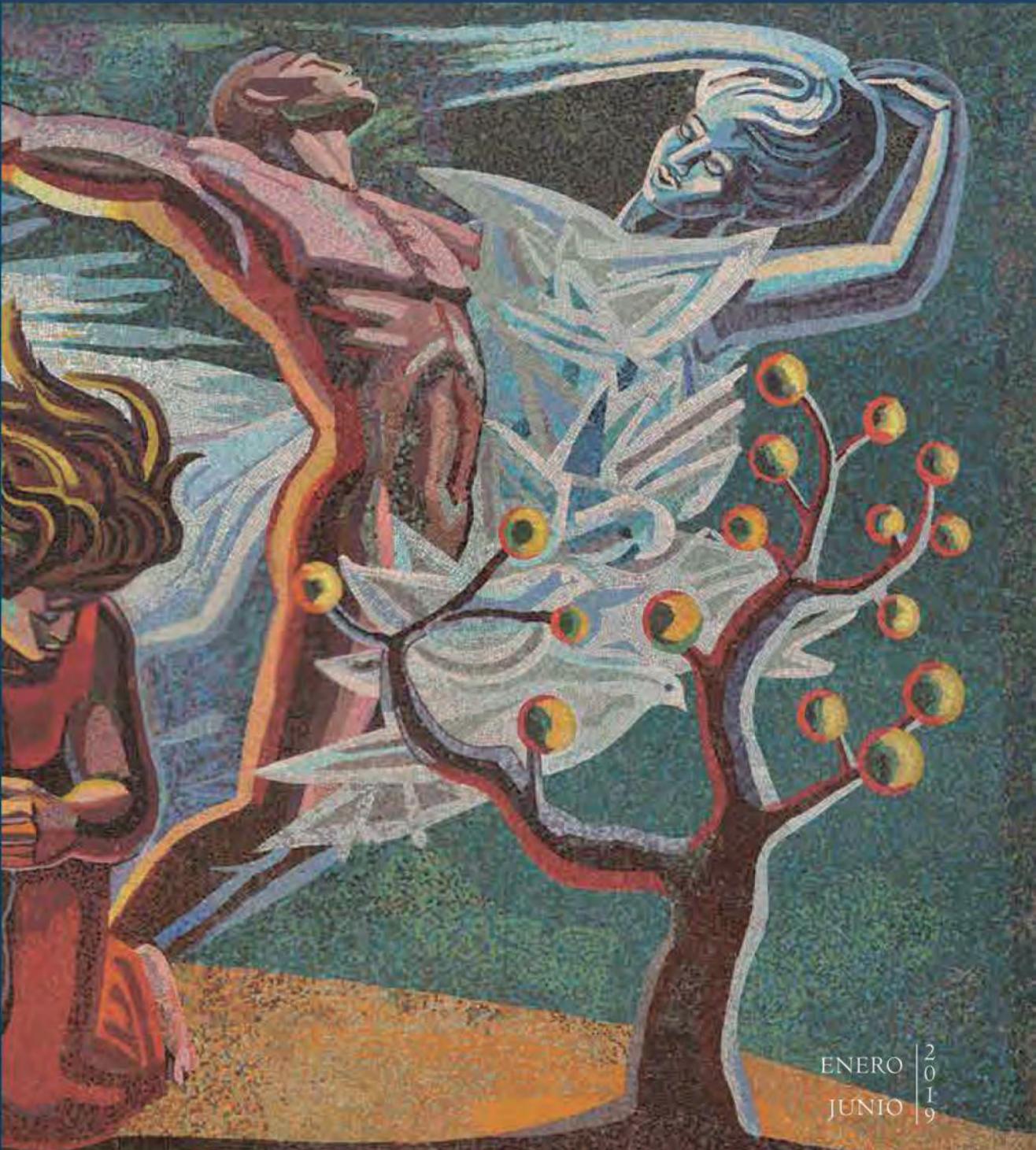




REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM  
AÑO 6, NÚMERO 10



ENERO | 2019  
JUNIO | 19

$\mathcal{R}_D$

**REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO  
DE LA UNAM**

**AÑO 6, NÚMERO 10**

**ENERO - JUNIO 2019**





#### 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: José Chavez Morado, *La conquista de la energía*, 1952-1953, mosaico de vidrio, Auditorio de la antigua Facultad de Ciencias, UNAM, Ciudad Universitaria, Ciudad de México.

