará a vivir el tiempo de otra persona sus decisiones, deseos, o bien el estar inmerso un situaciones en las que no decidimos y que realizamos por inercia de las circunstancias al no poder distinguir una forma diferente de actuar ante lo cotidiano, como en el caso del obrero anteriormente mencionado.

La consciencia también permite dentro del lenguaje encontrar las intensiones que tiene el emisor del mensaje, ya que en algunas ocasiones se puede decir el tipo de intensión que tengo cuando digo o externo una idea, pero en otras ocasiones, no se menciona que intensiones existen de realizar un comentario o transmitir un men-

saje, lo cual podría traer consecuencias no previstas para el receptor de el pensamiento y actuar de una manera desfavorable.

La importancia de un método de verificación dentro de la ciencia jurídica es imprescindible para concluir sobre la aplicación de la norma jurídica, o bien, para encontrar la verdad en los acontecimientos, enunciados, o posturas sobre todo en el momento histórico en el que nos encontramos que es el de cambio de paradigma en México e identificar si se pretende aplicar el paradigma de Estado Legislativo o bien el de Estado Constitucional.

La importancia de aplicar un método científico como el de la Teoría de la Argumentación Jurídica, es para verificar la verdad de las disposiciones normativas, de las teorías actuales, así como constatar el lenguaje en cuanto su definición, referente, significado, y no permitir que mediante conceptos oscuros por estar muy elaborados sin que se tenga claridad o inteligibilidad de sus alcances o referentes, podamos caer en el comportamiento equivocado sin estar conscientes de saberlo, por lo que podríamos encontrarnos en la toma de decisiones que no son nuestras y defender derechos que tampoco son los nuestros, o permitir la transgresión de nuestros derechos humanos, por no entender los alcances de un enunciado o comportamiento, o bien vivir en un tiempo que no es el nuestro.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, Hans., *La ciencia del derecho como ciencia real.*, Ciudad de México, fontamara, 2007
- ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho.*, Ciudad de México, UNAM-IJJ, 2017.
- FOUCAULT, Michel., *La verdad y las formas jurídicas.*, Barcelona, Gedisa., 2010.
- HÄBERLE, Peter., *Verdad y Estado Constitucional.*, Ciudad de México, UNAM-IJJ, 2006.

- HART, H. L. A. , *El concepto de Derecho.*, Buenos Aires., Abeledo Perrot., 2012.
- HAVEL, Václav., *El poder de los sin poder.*, Epublibre-prometeus, 1978.
- OBREGÓN SALINAS, Gonzalo Levi., *Lo Teórico y lo Practico de los Derechos Humanos.*, Ciudad de México, Thomson Reuters, 2018.
- RIBERO TORAL, Gerardo., *Verdad y Argumentación Jurídica.*, Guanajuato, Porrúa, 2009.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando., *El derecho y la ciencia del derecho, Introducción a la ciencia jurídica.*, Ciudad de México, Fontamara, 2011.
- SARTORI, Giovanni., *La política, Lógica y método en las ciencias sociales.*, Ciudad de México., Fondo de Cultura Económica., 2000.



LOS CONTAMINANTES ACUÍFEROS Y SUS EFECTOS NOCIVOS EN LA SALUD HUMANA

CAROLINA CAMPOS SERRANO¹

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo evidenciar los efectos nocivos que se producen en la salud humana cuando los residuos peligrosos contaminan el agua y el medio ambiente. Estudio que se realizará mediante el análisis de la norma oficial mexicana NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos. Por ello, y a través del método deductivo, este artículo se ha dividido en cinco secciones. Comenzando con el análisis de la citada Norma Oficial para concluir con el daño que se produce al medio ambiente, agua y la salud de los seres vivos en general y al ser humano en lo particular.

PALABRAS CLAVE: *Residuos tóxicos, contaminantes acuíferos, derecho a la salud, derecho al agua, derecho a un medio ambiente adecuado.*

ABSTRACT: This article aims to evince the harmful effects that occur in human health when hazardous waste pollutes water and the environment. This study will be carried out through the analysis of the official Mexican standard NOM-052-SEMARNAT-2005, which establishes the characteristics, identification procedure, classification and lists of hazardous waste. Therefore, and through the deductive method, this article has been divided into five sections. Starting with the analysis of the Official Mexican Standard to conclude with the damage that occurs to the environment, water and the health of living beings in general and to the human being in particular.

Keywords: toxic waste, aquifer pollutants, right to health, right to water, right to the environment

¹ Doctora en Derecho, profesora adscrita al Posgrado de Derecho y al Padrón de Tutores de la UNAM en los programas de Maestría y Doctorado en Derecho.

SUMARIO: I. Introducción; II. Qué es un residuo peligroso; III. Características que definen a un residuo como peligroso; IV. Clasificación de residuos peligrosos; V. Efectos nocivos a la salud humana. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre otros, dispone la protección de los derechos fundamentales al agua, salud, y a un medio ambiente adecuado para su desarrollo integral.

Esos derechos fundamentales son necesarios para que toda persona pueda vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar.

Por ello y para definir *los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación; la preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente*, se ha creado la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.¹

De igual forma para precisar la prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo, y salvaguardar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar se ha creado la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.²

Estos dos ordenamientos sientan las bases para la elaboración de las normas oficiales mexicanas donde se diseñan los mecanismos para el control de la contaminación del aire, agua y suelo y la calidad en términos generales para mejoramiento del ambiente y hacer posible lo dispuesto en nuestro marco constitucional.

De este modo se señala que las normas oficiales mexicanas contendrán, entre otros temas, los listados que clasifiquen los materiales y residuos peligrosos considerando sus características.

¹ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, artículo 1.

² Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, artículo 1.

Es por ello que este estudio se confina al análisis de la norma oficial mexicana NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos, la cual fue publicada el 23 de junio de 2006 en el Diario Oficial de la Federación.

II. QUÉ ES UN RESIDUO PELIGROSO

Los residuos se definen formalmente como los materiales o productos que se desechan ya sea en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, que se contienen en recipientes o depósitos, y que necesitan estar sujetos a tratamiento o disposición final con base en lo dispuesto en la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.³

Es importante señalar que un material peligroso no es lo mismo que un residuo peligroso. Al respecto al Suprema Corte de la Justicia de la Nación se ha pronunciado con la siguiente tesis:

Materiales Y Residuos Peligrosos. Su Distinción.

En términos de los artículos 3o., fracción XXIII, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y 5, fracciones XVIII, XXIX y XXXII, de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, el término “material” es definido como una sustancia, compuesto o mezcla de compuestos, cuya nota distintiva radica en que es usado como un insumo, que constituye un componente de productos de consumo, de envases, empaques, embalajes y de los residuos que éstos generan; mientras que un **“residuo” es un desecho de material o producto que se encuentra en estado sólido o semisólido, o bien, en estado líquido o gas, contenido en recipientes o depósitos, y que puede ser susceptible de ser valorizado o requiere sujetar-**

³ SEMARNAT. (2015) Informe sobre la situación del medio ambiente en México 2015. Compendio de estadísticas ambientales. Indicadores clave de desempeño ambiental y de crecimiento verde. Capítulo 7. Residuos, p. 431

se a tratamiento o disposición final.⁴ Esto es, lo que distingue los elementos enunciados en la definición legal de materiales, de aquellos previstos en la de residuos, es que aquéllos tendrán el carácter de insumo, lo que implica la posibilidad de ser usados en un proceso productivo, en tanto que éstos **se caracterizan por ser desechos, por lo que ya no pueden ser usados en algún proceso de producción.** No obstante la nota distintiva anterior, ambos, en el caso que presenten características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o biológico infecciosas, pueden considerarse como “peligrosos”. En este sentido, si bien es lógico que en un proceso de producción existan residuos de los materiales -insumos-, ello no implica que pierdan este carácter, pues subsiste la posibilidad de que se utilicen en un diverso proceso y, por tanto, deben diferenciarse de los residuos -desechos-, los cuales ya fueron usados, o bien, ya no pueden usarse en el proceso de producción.⁵

De tal suerte que en este artículo solo se abordará lo referente a residuos peligrosos, por considerarse fuera del proceso de producción y que ya no pueden usarse nuevamente.

Los residuos peligrosos se clasifican de acuerdo a sus características y orígenes en tres grupos: residuos sólidos urbanos, residuos de manejo especial y residuos peligrosos.

En México, los Residuos Peligrosos, se definen “como aquellos que poseen al menos una de las llamadas características CRETIB, es decir, pueden ser: corrosivos (C), reactivos (R), explosivos (E), tóxicos (T), inflamables (I) y biológico-infecciosos (B)”.⁶

⁴ Énfasis agregado.

⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima Época. Décimo tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito. Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV. Tesis I.10o.A.29 A (10a.), Registro no. 2012896, página: 2982

⁶ SEMARNAT. (2015) Informe sobre la situación del medio ambiente en México 2015. Compendio de estadísticas ambientales. Indicadores clave de desempeño ambiental y de crecimiento verde. Capítulo 7. Residuos, p.448

Además, se consideran peligrosos “los envases, recipientes, embalajes y suelos que hayan contenido o sido contaminados con RP”⁷

En la parte introductoria de la Norma Oficial Mexicana NOM-052-SEMARNAT-2005 se indica que:

Los *residuos peligrosos*, en cualquier estado físico, por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, inflamables, tóxicas, y biológico - infecciosas, y por su forma de manejo pueden representar un riesgo para el equilibrio ecológico, el ambiente y la salud de la población en general, por lo que es necesario determinar los criterios, procedimientos, características y listados que los identifiquen.⁸

Los avances científicos y tecnológicos y la experiencia internacional sobre la caracterización de los residuos peligrosos han permitido definir como constituyentes tóxicos ambientales, agudos y crónicos a aquellas sustancias químicas que son capaces de producir efectos adversos a la salud o al ambiente.



Figura 1. Empresas registradas en el Programa General de Residuos Peligrosos según tipo 2004-2014. Fuente: SEMARNAT. (2015) Informe sobre la situación del medio ambiente en México.

⁷ Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (DOF, 2003).

⁸ NOM-052-SEMARNAT-2005

En la actualidad existe una gran diversidad de sustancias químicas con propósitos tan disímiles como el de utilizarse para la fabricación de nuevos materiales, medicamentos, plaguicidas, o bien como intermediarios de múltiples procesos industriales.

Sumado a lo anterior, se considera que el acelerado crecimiento de la actividad industrial en muchos países, el mal manejo de muchas sustancias químicas y la disposición inadecuada de residuos tóxicos, ha incrementado la exposición de la población y los ecosistemas naturales a sustancias potencialmente tóxicas que dañan irremediablemente al medio ambiente.

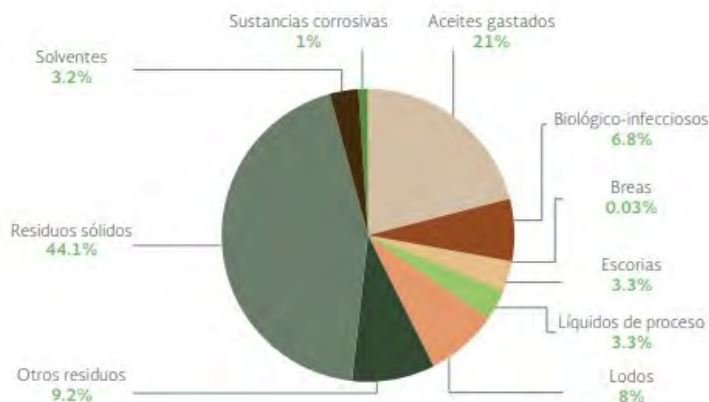


Figura 2. Generación de residuos reportada a la PGRP por tipo, 2004-2014. Fuente: SEMARNAT. (2015) Informe sobre la situación del medio ambiente en México. La fuente original no desagrega los materiales que integran el grupo Otros residuos.

Por todo lo anterior es que el objetivo de esta Norma es establecer el procedimiento para identificar si un residuo es peligroso.

Dentro de ese procedimiento se incluyen los listados de los residuos peligrosos y las características que hacen que se consideren como tales.

Esta norma es de observancia obligatoria en lo conducente para los responsables de identificar la peligrosidad de un residuo.

III. CARACTERÍSTICAS QUE DEFINEN A UN RESIDUO COMO PELIGROSO

El residuo es peligroso si presenta al menos una de las siguientes características:

1. Corrosividad.
2. Reactividad.
3. Explosividad.
4. Toxicidad Ambiental.
5. Inflamabilidad.
6. Biológico-Infeciosa.

En la misma Norma se indica que las Toxicidades Aguda y Crónica quedan exceptuadas de los análisis a realizar para la determinación de la característica de Toxicidad Ambiental en los residuos.

A continuación se explicará cada una de las características antes señaladas:

1. CORROSIVIDAD

El residuo es *Corrosivo* cuando una muestra representativa presenta cualquiera de las siguientes propiedades:

1. Es un líquido acuoso y presenta un pH menor o igual a 2,0 o mayor o igual a 12,5.
2. Es un *SÓLIDO* que cuando se mezcla con agua destilada presenta un pH menor o igual a 2,0 o mayor o igual a 12,5.
3. Es un *LÍQUIDO NO ACUOSO* capaz de corroer el acero al carbón, tipo SAE 1020, a una velocidad de 6,35 milímetros o más por año a una temperatura de 328 K (55°C).

2. REACTIVIDAD

El residuo es *Reactivo* cuando una muestra representativa presenta cualquiera de las siguientes propiedades:

1. Es un líquido o sólido que después de ponerse en contacto con el aire se inflama en un tiempo menor a cinco minutos sin que exista una fuente externa de ignición.
2. Cuando se pone en contacto con agua reacciona espontáneamente y genera gases inflamables en una cantidad mayor de 1 litro por kilogramo del residuo por hora.
3. Es un residuo que en contacto con el aire y sin una fuente de energía suplementaria genera calor.
4. Posee en su constitución cianuros o sulfuros liberables, que cuando se expone a condiciones ácidas genera gases en cantidades mayores a 250 mg de ácido cianhídrico por kg de residuo o 500 mg de ácido sulfhídrico por kg de residuo.

3. EXPLOSIVIDAD

El residuo es *Explosivo* cuando es capaz de producir una reacción o descomposición detonante o explosiva solo o en presencia de una fuente de energía o si es calentado bajo confinamiento.

Esta característica no debe determinarse mediante análisis de laboratorio, por lo que la identificación de esta característica debe estar basada en el conocimiento del origen o composición del residuo.

4. TOXICIDAD AMBIENTAL

El residuo es Tóxico Ambiental cuando el extracto PECT, obtenido mediante el procedimiento establecido en la NOM-053-SEMAR-NAT-1993, contiene cualquiera de los constituyentes tóxicos listados en la Tabla 2 de esta Norma que más adelante se señalará en

una concentración mayor a los límites ahí señalados, la cual deberá obtenerse según los procedimientos que se establecen en las Normas Mexicanas correspondientes.

5. INFLAMABILIDAD

El residuo es *Inflamable* cuando una muestra representativa presenta cualquiera de las siguientes propiedades:

1. Es un líquido o una mezcla de líquidos que contienen sólidos en solución o suspensión que tiene un punto de inflamación inferior a 60,5°C, medido en copa cerrada, de conformidad con el procedimiento que se establece en la Norma Mexicana correspondiente, quedando excluidas las soluciones acuosas que contengan un porcentaje de alcohol, en volumen, menor a 24%.
2. Es un líquido o una mezcla de líquidos que contienen sólidos en solución o suspensión que tiene un punto de inflamación inferior a 60,5°C, medido en copa cerrada, de conformidad con el procedimiento que se establece en la Norma Mexicana correspondiente, quedando excluidas las soluciones acuosas que contengan un porcentaje de alcohol, en volumen, menor a 24%.
3. No es líquido y es capaz de provocar fuego por fricción, absorción de humedad o cambios químicos espontáneos a 25°C.
4. Es un gas que, a 20°C y una presión de 101,3 kPa, arde cuando se encuentra en una mezcla del 13% o menos por volumen de aire, o tiene un rango de inflamabilidad con aire de cuando menos 12% sin importar el límite inferior de inflamabilidad.
5. Es un gas oxidante que puede causar o contribuir más que el aire, a la combustión de otro material.

6. BIOLÓGICO-INFECCIOSA

El residuo es Biológico-Infeccioso de conformidad con lo que se establece en la norma oficial mexicana NOM-087-ECOL-SSA1-2002, protección ambiental-salud ambiental-residuos peligrosos biológico-infecciosos- clasificación y especificaciones de manejo.

En ella se considera un residuo biológico infeccioso cualquier microorganismo capaz de producir enfermedades cuando está presente en concentraciones suficientes (inóculo), en un ambiente propicio (supervivencia), en un hospedero susceptible y en presencia de una vía de entrada.

La norma oficial mexicana NOM-087-SEMARNAT-SSA1-2002, que establece la protección ambiental-salud, ambiental residuos peligrosos, biológico-infecciosos-clasificación y especificaciones de manejo, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de febrero de 2003, la cual cambió de nomenclatura por el Acuerdo Secretarial publicado en el D.O.F. el 23 de abril de 2003.

IV. CLASIFICACIÓN DE RESIDUOS PELIGROSOS

Los residuos peligrosos se clasifican de acuerdo a los listados que a continuación se indican:

- Listado 1: Clasificación de residuos peligrosos por fuente específica.
- Listado 2: Clasificación de residuos peligrosos por fuente no específica.
- Listado 3: Clasificación de residuos peligrosos resultado del desecho de productos químicos fuera de especificaciones o caducos (Tóxicos Agudos).
- Listado 4: Clasificación de residuos peligrosos resultado del desecho de productos químicos fuera de especificaciones o caducos (Tóxicos Crónicos).

Listado 5: Clasificación por tipo de residuos, sujetos a Condiciones Particulares de Manejo.

Por razón del tipo de información donde se manejan fórmulas y términos químicos no se transcribirán las clasificaciones a la letra, pero sí se harán las menciones de las sustancias tóxicas y de la información más relevante que identifique al residuo contaminante peligroso.

1. CONTAMINANTES INORGÁNICOS (METALES)

1. Arsénico
2. Bario
3. Cadmio
4. Cromo
5. Mercurio
6. Plata

2. CONTAMINANTES ORGÁNICOS SEMI-VOLÁTILES

1. Acido 2,4-Diclorofenoxiacético (2,4-D)
2. Acido 2,4,5 - Triclorofenoxipropiónico (Silvex)
3. Clordano
4. o-Cresol
5. m-Cresol
6. p-Cresol
7. Cresol
8. 2,4-Dinitrotolueno
9. Heptacloro (y su Epóxido)
10. Hexacloroetano

11. Lindano
12. Metoxicloro
13. Nitrobenceno
14. Pentaclorofenol
15. Toxafeno
16. 2,4,5-Triclorofenol 400.0
17. 2,4,6-Triclorofenol 2.0

3. CONTAMINANTES ORGÁNICOS VOLÁTILES

1. Benceno
2. Clorobenceno
3. Cloroformo
4. Cloruro de Vinilo
5. 1,4-Diclorobenceno
6. 1,2-Dicloroetano
7. 1,1-Dicloroetileno
8. Hexaclorobenceno
9. Hexaclorobutadieno
10. Metil etil cetona
11. Piridina
12. Tetracloroetileno
13. Tetracloruro de Carbono
14. Tricloroetileno

Listado 1. Clasificación de residuos peligrosos por fuente específica:

- Giro 1: Beneficio de metales
- Giro 2: Producción de Coque

- Giro 3: Explosivos
- Giro 4: Petróleo, Gas y Petroquímica
- Giro 5: Pinturas y productos relacionados
- Giro 6: Plaguicidas y herbicidas
- Giro 7: Preservación de la madera
- Giro 8: Química farmacéutica
- Giro 9: Química inorgánica
- Giro 10: Química orgánica

Listado 2. Clasificación de residuos peligrosos por fuente no específica

1. **Residuos del manejo de la fibra de asbesto puro**, incluyendo polvo, fibras y productos fácilmente desmenuzables con la presión de la mano. Todos los residuos que contengan asbesto el cual no esté sumergido o fijo en un aglutinante natural o artificial.
2. **Todas las bolsas que hayan tenido contacto con la fibra de asbesto**, así como los materiales filtrantes provenientes de los equipos de control como son: los filtros, mangas, respiradores personales y otros, que no hayan recibido un tratamiento para atrapar la fibra en un aglutinante natural o artificial.
3. **Todos los residuos provenientes de los procesos de manufactura** cuya materia prima sea el **asbesto** y la fibra se encuentre en forma libre, polvo o fácilmente desmenuzable con la presión de la mano.
4. **Lodos de tratamiento de aguas residuales** de apagado de las operaciones de tratamiento térmico de metales donde los cianuros son usados en los procesos.