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 6, No. 10, enero -junio 2019, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía 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, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: [revista@derecho.posgrado.unam.mx](mailto:revista@derecho.posgrado.unam.mx). Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Editor responsable: Claudio Vázquez Pacheco. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México fecha de la última modificación, 13 de mayo de 2019.

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 total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



**REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**

*Abril Uscanga Barradas*

**DIRECTORA**

*Claudio Vázquez Pacheco*

**EDITOR**

*Tania Mendoza Martínez*

**EDITORA ADJUNTA**

*Javier Cancino Jiménez*

*Diana Érika Hernández Ríos*

**SECRETARÍA EDITORIAL**

*Mitzi Aurora Mendez Hermenegildo*

*Susana Monserrat Gil Vilchis*

*Christian Alejandro Meneses De Anda*

*Diana Saldaña Martínez*

**ASISTENTE EDITORIAL**

*Héctor Alejandro Ramírez Medina*

**ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN**

*José Manuel Guevara García*

**ENCARGADO DE PROGRAMACIÓN Y SISTEMAS**

**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**

*María 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**

*Flavia Freidenberg*  
**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM**

*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**

*Jorge Fernández Ruiz*  
**FACULTAD DE DERECHO, UNAM**

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

*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

*Guillermo Enrique Estrada Adán*  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,  
UNAM



## ÍNDICE

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| EDITORIAL. . . . .            | 13 |
| <i>Abril Uscanga Barradas</i> |    |

### ARTÍCULOS

|   |    |
|---|----|
| CRÍTICA A LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL . . . . . | 19 |
| <i>Jaime Fernando Cárdenas Gracia</i>                     |    |

|   |    |
|---|----|
| LA AUTENTICACIÓN Y VERIFICACIÓN DE LA IDENTIDAD<br>A TRAVÉS DE INFORMACIÓN BIOMÉTRICA COMO PARADIGMA<br>DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO . . . . . | 73 |
| <i>Tábata Andrea Romero Cerdán</i>  |    |

|   |     |
|---|-----|
| LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y<br>LA INEJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO POR<br>EL INDEBIDO FINANCIAMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO . . . . | 105 |
| <i>Roberto Martínez Regino</i>  |     |

|   |     |
|---|-----|
| CONTRIBUCIONES DE LA PERSPECTIVA PRAGMADIALÉCTICA<br>DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA ORIENTACIÓN<br>DEL ACTUAR RAZONABLE DEL LEGISLADOR . . . . . | 141 |
| <i>Yvonne Georgina Tovar Silva</i>  |     |

|  |     |
|--|-----|
| HACIA UNA TIPOLOGÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL TRANSNACIONAL . . . . . | 175 |
| <i>Rodrigo Brito Melgarejo</i>                                   |     |

### ESTUDIOS JURÍDICOS

|   |     |
|---|-----|
| EL CONFLICTO DEL TESTIGO DE IDENTIDAD RESERVADA<br>CON EL ADECUADO DERECHO DE DEFENSA . . . . . | 205 |
| <i>Aristóteles Agustín González Velázquez</i>   |     |

**TRADUCCIONES**

|  |     |
|--|-----|
| EL DERECHO Y LA INJUSTICIA EXTREMA . . . . . | 229 |
| <i>Júlio Aguiar de Oliveira</i>              |     |

**ENTREVISTAS**

|  |     |
|--|-----|
| ENTREVISTA AL PROFESOR EMÉRITO<br>DOCTOR SERGIO GARCÍA RAMÍREZ . . . . . | 255 |
| ENTREVISTA A LA DOCTORA MARGARITA PALACIOS SIERRA . . . . .              | 281 |
| INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES . . . . .                                   | 297 |



## EDITORIAL

La ciencia jurídica y nuestro conocimiento de la misma, se encuentran en un constante proceso de evolución y cambio. Esto nos motiva a cumplir con nuestro propósito primordial de informar al lector sobre diversas cuestiones relevantes al estudio del Derecho desde una perspectiva nacional e internacional que incentive y facilite la reflexión y discusión de estas temáticas a fin de, eventualmente, generar respuestas que resulten satisfactorias a las necesidades de nuestra sociedad.