5. **Lodos de tratamiento de aguas residuales de operaciones de galvanoplastia.** En acero al carbón, Excepto de los siguientes procesos: (1) anodización de aluminio en ácido sulfúrico; (2) estañado en acero al carbón; (3) zincado en acero al carbón; (4) depositación de aluminio o zinc-aluminio en acero al carbón; (5) limpieza asociada con estañado, zincado o aluminado en acero al carbón; y (6) grabado químico y acabado de aluminio depositado
6. **Lodos de los baños de anodización del aluminio** y lodos de tratamiento de aguas residuales del revestimiento de aluminio por conversión química
7. Residuos de los baños en operaciones de galvanoplastia donde los cianuros son usados en los procesos
8. Soluciones gastadas de baños de cianuro de las operaciones de galvanoplastia
9. **Soluciones gastadas de los baños de limpieza** y en operaciones de galvanoplastia donde los cianuros son usados en los procesos
10. **Residuos de los baños de aceite** en las operaciones de tratamiento térmico de metales
11. **Soluciones gastadas de cianuros de la limpieza** de tanques de baños de sal en las operaciones de tratamiento térmico de metales
12. **Residuos generados** en la producción de tri-, tetra- o pentaclorofenol
13. **Residuos de tetra-, penta o hexaclorobenceno** provenientes de su uso como reactante, producto intermedio o componente de una formulación, bajo condiciones alcalinas
14. **Residuos de la producción de materiales** en equipos previamente usados en la manufactura (como re-

activo, producto químico intermedio o componente en un proceso de formulación) de tri- y tetraclorofenoles. Este residuo no incluye desechos de equipos utilizados en la producción o uso de hexaclorofeno a partir del 2,4,5-triclorofenol altamente purificado. Excepto aguas residuales y carbón gastado de la purificación de cloruro de hidrogeno

15. **Fondos ligeros condensados**, filtros gastados y filtros ayuda y Residuos de desecante gastado de la producción de ciertos hidrocarburos alifáticos clorados a través de los procesos catalíticos de radicales libres. Estos hidrocarburos alifáticos clorados son aquellos con cadenas de uno hasta cinco carbonos y que contienen cloro en cantidades y sustituciones variadas.
16. **Residuos de la producción de materiales** en equipos previamente usados en la producción o manufactura de tetra-, penta- o hexaclorobencenos (como reactivo, producto químico intermedio o componente en un proceso de formulación) bajo condiciones alcalinas, excepto aguas residuales y carbón gastado de la purificación de cloruro de hidrogeno
17. **Residuales de proceso**, formulaciones gastadas de procesos de preservación de la madera en plantas que utilizan actualmente o hayan utilizado **formulaciones de clorofenol**, excepto aquellos que no hayan estado en contacto con contaminantes de proceso
18. **Residuales de proceso y formulaciones** gastadas de procesos de preservación de la madera en plantas que utilicen **formulaciones de creosota**, excepto aquellos que no hayan estado en contacto con contaminantes de proceso

19. **Residuales de proceso** y formulaciones gastadas de procesos de preservación de la madera en plantas que utilicen formulaciones inorgánicas que contengan **arsénico** o cromo para preservar la madera, excepto aquellos que no hayan estado en contacto con contaminantes de proceso
20. Lixiviados (**líquidos que han percolado a través de residuos dispuestos en tierra**) resultantes de la disposición de uno o más de los residuos peligrosos antes señalados
21. **Residuos resultantes de la incineración o de tratamiento térmico de suelos contaminados** con los residuos peligrosos con claves:
 - NE 12, producción de tri-, tetra- o pentaclorofenol
 - NE 13, residuos de tetra-, penta o hexaclorobenceno
 - NE 14 residuos de de tri- y tetraclorofenoles, y
 - NE 16 residuos de producción de tetra-, penta- o hexaclorobenzenos

Existen otras clasificaciones de residuos peligrosos.

Listado 3. Clasificación de residuos peligrosos resultado del desecho de productos químicos fuera de especificaciones o caducos

TOXICOS AGUDOS. Ver NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos.

Listado 4. Clasificación de residuos peligrosos resultado del desecho de productos químicos fuera de especificaciones o caducos

TÓXICOS CRÓNICOS. Ver NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos

Listado 5. Clasificación por tipo de residuos, sujetos a condiciones particulares de manejo

1. Residuos
2. Baterías, celdas y pilas
3. Catalizadores gastados
4. Escorias
5. **Lodos:** acabado de metales y galvanoplastia, beneficio de metales, curtiduría, materiales plásticos y resinas sintéticas, metalmecánica, petróleo, gas y petroquímica, pinturas y productos relacionados
6. **Lodos de tratamiento de aguas residuales:** Acabado de metales y galvanoplastia, pilas y baterías, química inorgánica
7. **Polvos:** beneficio de metales, química inorgánica
8. **Otros Residuos:** acabado de metales y galvanoplastia, beneficio de metales, componentes electrónicos, curtiduría, explosivos, materiales plásticos y resinas sintéticas, metalmecánica, petróleo, gas y petroquímica, pilas y baterías, pinturas y productos relacionados, química farmacéutica, química inorgánica, química orgánica, textiles, varios.
9. **Soluciones gastadas:** Acabado de metales y galvanoplastia, beneficio de metales, componentes electrónicos, metalmecánica, preservación de la madera.

Estas son las clasificaciones respecto a los residuos peligrosos. La vigilancia de su cumplimiento le corresponde a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, por conducto de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. Esta última se encarga de realizar los trabajos de inspección y vigilancia que sean necesarios.

Y, las violaciones a la misma se sancionarán en los términos de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,

la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, sus Reglamentos y demás ordenamientos jurídicos aplicables.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce como derechos fundamentales los previstos en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

1. Toda persona tiene derecho a la protección a la salud, [párrafo cuarto],
2. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, [párrafo quinto],
3. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal, y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, [párrafo sexto].⁹

En afán de garantizarlos se ha pronunciado como sigue:

MEDIO AMBIENTE. AL SER UN DERECHO FUNDAMENTAL ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, NACIONAL Y ESTATAL, POR LO QUE LAS AUTORIDADES DEBEN SANCIONAR CUALQUIER INFRACCIÓN, CONDUCTA U OMISIÓN EN SU CONTRA.

De los artículos 1 y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, así como el 4o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público; tan es así, que en el Estado de Michoacán, la Ley Ambiental y de Protección al Patrimonio Natural del Estado, su reglamento y el Programa de monitoreo a vehículos ostensiblemente contaminantes del Estado para el año 2011, están encaminados a salvaguardar dicho derecho fundamental, proteger el ambiente, conservar el patrimonio natural, propiciar el desarrollo sustentable del Estado y establecer las bases para -entre otros

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 2011)

casos- tutelar en el ámbito de la jurisdicción estatal, **el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, así como prevenir y controlar la contaminación del aire, el agua y el suelo y conservar el patrimonio natural de la sociedad.** Por tanto, el derecho particular debe ceder al interés de la sociedad a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental las autoridades deben velar, para que cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada.¹⁰

Las sanciones aplicables no se indican en este momento por lo extenso de los supuestos que de esas leyes se desprenden.

V. EFECTOS NOCIVOS A LA SALUD HUMANA

Del estudio de esta norma se puede advertir que son muchas las fuentes que pueden contaminar al medio ambiente.

En específico para este artículo se referirá a los aparatos electrónicos, en especial las computadoras y los celulares que se convierten en una mezcla explosiva con graves consecuencias para el subsuelo y mantos freáticos.

En cuanto a los aparatos electrónicos, estos contienen metales pesados como plomo, mercurio, cadmio y berilio; químicos peligrosos como retardantes de fuego bromados, polibromobifenilos y tetrabromobisfenol. Además, usan con frecuencia polímeros con base de cloruro de vinilo.

El problema se presenta cuando los aparatos electrónicos son desechados y por un mal manejo de esos instrumentos, son convertidos en basura, conocida como basura electrónica.

“La basura electrónica o e-waste, está identificada como todo aquel desperdicio proveniente de aparatos electrónicos o eléctricos como son

¹⁰ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima Época. Primer tribunal colegiado en materia administrativa y de trabajo del décimo primer circuito. Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3. Materia Constitucional. Registro: 2001686. Tesis XI.1o.A.T.4 A (10a.), página: 1925

computadoras, celulares, pantallas, entre otros. Este material de no ser propiamente tratado llega a la naturaleza y la contamina.”¹¹

Ese tipo de basura y su mal manejo contaminan suelos y subsuelos de manera alarmante. La falta de información hace que las personas tiren o abandonen estos objetos indiscriminadamente los cuales su destino final son los tiraderos de basura.

La basura electrónica al liberar sustancias tóxicas en rellenos sanitarios contamina el suelo circundante, pudiendo llegar a afectar fuentes de agua subterráneas. La contaminación de suelos, pozos subterráneos y en general el ecosistema entero es resultado de la falta de conocimiento en temas de preservación de la salud ambiental.

En México solo se trata y se reutiliza un 4% de todo el desperdicio tóxico y el resto se va directo a los tiraderos de basura y rellenos sanitarios.¹²



Figura 3: Contaminación del agua subterránea Fuente: Ingeniería Ambiental. Contaminación hídrica y su efecto en el medio ambiente.¹³

¹¹ Fundación RET. *Qué es la basura electrónica*. México, 2011. Disponible en: <<http://ret.org.mx/2011/01/que-es-la-basura-electronica/#sthash.UlnNZ12H.dpuf>>. Fecha de consulta: 5 julio 2014.

¹² *Ibidem*.

¹³ Castañeda Raúl. *Ingeniería Ambiental. Contaminación hídrica y su efecto en el medio ambiente*. Material didáctico para el curso de ingeniería ambiental II. Disponible:

Por otro lado, esas sustancias al ser fundidas liberan toxinas al aire, tierra y agua convirtiéndose en algunos casos en un fuerte peligro para la salud de los seres vivos. Sin mencionar el daño gigantesco que se produce a la misma tierra incluyendo en ella a la flora y fauna del planeta.

El daño que se produce en el ser humanos es grave, por citar tres ejemplos:

1. El cromo, usado para las cubiertas de metal, es cancerígeno;
2. El cadmio, presente en la composición de baterías recargables, daña los huesos y los riñones; y
3. El mercurio, infaltable para producir iluminación en monitores, es nocivo para el sistema nervioso y el cerebro¹⁴.



Figura 4: Efectos sobre la salud de algunos de los más típicos contaminantes. Fuente: Häggström, Mikael. Medical gallery of Mikael Häggström 2014, Wikiversity Journal of Medicine 1 (2). DOI:10.15347/wjm/2014.008. ISSN 20018762. Public Domain.

<<https://es.slideshare.net/raulcc1950/ingenieria-ambiental-contaminacin-hdri-ca-y-su-efecto-en-el-medio-ambiente>>. Fecha de consulta: 18 de junio 2018.

¹⁴ Michael. *Desechos electrónicos. Consecuencias que trae la basura electrónica*. Disponible en: <<http://desechoelectronicos.blogspot.mx/p/consecuencias-que-trae-la-basura.html>>. fecha de consulta 18 de junio 2018.

Una explicación más amplia sobre los efectos nocivos sobre la salud se encuentra en el Diagnóstico sobre la basura electrónica en México, realizado por el Instituto Nacional de Ecología y el Instituto Politécnico Nacional en el cual se muestra como la contaminación daña al medio ambiente y la salud humana. A manera de síntesis se detalla a continuación.

Tabla 1. Componentes dañinos que amenazan la salud

Sustancia	Se encuentra en:	Daños:
Retardadores de Flama Bromados (BFR) <i>Incluye a los Bifenilos Policlorados (BPCs) y Éteres bifenílicos polibromados (PBDEs)</i>	1. Tabla de circuitería de TV 2. Chasis de Plástico de TV 3. TRC en TV 4. Chasis de Monitor en PC 5. Tarjeta de circuitos en Monitor 6. Plásticos y tarjetas de circuitos de Teclado y ratón de una PC 7. Gabinete plástico en PC 8. Tarjeta madre en PC 9. Pasta de adhesión en el microprocesador de PC 10. Memoria en PC 11. Plásticos de equipo de videojuego 12. Microprocesador de videojuego 13. Tarjetas de circuitos de VCR 14. Microcontroladores de VCR 15. Chasis de VCR	Al incinerarse liberan las famosas dioxinas, sustancias más tóxicas conocidas por la ciencia, la exposición prolongada a los PBDEs es potencialmente más perjudicial para la salud que la exposición breve a niveles bajos de PBDEs debido a la tendencia de estas sustancias a acumularse en el cuerpo con los años. Basado en la evidencia de cáncer en animales, la Environmental Protection Agency (EPA), de los Estados Unidos, ha clasificado al decaBDE como posiblemente carcinogénico en seres humanos.

Tabla 1. Continúa

Sustancia	Se encuentra en:	Daños:
Plomo	En tubos de rayo catódico y soldadura	Perturbación de la biosíntesis de hemoglobina y anemia, incremento de la presión sanguínea, daño a los riñones, abortos y abortos sutiles, perturbación del sistema nervioso, daño al cerebro, disminución de la fertilidad del hombre a través del daño en el esperma, disminución de las habilidades de aprendizaje de los niños, perturbación en el comportamiento de los niños, como es agresión, comportamiento impulsivo e hipersensibilidad, alteraciones graves en la propiocepción, equilibrioocpción, nocicepción y electrocepción, magnetocepción, ecolocalización en ciertos animales.
Arsénico	En tubos de rayo catódico más antiguos	Puede provocar un envenenamiento rápido y la muerte. El intestino, el corazón y el sistema nervioso se ven afectados, cáncer de piel, pulmón, vejiga o riñón. La exposición en el lugar de trabajo, sobre todo a través de la inhalación de aire, puede causar cáncer de pulmón. Fumar aumenta el riesgo de este tipo de cáncer.

Tabla 1. Continúa

Sustancia	Se encuentra en:	Daños:
Selenio	En los tableros de circuitos como rectificador de suministro de energía	Puede ser fatal si no se da tratamiento médico de inmediato, puede causar cabello quebradizo y deformidades de las uñas. En casos extremos, se puede perder la sensación y el control de los brazos y las piernas.
Cadmio	En tableros de circuitos y semiconductores.	Diarreas, dolor de estómago y vómitos severos, fractura de huesos, fallos en la reproducción y posibilidad incluso de infertilidad, daño al sistema nervioso central, daño al sistema inmune, desórdenes psicológicos, posible daño en el ADN o desarrollo de cáncer.
Cromo	En el acero como anticorrosivo	En niveles no letales es carcinógeno, irritación de los ojos, la piel y las mucosas. Provoca daños permanentes en los ojos.
Cobalto	En el acero para estructura y magnetividad.	Vómitos y náuseas, problemas de visión, problemas de corazón, daño del tiroides.
Mercurio	Interruptores, cubiertas, lámparas de bajo consumo, entre otros.	Es un veneno para el sistema nervioso, afecta al sistema circulatorio y al corazón. La exposición durante el embarazo daña el desarrollo del cerebro del bebé.

Fuente: Dr. Guillermo J. Román Moguel (resp.), Diagnóstico sobre la basura electrónica en México, México, Instituto Politécnico Nacional/Instituto Nacional de Ecología, 2007.

En México la población al parecer tiene poca conciencia del problema de la contaminación ambiental a través de estas sustancias tóxicas.

Una encuesta efectuada por Ipsos Mori en nueve países en 2006 indicó que en la República Mexicana apenas 43% de mil un encuestados conocía que las computadoras personales y otros aparatos electrónicos contienen materiales dañinos para la salud humana y su entorno.

Anualmente se desechan entre 150 y 180 mil toneladas de basura electrónica, entre equipo de cómputo, televisiones, teléfonos fijos y celulares, aparatos de audio y video, sin regulación ni control.¹⁵

La tecnología se vuelve obsoleta con rapidez. Un equipo, en promedio, tiene una vida útil de tres a cinco años, por ello, es importante impulsar una cultura hacia el usuario final y la sociedad en general, para que sepa qué hacer cuando termine ese lapso.

La recomendación es acudir a dejar esta basura electrónica a centros especializados en ello para que se reciclen.

VI. CONCLUSIONES

Los residuos peligrosos, en cualquier estado físico, presentan graves problemas al medio ambiente y a la salud del ser humano, sino son tratados con las medidas de seguridad adecuadas.

Esta realidad por sí misma es alarmante, pero la agrava el hecho de que muchos de los componentes utilizados en la fabricación de productos electrónicos son altamente tóxicos: sustancias que degradan el medio ambiente y en algunos casos son peligrosas para la salud de los seres vivos, incluido el hombre.

México se encuentra en desarrollo de una conciencia ambiental y aunque aún no se hayan logrado los resultados deseados, es im-

¹⁵ INEGI. *Anuario estadístico y geográfico de los Estados Unidos Mexicanos*, 2013. En base a PR. Informe de Gobierno, Anexo, Estadísticas Nacionales, Desarrollo Sustentable, (varios años), México, D.F.

portante difundir como se contamina el ambiente para evitar que se siga dañando al planeta.

Aunado a lo anterior, los efectos de la contaminación en la salud de los seres humanos es la causa de muchas enfermedades, ante lo cual se revela que no se cumple la protección a los derechos fundamentales: a la salud, a un medio ambiente sano, a una alimentación inocua, al acceso, disposición y saneamiento de agua, entre otros.

Es importante que nos detengamos a reflexionar que estamos haciendo con nuestro planeta, el medio ambiente y a la salud de todos los seres humanos.

FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

CASTAÑEDA Raúl, *Ingeniería Ambiental. Contaminación hídrica y su efecto en el medio ambiente. Material didáctico para el curso de ingeniería ambiental II*. Disponible: <<https://es.slideshare.net/raulcc1950/ingenieria-ambiental-contaminacin-hdrica-y-su-efecto-en-el-medio-ambiente>>. Fecha de consulta: 18 de junio 2018.

Instituto Nacional de Ecología, (México, 2007) *Diagnóstico sobre la basura electrónica en México. Estudio desarrollado por el Instituto Politécnico Nacional*, Responsable: Dr. Guillermo J. Román Moguel. Disponible formato PDF.

Fundación RET, *Qué es la basura electrónica*, México, 2011. Disponible en: <<http://ret.org.mx/2011/01/que-es-la-basura-electronica/#sthash.UlnNZ12H.dpuf>>. Fecha de consulta: 5 julio 2014.

MICHAEL, *Desechos electrónicos. Consecuencias que trae la basura electrónica*, Disponible en: <<http://desechoelectronicos.blogspot.mx/p/consecuencias-que-trae-la-basura.html>>, fecha de consulta 18 de junio 2018.

ESTADÍSTICAS

- INEGI, *Anuario estadístico y geográfico de los Estados Unidos Mexicanos*, 2013. Con base en PR. Informe de Gobierno, Anexo, Estadísticas Nacionales, Desarrollo Sustentable, (varios años), México, D.F <http://www.ine.gob.mx/descargas/diag_basura_electronica.pdf>.
- SEMARNAT, (2015) *Informe sobre la situación del medio ambiente en México 2015*. Compendio de estadísticas ambientales. Indicadores clave de desempeño ambiental y de crecimiento verde. Capítulo 7. Residuos.

TESIS JURISPRUDENCIALES

- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima Época. Décimo tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito. Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV. Tesis I.10o.A.29 A (10a.), Registro no. 2012896, página: 2982.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima Época. Primer tribunal colegiado en materia administrativa y de trabajo del décimo primer circuito. Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3. Materia Constitucional. Registro: 2001686. Tesis XI.1o.A.T.4 A (10a.), página: 1925.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 2011)
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, artículo 1.
- Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, artículo 1.
- Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (DOF, 2003).

NORMAS OFICIALES MEXICANAS

NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos.

NOM-087-ECOL-SSA1-2002, protección ambiental-salud ambiental-residuos peligrosos biológico-infecciosos- clasificación y especificaciones de manejo.



TÉCNICA DE DEFENSA CONSTITUCIONAL ANTE LOS FORMALISMOS PROCESALES DEL NUEVO SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS PARA SERVIDORES PÚBLICOS Y PARTICULARES

DAVID ALEJANDRO PARADA SÁNCHEZ¹

RESUMEN: El presente artículo consiste en un análisis del nuevo modelo de Responsabilidad Administrativa de Servidores Públicos y Particulares, derivado de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en dieciocho de julio de dos mil dieciséis, con un enfoque crítico desde la técnica jurídica, para establecer métodos y estrategias para garantizar un ejercicio pleno de una defensa adecuada para el infractor, superando las formalidades procesales.

A través de un método analítico, sistemático, comparativo y deductivo, se establecerán los parámetros de defensa que pueden intentarse, utilizando herramientas normativas como lo es la propia Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley de Amparo y las disposiciones vigentes que rigen el Tribunal Federal de Justicia Administrativa; además, de las jurisprudencias emitidas por el Poder Judicial de la Federación.

Las anteriores normas enlistadas, serán sujetas de un análisis hermenéutico crítico, para definir la procedencia e improcedencia de medios de defensa, así como, la naturaleza de los actos de autoridad, para verificar conclusivamente la validez sustancial de los formalismos procesales, que incluso, podrían tener como consecuencia, una negativa formal de acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVE: *Acceso a la justicia, responsabilidad administrativa, procedimiento administrativo, medio de defensa, juicio de amparo, formalismos procesales, defensa adecuada y validez sustancial de la norma.*

ABSTRACT: This article consists of an analysis of the new model of Administrative Responsibility of Public and Private Servants,

¹ Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y en su sede Facultad de Estudios Superiores Acatlán; así como, profesor en la Licenciatura de Derecho y del Programa de Posgrado de Derecho en la misma institución.

derived from the General Law of Administrative Responsibilities, published on July eighteen of two thousand sixteen, with a critical approach from the legal technique, to establish methods and strategies to guarantee a full exercise of an adequate defense for the offender, overcoming the procedural formalities.