Para cumplir con este importante objetivo, la Revista ha adoptado en su número más reciente nuevas políticas editoriales que fortalecen nuestras aportaciones al mundo jurídico proporcionándoles la formalidad que es necesaria en publicaciones de difusión científica.

Además, se ha incorporado una nueva sección de entrevista en la mostramos la labor de importantes personalidades que pudieran ser de interés para la comunidad jurídica nacional e internacional. En este número entrevistamos a dos importantes personajes que cuentan con una destacada carrera profesional y valiosas aportaciones en las esferas jurídica y académica del país, me refiero al eminente profesor emérito, el Doctor Sergio García Ramírez y, a la distinguida catedrática, Doctora Margarita Palacios Sierra.

El presente número de la Revista es el resultado de la colaboración de diferentes juristas nacionales e internacionales que nos comparten parte de su experiencia y conocimientos para generar un producto de calidad y valor cultural verdaderamente trascendental. A continuación me permitiré dar una breve introducción de los artículos contenidos en esta Revista:

Nuestro primer artículo intitulado “Crítica a la ley general de comunicación social” es autoría del Doctor Jaime Cárdenas García, uno de nuestros más destacados académicos y juristas en el país. En este artículo el Doctor describe los contenidos de esta ley para

posteriormente exponer las razones por las que debe ser declarada como inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al fallar en cumplir con las exigencias constitucionales de la publicidad oficial previstas en el párrafo octavo del artículo 134 de nuestra Constitución.

Por otra parte, la Doctora Tábata Andrea Romero Cerdán es especialista en Derecho Fiscal y Administrativo con líneas de investigación en Derecho Informático. En su artículo “El tratamiento de los datos biométricos en México” trae a nuestra atención la aplicación generalizada de las tecnologías biométricas en el sistema financiero mexicano y los riesgos que esto conlleva mediante un análisis del régimen jurídico de los datos biométricos en México desde el contexto europeo en el que aborda las ventajas y desventajas que supone la implantación de sistemas de almacenamiento masivo de información biométrica a la luz de los derechos fundamentales de los individuos. Finalmente, la Doctora apunta hacia posibles soluciones que resulten menos intrusivas hacia los derechos de los usuarios y clientes de las instituciones financieras del país.

El tercer artículo que se presenta se denomina: “La protección de los Derechos Humanos y la inejecución de las sentencias de amparo por el indebido financiamiento de políticas públicas en México”. En él el Doctor en Derecho y Globalización, Roberto Martínez Regino reflexiona sobre el grado de eficacia actual de la protección de los derechos fundamentales por el Estado a través del juicio de amparo por el indebido financiamiento del ente legislativo. Ofreciéndonos así un tema que permite debatir la actualización de instituciones jurídicas necesarias para lograr la concesión de amparo, la creación y modificación de políticas públicas y la debida distribución de la riqueza económica en el país para la efectividad de los derechos humanos conforme a estándares del bloque constitucional de derechos humanos.

También me permito presentar a la Doctora en Derecho Yvonne Georgina Tovar Silva quien explora en su artículo “Contribuciones de la perspectiva pragmatialéctica en la orientación del actuar razonable del legislador” la manera en que la perspectiva pragmatia-

léctica de la argumentación contribuye a orientar el actuar razonable del legislador siguiendo el código de conducta para discutidores razonables exhortando al legislador a considerar la importancia de la libertad discursiva así como la debida argumentación de la labor legislativa y el importante papel que tiene el mantener la confianza de la población en los integrantes del órgano legislativo así como contar con leyes debidamente sustentadas por un aparato argumentativo acorde a las exigencias del Estado Constitucional de Derecho.

Así mismo, presentamos la contribución del Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales y catedrático de nuestra Facultad, Rodrigo Brito Melgarejo, la cual se titula “Hacia una tipología del diálogo judicial transnacional”. En ella el Doctor nos ofrece una tipología sobre la forma en que los jueces constitucionales usan precedentes extranjeros al resolver casos a fin de determinar si al recurrir a resoluciones de tribunales extranjeros los órganos jurisdiccionales cumplen de forma correcta con su labor de interpretación constitucional permitiendo además determinar cuándo recurren a esta herramienta interpretativa y cuáles son las implicaciones y parámetros en cada caso.