Through an analytical, systematic, comparative and deductive method, the defense parameters that can be attempted will be established, using normative tools such as the General Law of Administrative Responsibilities, the Amparo Law and the current provisions that govern the Federal Court of Justice. Administrative Justice; in addition, of the jurisprudence issued by the Judicial Power of the Federation.

The aforementioned norms will be subject to a critical hermeneutical analysis, to define the origin and inappropriateness of defense means, as well as, the nature of the acts of authority, to conclusively verify the substantial validity of procedural formalities, which could even have as a consequence, a formal refusal of access to justice.

KEYWORDS: *Access to justice, administrative responsibility, administrative procedure, means of defense, amparo proceedings, procedural formalities, adequate defense and substantial validity of the norm.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El derecho de acceso a la justicia. III. El procedimiento administrativo y el procedimiento jurisdiccional; IV. Nuevo modelo de proceso de responsabilidad administrativa; V. Procedencia del Juicio de Amparo contra actos de autoridades administrativas; VI. Medios de Impugnación en el procedimiento de responsabilidad administrativa; VII. Técnica Jurídica y Argumentación; VIII. La validez de la norma y los formalismos procesales; IX. Conclusiones; X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de responsabilidad de servidores públicos es una figura jurídica de suma relevancia para cualquier sistema jurídico democrático, incluso podemos afirmar que es un elemento esencial para calificar como válido a un sistema jurídico moderno.

La relevancia de un régimen especial para servidores públicos, deriva de la delicada función que les ha sido encomendada, que es la vinculación con la prestación de servicios públicos y el manejo directo o indirecto de recursos públicos. Por lo tanto, su actividad es un elemento eficiente que trasciende en el buen funcionamiento de la Administración Pública, que se encuentra estrechamente vinculada al bienestar social, desde un punto de vista político, jurídico, económico y social.

Así, la expectativa que tenemos como ciudadanos respecto de la labor del servidor público, es que sea eficiente, eficaz, legal, transparente, servicial, y sobre todo, respetuosa de nuestros derechos fundamentales. Por ello, resulta normal que la conducta de los servidores públicos se encuentre en constante escrutinio.

En nuestro sistema jurídico, el régimen de responsabilidad para los servidores públicos ha estado en constante construcción a través de la norma y los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación. Desde el constituyente de 1917 fue considerada la relevancia de su conducta, al establecer parámetros de actuación para los mismos, así como, organismos enfocados a regular dicho ámbito, como lo podemos observar en el Título Cuarto, titulado De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos y a partir de ese momento, constantemente este ámbito ha sido sujeto de innumerables modificaciones, en los distintos niveles de gobierno.

Sin embargo, el constituyente no previó un fenómeno al que hoy día todos nos encontramos, la implantación del modelo neoliberal, no sólo en el ámbito económico, sino también en el político, social y claro, el jurídico. Y así como se pretendió la desregulación y liberalización del mercado, también la sociedad se ha liberalizado.²

En lo que nos atañe, el neoliberalismo ha tenido dos efectos relevantes, uno jurídico y otro social. En el plano jurídico, ante la

² Dag Einar Thorsen and Amund Lie. *What is Neoliberalism?*, Department of Political Science University of Oslo, Noruega, p.2., consultado en <<http://folk.uio.no/daget/What%20is%20Neo-Liberalism%2010-11-06.pdf>>.

apertura de los mercados y su crecimiento, así como, la presión de los mismos para lograr el Estado Mínimo a que se refiere Milton Friedman,³ los particulares poco a poco han logrado inmiscuirse en actividades propias del Estado Mexicano.

De esa forma, tenemos actividades del ámbito público que se han puesto en manos de los particulares, como lo es, la obra pública, la prestación del servicio de energía o las telecomunicaciones; asimismo, particulares que prestan conjuntamente con el gobierno servicios públicos, como lo son, los servicios subrogados en el ámbito médico o la educación. Así, es como llegamos al caso de que los propios particulares se ocupan de aplicar recursos públicos.

Por otro lado, el neoliberalismo ha impactado el ámbito social, ha fortalecido el constante crecimiento de la corrupción en una sociedad mexicana donde los estándares educativos son bajos, conjugado con una visión materialista de la vida y una cosificación de las personas implantada por el propio mercado global. Evidentemente, esos elementos han hecho de México un territorio fértil para la corrupción en todos los ámbitos sociales.

Ambos fenómenos han generado que nuestro país esté considerado entre los países con mayores niveles de corrupción, y no sólo por parte de los servidores públicos, también los particulares que cumplen con alguna función o fin público. Tal y como se refiere en la iniciativa de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (2015)

De acuerdo al último informe del Índice de Percepción de la Corrupción, elaborado por la organización Transparencia Internacional en 2014, nuestro país ocupa el lugar número 103 del índice de corrupción de 175 naciones, lo que hace necesario redoblar esfuerzos en el establecimiento de medidas institucionales tendientes a prevenir, detectar y sancionar las conductas relacionadas con actos de corrupción en los diversos ámbitos de gobierno.⁴

³ *Idem*, p. 8-11.

⁴ Grupo parlamentario del Partido Acción Nacional en la Cámara de Senadores Exposición de Motivos para la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, México, 2015.

Así, en México el régimen de responsabilidad para servidores públicos se vio superado, por la impunidad, la falta de preparación de los órganos de control, la debilidad de las instituciones fiscalizadoras, procedimientos endebles y la misma corrupción dentro de los propios órganos disciplinarios.

Ante esa realidad, surge en el año 2016 las reformas consideradas como parte de la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción y entre las distintas normas, se crea la Ley General de Responsabilidades Administrativas, con el objeto de “conducir a prevenir y, en su caso, a identificar y sancionar las redes de la corrupción, impidiendo que quienes las conforman puedan seguir medrando con las atribuciones o los recursos públicos.”⁵

Con esa novedosa reforma, se implementó en nuestro sistema jurídico un nuevo procedimiento para investigar y sancionar conductas que se consideran faltas administrativas, con aplicación para servidores públicos y particulares.

Evidentemente el nuevo proceso administrativo de responsabilidad administrativa contiene diversas formalidades procesales, que en nuestro sistema jurídico provocan un cambio en la técnica jurídica del abogado y los juzgadores para aplicar la norma, asimismo, trasciende en los medios de defensa ordinarios y extraordinarios. Al igual, son visibles formalismos procesales que podrían ser violatorios del derecho de defensa adecuada.

En el artículo que se tiene a la vista, se pretende plantear la técnica jurídica para ejercer un adecuado derecho de defensa, conforme a las formalidades del novedoso procedimiento administrativo, asimismo, evidenciar los formalismos procesales que podrían generar un estado de indefensión, si es que no son comprendidos.

⁵ Cortés Campos, Josefina, Kaiser Aranda Max y Roldá Xopa, José, Iniciativa Ciudadana de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, México, recuperado el 25 de octubre de 2017, de <http://ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_Iniciativa-CiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf>.

Por lo tanto, será analizado el derecho de acceso a la justicia, para poder contrastar el mismo, con las formalidades y los formalismos del procedimiento administrativo de responsabilidad de servidores públicos, para que una vez entablada la técnica jurídica, podamos asumir la tarea de formular propuestas que permitan dar un acceso efectivo a la justicia.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

En el ámbito internacional, el derecho de acceso a la justicia está previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, en sus artículos 7o., 8o. y 25.⁶ El nuestra Constitución se prevé en el artículo 17, en el que se prevé como el derecho que tiene toda persona a que se le administre justicia, precisa sus características y parámetros de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.⁷

Entendamos que la administración de justicia, desde el marco constitucional, no equivale a una concepción filosófica o teórica de la justicia, sino a una connotación de un servicio jurisdiccional, esto es, que se trata del derecho que tiene todo ser humano de acudir

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980, publicación: DOF, 7 de mayo de 1981.

⁷ Artículo 17, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente al día 25 de octubre de 2017.

ante una autoridad jurisdiccional, para que dentro de su competencia satisfaga la necesidad de que sea solucionado el problema que se le plantea.

Correlativamente, las autoridades jurisdiccionales tienen el deber constitucional para que dentro de su ámbito de competencia, dé una solución válida al problema que le fue planteado, lo cual, no significa que necesariamente se le tenga que dar la razón a quien ejercitó el mencionado derecho. Incluso, este derecho va más allá de la emisión de una sentencia, pues la misma debe ser ejecutada.

Este derecho tiene parámetros constitucionales como lo es que sea expedita, es decir, libre de todo estorbo.⁸ Se debe impartir en los plazos y términos que fijen las leyes, lo cual forma parte del fundamento constitucional de las normas procesales de nuestro país, así que, este parámetro se cumplirá cuando el Juzgador resuelva el conflicto estrictamente en la temporalidad que marque la ley procesal de su materia. Hasta aquí, los parámetros del procedimiento jurisdiccional.

Por otro lado, nos da los parámetros que deberán satisfacer sus resoluciones. Que deberán ser emitidas de manera pronta, completa e imparcial. La *prontitud*, al igual que en el anterior párrafo, su parámetro será el tiempo que marquen las normas procesales. El parámetro de *completa*, se vincula a las reglas de congruencia interna y externa, así como, de exhaustividad.

Esto es, que las resoluciones que se emitan deben ser armónicas y lógicas con su propio contenido, coherentes con los planteamientos realizados por el justiciable y que todos y cada uno de los puntos peticionados y argumentados por el ciudadano sean atendidos en esas resoluciones, con el objeto de cumplir con un parámetro de satisfacción.

⁸ Definición de expedito, Diccionario de la Real Academia Española (2017) España, recuperado de <<http://dle.rae.es/?id=HIPgcQm>>.

En cuanto a la imparcialidad, Ovalle Fabela (2011), refiere que es “una condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional... esa condición de ajeneidad que el juez y los magistrados deben tener respecto de los intereses de las partes en conflicto”.⁹

Como último parámetro que tenemos, es la gratuidad del servicio que presten los Tribunales, ello con la finalidad de no condicionar el ejercicio de este derecho a la situación o posición económica de cada persona, logrando un parámetro de igualdad. Los anteriores son parámetros sobre los cuales todo Tribunal y Juzgador deberá apegarse.