En este orden de ideas, y desde un estudio experto, el Juez de Control y de Juicio Oral Penal del Estado de Aguascalientes, Aristóteles Agustín González presenta el artículo “El conflicto del testigo de identidad reservada con el adecuado derecho de defensa”, y trae a nuestra atención la apremiante necesidad de brindar protección a los testigos mediante el uso del testigo de identidad reservada siendo éste una figura jurídica en la que ambas partes –la defensa y el fiscal- desconocen su identidad a fin de generar la discusión de si el uso de este tipo de testigo limita o no el ejercicio del derecho de defensa.

Finalmente, se presenta una excelente traducción de un texto original de Júlio Aguiar De Oliveira intitulado “El derecho y la injusticia extrema”. Esta traducción del portugués al español fue elaborada por Alejandro Nava Tovar quien además de ser Doctor en Derecho es catedrático de Filosofía del Derecho en el Posgrado en Derecho de la UNAM y Profesor-Investigador en el Instituto

Nacional de Ciencias Penales. El fin de esta traducción es compartir la reflexiones que realizó De Oliveira en torno al argumento de la injusticia extrema enfocándose tanto en teorías no positivistas del Derecho de Gustav Radbruch y Robert Alexy como en los argumentos positivistas de H.L.A Hart y Brian Bix para así proponer argumentos que permitan defender la corrección de tesis que reconoce la Fórmula de Radbruch como un elemento del concepto del Derecho, pero no como un prescripción para la decisión judicial.

Como hemos dicho en números anteriores, la exogamia y la colaboración interinstitucional son herramientas sumamente valiosas que permiten dar a conocer los diversos desafíos presentes en el mundo del Derecho tanto a la población civil como a los académicos y legisladores permitiendo, en algunos casos, formular posibles soluciones que satisfagan las necesidades de la siempre cambiante sociedad. Tenemos la firme creencia de que uno de los medios más eficaces para generar el cambio social es la difusión ideas y el esclarecimiento de dudas mediante el debate informado y respetuoso, por ello nuestra Revista permanece en un formato gratuito y electrónico con la finalidad de alcanzar la mayor cantidad posible de lectores.

En conclusión, este número de la Revista del posgrado en Derecho de la UNAM le ofrece al público distintas experiencias y visiones de la ciencia jurídica y su acontecer desde puntos de vista que no se limitan a un orden teórico nacional.

No omito mencionar que esto solo ha sido posible gracias al trabajo de los autores, los dictaminadores, los editores, los informáticos, los traductores y demás miembros del equipo de la Revista. De parte del equipo de la Revista del Programa del Posgrado en Derecho de la UNAM deseamos que éste número resulte de interés y permita generar un diálogo constructivo encaminado hacia el perfeccionamiento del Derecho y, por ende, de la sociedad.

*Dra. Abril Uscanga Barradas*

DIRECTORA DE LA REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO  
ORDID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>.

## **ARTÍCULOS**



## CRÍTICA A LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL

*CRITIC TO THE GOVERNMENT COMMUNICATION ACT*

JAIME FERNANDO CÁRDENAS GRACIA<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** La Ley General de Comunicación Social publicada el día 11 de mayo de 2018 en el Diario Oficial de la Federación es un ordenamiento jurídico que no satisface las exigencias constitucionales de la publicidad oficial previstas en el párrafo octavo del artículo 134 de norma fundamental. En este artículo describimos los contenidos de la ley y exponemos las razones que se esgrimen para que la Ley sea declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**PALABRAS CLAVE:** *Publicidad oficial, pluralismo, neutralidad.*

**ABSTRACT:** The Government Communication Act, which was published in the Diario Oficial de la Federación on May 11th 2018, is not in accordance to the parameters stipulated in 8th paragraph of the 134th constitutional article. In this paper we explain the contents of this act and why it should be ruled unconstitutional by the Supreme Court of Justice.