Siguiendo la teoría de los derechos fundamentales, explicada por Luigi Ferrajoli, quien nos destaca que todo derecho fundamental trae aparejado una serie de garantías, que permiten su pleno acceso, ejercicio, protección e incluso reparación.¹⁰ Así, el derecho de acceso a la justicia tiene aparejadas una serie de garantías, así como, interdependencia de otros derechos fundamentales. Entre los primeros podemos destacar el debido proceso, audiencia, segunda instancia, presunción de inocencia; entre los segundos, seguridad jurídica, legalidad e igualdad.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, establece cuáles son las garantías que conlleva el derecho de acceso a la justicia de la siguiente manera:

Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente: 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella

⁹ Ovalle Fabela, José. Teoría general del proceso, 6ª edición, Oxford, México, 2011 p. 147.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, España 4ª. ed., trad. Andrés Perfecto, Antonio de Cabo, et al., Trotta, 2009, p. 45 y 46.

o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.¹¹

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL

El artículo 14 constitucional nos establece la garantía del debido proceso legal, al señalar expresamente que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”¹²

Como principio constitucional, nos establece un parámetro de optimización que resulta ser en las formalidades esenciales del procedimiento, caracterizado por una etapa postulatoria, probatoria, conclusiva, de juicio e impugnativa. Así, en todo procedimiento seguido ante los Tribunales deben ser respetadas esas formalidades. Al tratarse solo de parámetros, el legislador podrá establecer actos procesales específicos para cada materia y según la naturaleza del procedimiento; las cuales, no deben ser excesivas, de lo contrario

¹¹ Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, (2012) jurisprudencia VI.Io.A. J/2 (10a.), publicada en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 1096.

¹² Artículo 14, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente al día 25 de octubre de 2017.

pasaríamos de formalidades a formalismos, lo cual analizaremos más adelante.

El procedimiento que nos hemos estado refiriendo es bajo la connotación de juicio, el cual solo se desarrolla ante los Tribunales; mas no es el único tipo de procedimiento que se debe apegar a las mismas, que ante autoridades administrativas se pueden desarrollar procedimientos administrativos en forma de juicio.

Por lo que debemos distinguir entre un procedimiento administrativo y un procedimiento administrativo llevado en forma de juicio, distinción que se realiza en el artículo 108, fracción III, de la Ley de Amparo; lo cual, es relevante analizamos los derechos procesales, así como, el momento en que es procedente el Juicio de Amparo.

Un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio se considerará como tal, sólo en dos casos: cuando en el procedimiento seguido en instancia administrativa tenga por objeto dirimir una controversia entre partes contendientes, es decir, se configura un litigio; o bien, cuando la autoridad administrativa emitirá una resolución en la que se requiera darle garantía de audiencia al particular que resentirá la misma, es decir, en el que se deban observar las formalidades esenciales del procedimiento. Así lo podemos apreciar en la opinión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PROCEDIMIENTOS EN FORMA DE JUICIO SEGUIDOS POR AUTORIDADES DISTINTAS DE TRIBUNALES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN II, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DE AMPARO. SU CONCEPTO COMPRENDE TANTO AQUELLOS EN QUE LA AUTORIDAD DIRIME UNA CONTROVERSIA ENTRE PARTES CONTENDIENTES, COMO LOS PROCEDIMIENTOS MEDIANTE LOS QUE LA AUTORIDAD PREPARA SU RESOLUCIÓN DEFINITIVA CON INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR. La Ley de Amparo establece que tratándose de actos dentro de un procedimiento, la regla general, con algunas excepciones, es que el juicio constitucional sólo procede hasta la resolución definitiva, ocasión en la cual cabe alegar tanto violaciones de fondo como de procedimiento, sistema que tiene el

propósito de armonizar la protección de las garantías constitucionales del gobernado, con la necesidad de asegurar la expeditéz de las diligencias procedimentales. Tal es la estructura que dicha Ley adopta en el amparo directo, así como en los procedimientos de ejecución y en los procedimientos de remate, como lo establece en sus artículos 158 y 114, fracción III, respectivamente. Por tanto, al establecer el segundo párrafo de la fracción II del artículo 114 acabado de citar, que cuando el acto reclamado de autoridades distintas de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, emanen de un procedimiento en forma de juicio, el amparo sólo procede en contra de la resolución definitiva, debe interpretarse de manera amplia la expresión “procedimiento en forma de juicio”, comprendiendo aquellos en que la autoridad dirime una controversia entre partes contendientes, así como todos los procedimientos en que la autoridad, frente al particular, prepara su resolución definitiva, aunque sólo sea un trámite para cumplir con la garantía de audiencia, pues si en todos ellos se reclaman actos dentro de procedimiento, en todos debe de aplicarse la misma regla, conclusión que es acorde con la interpretación literal de dicho párrafo.¹³

Todos los demás procedimientos administrativos que no deban cumplir con estos requisitos serán convencionales o de trámite constitutivo (permisos, licencias), regulativo (reglamentos o decretos) o declarativo (actas de matrimonio, defunciones), por lo tanto, en ellos no será necesario observar las formalidades del procedimiento. Ya que no se dirime un conflicto, por el contrario, se caracterizan en actos unilaterales que no requiere la intervención de voluntad del particular.

Para el caso del procedimiento previsto en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, debemos catalogarlo como un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, por lo tanto, sus reglas deben estar dentro de los parámetros del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a

¹³ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2003), jurisprudencia 2a./J. 22/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, Abril de 2003, p. 196.

fin de no incurrir en formalismos procesales que trasciendan en el derecho de acceso a la justicia.

IV. NUEVO MODELO DE PROCESO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En la Ley General de Responsabilidades Administrativas se establece un esquema totalmente novedoso para sancionar las faltas administrativas cometidas en el ejercicio del servicio público. En primer lugar, se prevé un catálogo de faltas graves y no graves, lo cual es relevante, ya que de acuerdo a la conducta, se definirá el tipo de procedimiento que deberá seguirse. Como conductas graves tenemos cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, uso indebido de información, abuso de funciones, actuación bajo conflicto de intereses, contratación indebida, enriquecimiento oculto, tráfico de influencias, encubrimiento de faltas administrativas y desacato.¹⁴

Otra característica relevante, es que los particulares quedan sometidos a esta Ley, considerando como conducta grave cuando se participe o cometa soborno, participación ilícita en procedimientos administrativos, tráfico de influencias, utilización de información falsa, colusión, uso indebido de recursos públicos y contratación indebida.¹⁵

En general, el procedimiento se caracterizará por dos etapas, una etapa de investigación que puede iniciar de oficio, por denuncia o derivado de auditorías,¹⁶ en la cual la autoridad competente podrá realizar todo tipo de diligencias para recabar pruebas necesarias con la finalidad de hacerse de los elementos suficientes para iniciar

¹⁴ Artículos 51 a 64 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, vigente en 26 de octubre de 2017.

¹⁵ *Idem.*, artículos 65 a 72.

¹⁶ *Idem.*, artículo 91.

con la segunda etapa, que sería propiamente el procedimiento de responsabilidad administrativa.

El procedimiento de responsabilidad inicia con el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa¹⁷ que realiza la autoridad investigadora y presentara ante la autoridad substanciadora, la cual podrá admitir, rechazar por falta de elementos o declarará que no existe responsabilidad. Hasta este momento debemos distinguir tres tipos de autoridades que intervienen en el procedimiento: investigadora, sustanciadora y resolutora, cuyas facultades se irán definiendo de acuerdo a la etapa del procedimiento. En el artículo 208 de la Ley de General de Responsabilidades Administrativas, se establece las formalidades que debe seguir el procedimiento;¹⁸ de las que

¹⁷ *Idem.*, artículo.

¹⁸ Artículo 208. En los asuntos relacionados con Faltas administrativas no graves, se deberá proceder en los términos siguientes:

I. La Autoridad investigadora deberá presentar ante la Autoridad substanciadora el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, la cual, dentro de los tres días siguientes se pronunciará sobre su admisión, pudiendo prevenir a la Autoridad investigadora para que subsane las omisiones que advierta, o que aclare los hechos narrados en el informe;

II. En el caso de que la Autoridad substanciadora admita el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, ordenará el emplazamiento del presunto responsable, debiendo citarlo para que comparezca personalmente a la celebración de la audiencia inicial, señalando con precisión el día, lugar y hora en que tendrá lugar dicha audiencia, así como la autoridad ante la que se llevará a cabo. Del mismo modo, le hará saber el derecho que tiene de no declarar contra de sí mismo ni a declararse culpable; de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor perito en la materia y que, de no contar con un defensor, le será nombrado un defensor de oficio;

III. Entre la fecha del emplazamiento y la de la audiencia inicial deberá mediar un plazo no menor de diez ni mayor de quince días hábiles. El diferimiento de la audiencia sólo podrá otorgarse por causas de caso fortuito o de fuerza mayor debidamente justificadas, o en aquellos casos en que se nombre;

IV. Previo a la celebración de la audiencia inicial, la Autoridad substanciadora deberá citar a las demás partes que deban concurrir al procedimiento, cuando menos con setenta y dos horas de anticipación;

V. El día y hora señalado para la audiencia inicial el presunto responsable rendirá su declaración por escrito o verbalmente, y deberá ofrecer las pruebas que estime necesarias

podemos observar que se cumple con todas las formalidades del procedimiento, que van desde la notificación del probable infractor, la posibilidad de declarar, ofrecer pruebas, desahogarlas y alegar. El procedimiento se desahogará en dos audiencias: a) Audiencia inicial para rendir declaración y ofrecer pruebas; b) Audiencia de desahogo de pruebas.

Todo el procedimiento será desarrollado por la autoridad sustanciadora, que tendrá una naturaleza netamente administrativa. Sin embargo, si la conducta que se pretende sancionar es catalogada como grave, intervendrá una tercera autoridad, que se le denominará resolutora, contando con esa facultad el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, a través de Salas Especializadas en Responsabilidad Administrativa, que:

Resolverán respecto de las faltas administrativas graves, investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control respectivos, según sea el caso, ya sea que el procedimiento se haya seguido por denuncia, de oficio o derivado de las auditorías practicadas por las autoridades competentes (38, A, fracción I, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa).

La intervención de la Sala tendrá lugar hasta después de celebrada la audiencia inicial, momento en que la autoridad resolutora remitirá las actuaciones a la Sala, la cual determinará si es competente para conocer del asunto, de considerarlo así, continuará con el desarrollo de procedimiento hasta su conclusión.

para su defensa. En caso de tratarse de pruebas documentales, deberá exhibir todas las que tenga en su poder, o las que no estándolo, conste que las solicitó mediante el acuse de recibo correspondiente. Tratándose de documentos que obren en poder de terceros y que no pudo conseguirlos por obrar en archivos privados, deberá señalar el archivo donde se encuentren o la persona que los tenga a su cuidado para que, en su caso, le sean requeridos en los términos previstos en esta Ley;

V. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO CONTRA ACTOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Parafraseando al experto en Amparo, Raúl Chávez Castillo (2004), el Juicio de Amparo es un juicio constitucional, que se inicia por la acción que ejercita cualquier persona ante los tribunales de la Federación en contra de una ley o acto de autoridad, en las hipótesis previstas en el artículo 103, constitucional, que considere violatorio

VI. Los terceros llamados al procedimiento de responsabilidad administrativa, a más tardar durante la audiencia inicial, podrán manifestar por escrito o verbalmente lo que a su derecho convenga y ofrecer las pruebas que estimen conducentes, debiendo exhibir las documentales que obren en su poder, o las que no estándolo, conste que las solicitaron mediante el acuse de recibo correspondiente. Tratándose de documentos que obren en poder de terceros y que no pudieron conseguirlos por obrar en archivos privados, deberán señalar el archivo donde se encuentren o la persona que los tenga a su cuidado para que, en su caso, le sean requeridos;

VII. Una vez que las partes hayan manifestado durante la audiencia inicial lo que a su derecho convenga y ofrecido sus respectivas pruebas, la Autoridad substanciadora declarará cerrada la audiencia inicial, después de ello las partes no podrán ofrecer más pruebas, salvo aquellas que sean supervenientes;

VIII. Dentro de los quince días hábiles siguientes al cierre de la audiencia inicial, la Autoridad substanciadora deberá emitir el acuerdo de admisión de pruebas que corresponda, donde deberá ordenar las diligencias necesarias para su preparación y desahogo;

IX. Concluido el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes, y si no existieran diligencias pendientes para mejor proveer o más pruebas que desahogar, la Autoridad substanciadora declarará abierto el periodo de alegatos por un término de cinco días hábiles comunes para las partes;

X. Una vez trascurrido el periodo de alegatos, la Autoridad resolutora del asunto, de oficio, declarará cerrada la instrucción y citará a las partes para oír la resolución que corresponda, la cual deberá dictarse en un plazo no mayor a treinta días hábiles, el cual podrá ampliarse por una sola vez por otros treinta días hábiles más, cuando la complejidad del asunto así lo requiera, debiendo expresar los motivos para ello;

XI. La resolución, deberá notificarse personalmente al presunto responsable. En su caso, se notificará a los denunciantes únicamente para su conocimiento, y al jefe inmediato o al titular de la dependencia o entidad, para los efectos de su ejecución, en un plazo no mayor de diez días hábiles.

de sus derechos humanos, teniendo por objeto la declaración de inconstitucionalidad, restituyéndolo en el goce del derecho violado.¹⁹

El Juicio de Amparo tiene su fundamento constitucional en lo artículo 103 y 107, se trata de un juicio extraordinario, cuya litis se traduce en determinar la constitucionalidad de un acto de autoridad, por lo tanto, es un medio de control concentrado constitucional que dota al Poder Judicial de la Federación con facultades para hacer cumplir nuestra Carta Magna.

A pesar de tener fundamento internacional en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual, exige la creación de un recurso sencillo y rápido, es necesario decir que ni es un recurso y menos aún sencillo y rápido. Por el contrario, se trata de un juicio con una serie de reglas que lo vuelven demasiado técnico y preciso.

Entre la multiplicidad de actos de autoridad que pueden ser sometidos a control a través del Juicio de Amparo, tenemos los actos de naturaleza administrativa, que la Ley de Amparo, define como aquellos “actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo”.²⁰ Es importante aclarar que esta hipótesis no necesariamente se refiere solo a actos de índole administrativa, puesto que también ubicaríamos los actos realizados por particulares equiparables a autoridades.

Sin embargo, recordemos que realizamos la distinción entre procedimientos administrativos y procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio; y, en este último ubicamos el procedimiento de responsabilidad administrativa. Por lo cual, le es aplicable una regla adicional, que se ubica en la fracción III del numeral 107 de la Ley de Amparo, en la que indica que el amparo procederá:

¹⁹ Chávez Castillo, Raúl. Tratado Teórico Práctico del Juicio de Amparo, 4ª ed., Porrúa, México, 2016, p. 23.

²⁰ Artículo 107, fracción II, de la Ley de Amparo.

III. Contra actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, siempre que se trate de:

- a) La resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso, trascendiendo al resultado de la resolución; y
- b) Actos en el procedimiento que sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; (107, fracción III, de la Ley de Amparo).

Entonces el Juicio de Amparo contra actos u omisiones derivados de procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, sólo procederá en dos circunstancias: a) contra la resolución final; b) contra actos intraprocesales que sean de imposible reparación.

Por imposible reparación, la propia ley señala que debemos entenderlo como aquellos actos que afectan derechos sustantivos tutelados en la Constitución o en Tratados Internacionales. Esos derechos sustantivos, son los derecho humanos sustanciales, es decir, quedan excluido los derecho humanos adjetivos, que son de naturaleza procesal, como la garantía de audiencia, debido proceso, defensa técnica, defensa adecuada, entre muchos otros.

Por el contrario, los derechos sustanciales serán aquellos que se ejercen fuera de un juicio o que no necesariamente deban ejercitarse en un procedimiento, por ejemplo, la dignidad, igualdad, libertad o la vida. La Suprema Corte de Justicia de la Nación lo explica del siguiente modo:

Esta interpretación se deduce de las dos condiciones que el legislador secundario dispuso para la promoción del amparo indirecto contra actos de imposible reparación dictados en el proceso o el procedimiento: la primera, consistente en la exigencia de que se trate de actos “que afecten materialmente derechos”, lo que equivale a

situar el asunto en aquellos supuestos en los que el acto autoritario impide el libre ejercicio de algún derecho en forma presente, incluso antes del dictado del fallo definitivo; y la segunda, en el sentido de que estos “derechos” afectados materialmente revistan la categoría de derechos “sustantivos”, expresión antagónica a los derechos de naturaleza formal o adjetiva, derechos estos últimos en los que la afectación no es actual —a diferencia de los sustantivos— sino que depende de que llegue o no a trascender al desenlace del juicio o procedimiento, momento en el cual sus secuelas pueden consumarse en forma efectiva[...]²¹

Por lo tanto, será la naturaleza y efectos del acto u omisión de la autoridad, la que nos dará pauta para que el Juicio de Amparo pueda ser procedente y se logré estudiar el fondo del asunto. Como técnica jurídica en la defensa, es relevante identificar que actos pueden ser de imposible reparación dentro del procedimiento de responsabilidad administrativa, lo cual se establecerá líneas adelante.

No podemos desprendernos de las reglas de procedencia del juicio de amparo, ya que no basta con que el tipo de acto haga procedente el juicio de amparo, porque además existen reglas que determinarían la improcedencia del Juicio de Amparo.

Entre ellas, tenemos la definitividad,²² “*que consiste en que previamente a la promoción del juicio constitucional el acto no sea susceptible de impugnación en la vía ordinaria por cualquier medio de defensa existente, porque de estar pendiente de resolver una instancia o el particular haya omitido recurrirlo en tiempo y forma legales, entonces el amparo será improcedente.*”²³ Es decir, que sólo será procedente el juicio de amparo cuando el acto de

²¹ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), jurisprudencia P./J. 37/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 39.

²² Artículo 61, fracciones XVIII, XIX y XX, de la Ley de Amparo.

²³ Carranco Zúñiga, Joel (coord.). *La improcedencia en el amparo administrativo*, en El Juicio de Amparo en Materia Administrativa, Porrúa, 3ª ed., México, 2014, p. 103.

autoridad haya sido recurrido en tiempo y forma, o bien, no exista recurso o medio de defensa que pueda modificarlo o revocarlo.

Este principio tiene una serie de excepciones, como lo son:

- a) Actos prohibidos o urgentes;²⁴
- b) Actos que afecten la libertad personal;
- c) Personas extrañas a juicio;
- d) Cuando la procedencia del recurso se sujete a interpretación adicional o su fundamento sea insuficiente para determinarla;
- e) Si en el recurso, juicio o medio de defensa legal que proceda, no se prevé la suspensión o bien, se exigen mayores requisitos a los establecidos en la Ley de Amparo;
- f) Si el acto carece de fundamentación;
- g) Sólo se aleguen violaciones directas a la Constitución;
- h) Cuando el recurso se encuentre en reglamento y no en la ley que lo funda.²⁵

En conclusión, para acudir al Juicio de Amparo en contra de actos derivados de procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, debemos tomar en cuenta si es la resolución definitiva o un acto intraprocesal, y de serlo, debemos verificar que sea de imposible reparación; además, nunca debemos olvidar verificar si procede algún recurso o medio de defensa, porque de haberlos, tendremos que agotarlo previamente.

²⁴ Actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales (61, XVIII, a), Ley de Amparo).

²⁵ Artículo 61, fracciones XVIII, XIX y XX, de la Ley de Amparo.

VI. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En la Ley de Responsabilidades Administrativas, contamos con cuatro recursos: Revocación (art. 210), Reclamación (art. 213) Apelación (art. 215) y Revisión. El primero será procedente en contra de la resolución que determine la responsabilidad por conductas administrativas no graves y se contará con un plazo de quince días para interponerse, teniendo legitimación para hacerlo, solo el infractor. La interposición de este recurso es optativa.

El de reclamación procederá contra resoluciones intraprocesales, siendo las siguientes a) admitan, desechen o tengan por no presentado el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, la contestación o alguna prueba; b) las que decreten o nieguen el sobreseimiento del procedimiento de responsabilidad administrativa antes del cierre de instrucción; y c) aquéllas que admitan o rechacen la intervención del tercero interesado (artículo 213 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, de aquí en adelante LGRA). Se tiene un plazo de cinco días para su interposición y lo resolverá la propia autoridad emisora. Se advierte que la interposición del recurso no es optativa.

La apelación que será el recurso con el que contará el infractor o terceros para impugnar la resolución emitida por las Salas Especializadas en el caso de conductas graves (art. 215 LGRA), que resuelve sobre la responsabilidad, el cual resolverá la Tercera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. No se advierte que su interposición sea optativa.

Finalmente, la revisión es el medio con el que cuentan los Órganos internos de control de los entes públicos federales o la Auditoría Superior de la Federación, para impugnar la resolución final que emitan las Salas Especializadas, es decir, sólo para el caso de conductas graves. Será de naturaleza vertical, siendo competente

para resolverlo los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación.

VII. TÉCNICA JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN

Las reglas establecidas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, son el medio por el cual es posible determinar la procedencia del Juicio de Amparo, así como, la vía a elegir, que puede ser la Directa o la Indirecta.

Para las violaciones cometidas durante la etapa de investigación, sólo en el supuesto que generen afectaciones de imposible reparación —como podría ser la omisión de notificarse el inicio de la investigación, requerimientos, diligencias o inspecciones que afecten derechos sustanciales— será procedente el Juicio de Amparo Indirecto, al no darse los supuestos de procedencia del Juicio de Nulidad.

Una etapa procesal medular es el momento de la presentación del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, el que podrá ser admitido, desechado o tenerse por no presentado. Será necesario agotar el recurso de reclamación. En contra de la determinación, sería procedente el juicio de amparo indirecto al tratarse de un acto que genera una afectación sustancial y que no podría ser reparada en la sentencia. Evidentemente la autoridad investigadora no podría presentar juicio de amparo.