**KEYWORDS:** *Official Advertisement, Pluralism, Neutrality.*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. La dictadura mediática; III. El derecho comparado de acceso a la información y de la publicidad gubernamental; IV. La publicidad gubernamental en México antes de la Ley vigente; V. Descripción de la Ley General de Comunicación Social; VI. La acción de inconstitucionalidad de la minoría senatorial presentada en contra de la Ley General de Comunicación Social; VII. La acción de inconstitucionalidad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; VIII. Conclusiones; y, IX. Fuentes.

---

<sup>1</sup> Investigador Titular C y PRIDE D del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, y profesor de la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la máxima casa de estudios. <jaicardenas@aol.com>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>

Fecha de recepción: 7 de febrero 2019; fecha de aprobación: 17 de mayo de 2019.

## I. INTRODUCCIÓN

**H**emos vivido en México, como lo demostraremos, en una dictadura mediática: los medios impresos y electrónicos reproducen los puntos de vista de los gobiernos en turno y de los sectores dominantes-hegemónicos, y no existe ningún pluralismo de medios ni en los medios.

La bibliografía nacional en esta materia es muy limitada y se ha referido, con algunas excepciones, sobre todo a la propaganda gubernamental en las campañas electorales.<sup>1</sup> Es necesario contar con mayores estudios sobre la publicidad oficial en periodos no electorales.

<sup>1</sup> Apreza Salgado, Socorro, “La regulación de la publicidad oficial y las medidas anticoncentración de medios de comunicación: otro nudo gordiano del pluralismo informativo en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 60, número 254, 2010; Baños, Marco Antonio y Carriedo, Luis Miguel, “Distorsiones de la propaganda política”, *Revista Justicia Electoral*, México, Vol. 1, número 5, 2010; Corral Jurado, Javier, “Propaganda gubernamental y artículo 134 constitucional” en Ackerman Rose, John Mill (coordinador), *Elecciones 2012: en busca de la equidad y legalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Senado de la República, 2011; Desiree Salgado, Eneida y Seraphim Makarasky, Camila, “Propaganda electoral, publicidad gubernamental y encuestas electorales: un análisis del modelo mexicano desde una mirada brasileña”, *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, México, número 12, 2014; Guevara Montemayor, Alberto, “Suspensión de propaganda gubernamental y derecho de acceso a la información pública: hacia un punto de equilibrio en México”, en *Revista Estudios en Derecho a la Información*, México, número 1, enero-junio de 2016; López Guerra, Luis, y otros, *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, Valencia, 2018; Magistrados de la Sala Superior del TEPJF, *Propaganda gubernamental. Excepciones durante un periodo de campaña. Expediente SUP-RAP-54/2012 y acumulados*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014; Marván Laborde, María, “La propaganda gubernamental: un exceso”, *Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, número 39, mayo-junio, 2017, disponible en: <<https://bit.ly/2RDOoXm>>; Salazar Rebollo, María Grisela, “Resistiendo el clientelismo. Publicidad gubernamental y subsistencia de la prensa crítica”, *Colombia Internacional*, número 95, Colombia, 2018, disponible en: <<https://bit.ly/2TYcicr>>; Trejo Delarbre, Raúl, “Información y medios en la Constitución de la Ciudad de México”, en *Configuraciones*.

El principio de neutralidad mediática en materia de publicidad oficial es inexistente en nuestro país. Esta publicidad, que es más bien propaganda, siempre ha servido para apuntalar a los gobiernos en turno, fundamentalmente a los titulares del poder ejecutivo de nuestro país.

Durante la historia reciente de nuestro país, el poder mediático aliado con el poder político ha impuesto a grandes sectores de nuestra sociedad sus concepciones de la realidad. Esas nociones han sido la expresión de una hegemonía ideológica en donde la verdad social, económica e histórica es construida para satisfacer los intereses de los grupos dominantes y en el poder.

En el contexto de la dictadura mediática se aprobó la ley general de comunicación social que no resuelve el uso discrecional y manipulado de los recursos públicos empleados para la publicidad oficial. En este artículo exponemos las principales críticas a la Ley que entró en vigor el 1 de enero de 2019. Contra la ley se promovieron diversas acciones de inconstitucionalidad. Aquí damos cuenta de dos de ellas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene en sus manos la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad general de la ley, a efecto de que el Congreso de la Unión apruebe una que sí satisfaga los parámetros constitucionales y los estándares internacionales en la materia.