En el caso previsto para el procedimiento de faltas administrativas graves, en el artículo 209, fracción I, de la Ley en comento, se faculta a la Sala Especializada a devolver los autos si considera que la conducta no es grave, o bien, devolverlos para que la autoridad investigadora reclasifique por otra conducta grave, dándole las directrices para su debida presentación. Ese acto es de imposible reparación, puesto que el Tribunal guía a la autoridad investigadora, dándole la oportunidad de subsanar sus vicios. En contra del

mismo, no procede recurso alguno, por lo que sería procedente el Juicio de Amparo por la vía Indirecta.

Si el vicio derivare de la omisión o deficiencia en la notificación del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, dependerá del momento en que se verifique; si fuera antes de resolver el procedimiento, será necesaria la interposición del incidente de nulidad del emplazamiento ante la propia autoridad administrativa, a fin de agotar la definitividad. Empero, si se tuviera conocimiento de esa violación una vez turnados los autos para el dictado de la resolución, sería procedente el juicio de amparo por la vía indirecta, sin necesidad de agotar el incidente de nulidad.

Para el caso de la admisión o desechamiento de pruebas, deberá agotarse el recurso de reclamación y si fuere reiterativo, nos encontraremos en dos supuestos:

- a) En el caso de que fuere un procedimiento seguido por una falta no grave, deberá plantearse la violación en el juicio de nulidad, para eventualmente hacerlo el juicio de amparo directo.
- b) Si se tratare de un procedimientos seguido por una falta grave, entonces, la técnica del juicio de amparo exigiría reiterarlo en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, a pesar del que el artículo 214 de la LGRA señala que la resolución de la reclamación no admite recurso alguno; sin embargo, será necesario hacerlo para garantizar su estudio como violación procesal en el juicio de amparo.

Ahora bien, en contra de la resolución que resuelva sobre una falta administrativa no grave, el infractor tendrán la opción de interponer recurso de revocación, pero la interposición del juicio de nulidad será necesaria a fin de cumplir con la definitividad, para eventualmente acudir al juicio de amparo por la vía directa. No se

advierte que el tercero pueda interponer el recurso, por lo tanto, éste deberá acudir al juicio de nulidad para cumplir con la definitividad.

En cambio, para el caso de la resolución dictada por una falta grave, se deberá agotar el recurso de apelación; y en contra de ésta procederá el juicio de amparo directo, al no tener posibilidades de procedencia en juicio de nulidad; atendiendo que el recurso de apelación lo resuelve una de las Secciones de la Sala Superior, por lo que resultaría inválido que un inferior analice la legalidad de la referida resolución.

Por último, en relación a la imposición de medidas cautelares,²⁶ el artículo 127 de la LGRA establece que no procederá recurso. Por lo que en caso de la interposición de alguna de éstas, para el caso de procedimientos por faltas no graves, podría proceder juicio de nulidad o juicio de amparo, dependiendo del planteamiento realizado.

Por el contrario, para el supuesto de que las medidas sean decretadas en el procedimiento por faltas graves, al estarla imponiendo una Sala Especializada del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, no sería procedente el Juicio Contencioso Administrativo, por lo que sería procedente el Juicio de Amparo Indirecto.

VIII. LA VALIDEZ DE LA NORMA Y LOS FORMALISMOS PROCESALES

En la Ley General de Responsabilidades Administrativas nos encontramos con un modelo procesal complejo, que ofrece medios de impugnación enunciativos, y que si bien, su procedencia resulta ser clara; también lo es, que al momento de visualizarlo a través de las reglas del Juicio de Amparo se torna en normas complejas y de difícil comprensión.

El procedimiento de responsabilidades vigente trae como consecuencia que al pretender ejercer un medio de defensa constitucio-

²⁶ Suspensión temporal, exhibición de documentos, apercibimiento de multa, embargo precautorio o las necesarias para evitar un daño irreparable a la Hacienda Pública Federal (art. 124 LGRA).

nal, como lo es el Juicio de Amparo, se complique definir su procedencia, derivado de existir un procedimiento de responsabilidades que se desahoga por la vía administrativa (faltas no graves) y otro que se desenvuelve en la vía jurisdiccional (faltas graves); provocando que las opciones de defensa sean diversas, al contener cada vía formalidades diversas.

De este modo, sobre todo al probable infractor, se le da un tratamiento procesal diverso, según la magnitud de la falta cometida, sometiéndose a formalismos procesales que merman su defensa, complicando el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia; al extremo que el infractor por faltas no graves cuenta con mayores oportunidades de defensa, pues tiene la posibilidad de acudir al Juicio de Nulidad. En cambio, si se trata del infractor por faltas graves, éste no tendrá la posibilidad de acudir al juicio de nulidad.

Claramente, existe un tratamiento distinto para un infractor y para el otro, condicionando el trato a la probabilidad de que haya cometido la infracción, lo cual nos lleva a poner en escrutinio la validez del procedimiento de responsabilidad administrativa. Que para la conclusión de este trabajo, cabe decir que el procedimiento es sustancialmente inválido, ya que sus reglas prevén formalidades distintas, basadas en un criterio de presunción de culpabilidad. Porque el tratamiento diferenciado para desde el momento de la presentación del Informe de Presunta Responsabilidad.

Por lo tanto, es necesario que al momento de acudir al Juicio de Amparo, este trato diferenciado sea planteado como inconstitucional, a fin de que al imputado por faltas graves, pueda beneficiarse de aquellas ventajas procesales que goza el imputado por faltas no graves.

IX. CONCLUSIONES

La reforma en materia de responsabilidades administrativas fue una reacción ante el fenómeno social de la corrupción, no bastando

regular las conductas de los servidores públicos, sino también de los particulares, con lo cual, surgieron nuevos procedimientos para ventilar las responsabilidades de los mismos.

Tales procedimientos deben estar ajustados a los principios constitucionales, en este caso, los derechos fundamentales y garantías constitucionales de los presuntos responsables, en equilibrio con los derechos fundamentales de la colectividad y los fines del Estado, como lo es la eficacia, eficiencia y transparencia en la aplicación del gasto público.

El procedimiento administrativo instituido, a pesar de perseguir un fin válido, incurre en una serie de formalismos jurídicos que complican el ejercicio de la defensa de los probables infractores, sometiéndolos a la toma de una serie de decisiones procesales complejas, que generan un alto margen de incurrir en un error, cuyo coste recaería en el resultado del procedimiento.

De este modo, el ejercicio de la defensa constitucional, como es el juicio de amparo, se torna complejo, al punto que puede convertirse en un medio de defensa de difícil acceso y ejercicio, contraviniendo el derecho de acceso a la justicia. Conforme a ello nos encontramos ante un procedimiento plagado de formulismos procesales.

Finalmente, el procedimiento de responsabilidades administrativas resulta en discriminatorio, al dar un tratamiento procesal diverso entre los imputados por faltas administrativas graves y las no graves. Por lo tanto, será necesario que a través de la interpretación constitucional, el procedimiento administrativo en estudio se vaya uniformando y ajustando a los márgenes constitucionales, para garantizar seguridad jurídica entre los diversos factores interesados o afectados por el actual sistema de responsabilidades administrativas.

Por lo que será necesario delimitar adecuadamente la competencia de los Tribunales Administrativos a fin de que actúen de manera imparcial y prevalezca el principio de igualdad procesal. Asimismo, será necesario establecer los mismos parámetros de defensa para ambos procedimientos administrativos.

Por el momento, será necesaria la capacidad y conocimientos del abogado defensor, como las aquí recomendadas, a fin de garantizar a los probables infractores un acceso efectivo a la justifica y un derecho a una defensa técnica.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- CARRANCO ZÚÑIGA, Joel (coord.). *La improcedencia en el amparo administrativo*, en *El Juicio de Amparo en Materia Administrativa*, Porrúa, 3ª ed., México, 2014.
- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl. *Tratado Teórico Práctico del Juicio de Amparo*, 4ª ed., Porrúa, México, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris. *Teoría del Derecho y de la Democracia. Parte I. Colección Estructuras y Procesos*. Serie Derecho, Trotta, Italia, 2011.
- , Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, España 4ª ed., trad. Andrés Perfecto, Antonio de Cabo, et al., Trotta, 2009.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 48ª ed., México 2012.
- OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del proceso*, 6ª edición, Oxford, México, 2011.
- PÉREZ FERNÁNDEZ del Castillo, Germán y León y Ramírez, Juan Carlos, *El léxico de la política en la globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 2008.

1. OTROS MATERIALES DE CONSULTA

- CORTÉS CAMPOS, Josefina, Kaiser Aranda Max y Roldá Xopa, José, *Iniciativa Ciudadana de la Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, recuperado el 25 de octubre de 2017, de <http://ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_IniciativaCiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf>.

Dag Einar Thorsen and Amund Lie. *What is Neoliberalism?*, Department of Political Science University of Oslo, Noruega, 2010, consultado en <<http://folk.uio.no/daget/What%20is%20Neo-Liberalism%2010-11-06.pdf>>.

Grupo parlamentario del Partido Acción Nacional en la Cámara de Senadores (2015), Exposición de Motivos para la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, recuperado el 25 de octubre de 2017, de <http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/corrupcion/PAN_LGSNA.pdf>.

Diccionario de la Real Academia Española, España, 2017, consultado en <<http://dle.rae.es>>.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la

manera de lo posible deben evitarse los enunciados explicativos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre diples (v. g.: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminará con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

	Título
	Autor
	Sinopsis curricular y correspondencia
	Dedicatoria
	Sumario
	Resumen
	Palabras clave
	<i>Abstract</i>
	<i>Key words</i>
Cuerpo de la obra	I. Partes con números romanos
	1. Secciones en números arábigos
	a) Incisos
	<i>Entradas en cursivas</i>
	II. Fuentes
	Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1, gráfica 1, figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- ☐ El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- ☐ No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- ☐ El original se enviará en formato Word o RTF.
- ☐ Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- ☐ Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- ☐ Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- ☐ Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- ☐ No se dejará espacio entre párrafos.
- ☐ Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- ☐ El título deberá ser breve y descriptivo.
- ☐ Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- ☐ Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- ☐ El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- ☐ No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- ☐ El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- ☐ En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de
Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos, así como de la originalidad (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

A T E N T A M E N T E

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, editada por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de marzo de 2019 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C.V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos 5703-2241 y 5592-2240. En su composición tipográfica se emplearon tipos Baskerville y **COPPERPLATE**. Tipo de impresión *offset*, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y los forros en Couché de 300 gramos. La edición estuvo al cuidado de Abril Uscanga Barradas y Claudio Vázquez Pacheco y consta de 300 ejemplares.



ISSN EN TRÁMITE
9 772007 599504