## II. LA DICTADURA MEDIÁTICA

En México es necesario que las autoridades, pero también a los medios de comunicación -con fundamento en el artículo 6 de la

---

*Aportes al debate constituyente de Ciudad de México*, Revisa de la Fundación Pereyra y del Instituto de estudios para la transición democrática, número, 41, mayo-agosto de 2016; y, Villafranco Robles, Citlali, “Campañas electorales en el límite de la ley. El caso de la propaganda gubernamental del Partido Verde Ecologista de México”, Revista Justicia Electoral, Vol. 1, número 17, enero-junio, 2016.

Constitución y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos- cumplan cabalmente con el derecho a la información. Sostenemos que ha existido una dictadura mediática al no garantizarse cabalmente el derecho a la información, por lo siguiente:

1. El derecho a la información consiste, no sólo en el acceso a la información de las posiciones del gobierno y de los grupos dominantes en la sociedad, sino que entraña el acceso a la información de todos los puntos de vista de los sectores relevantes de la nación;
2. En México no tenemos pluralismo de los medios –que exista una gran cantidad de medios que difundan versiones diversas sobre los problemas nacionales- porque a pesar de las últimas reformas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión el espacio radioeléctrico sigue concentrado en unas cuantas empresas. Existe un oligopolio mediático.
3. No hay pluralismo en los medios –que se garantice el derecho de los periodistas de cada medio a disentir de la línea editorial o toral del respectivo medio- sin temor a ser despedidos o sancionados por la empresa (cláusula de conciencia a favor del periodista trabajador).
4. El acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico ha obedecido a criterios políticos para favorecer a ciertas y pocas empresas y no a pautas basadas en la imparcialidad.
5. El derecho a recibir información plural y veraz no está suficientemente garantizado. Los medios mexicanos suelen distorsionar la realidad a favor de los grupos dominantes.
6. Los integrantes de la sociedad no contamos con el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos en los medios. Ese derecho es sólo de los representantes de los grupos en el poder político o económico.

7. El derecho a la información se ha constituido muchas veces en una forma de propaganda a favor del gobierno en turno en contra de lo previsto en el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución.
8. No contamos con un órgano constitucional efectivamente independiente, que no derive de las cuotas de poder de los partidos, y que garantice el derecho a la información. El Instituto Federal de Telecomunicaciones es expresión de los partidos dominantes en el poder legislativo, los que designan a sus titulares.
9. El sistema jurídico y político nacional a través de los medios, especialmente con motivo de la aprobación de las reformas estructurales del anterior gobierno, ha reproducido los puntos de vista de los gobiernos en turno y de los sectores dominantes-hegemónicos sin dar oportunidad en igualdad de circunstancias a la expresión de las expresiones disidentes y alternativas.<sup>2</sup>
10. Los operadores políticos y mediáticos del gobierno de manera dolosa, con alevosía, premeditación y ventaja, avasallan o pretenden avasallar a sectores sociales mayoritarios. Imponen las supuestas reglas del debate en su beneficio para que sólo una voz y una posición prevalezca –la del gobierno o la de los poderes fácticos- y, de manera intencionada presentan esa interpretación de la realidad como la realidad misma.<sup>3</sup> El objetivo de esa artimaña es que la sociedad no se entere de las terribles consecuencias fiscales,

---

<sup>2</sup> La relación medios-poder-sociedad es determinante en la definición de las características de un régimen político. Ver: Montabes Pereira, Juan, *La prensa del Estado durante la transición política española*, Madrid, siglo XXI editores y Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989.

<sup>3</sup> Esteinou Madrid, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coordinadores), *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

políticas, económicas y de pérdida de soberanía nacional que acarrearán muchas de las decisiones gubernamentales hegemónicas. Su propósito es que la sociedad desconozca cómo se maximizan las ganancias de los sectores privados privilegiados con los recursos públicos de todos los mexicanos. El fin último de los operadores mediáticos del gobierno es que los motivos y los fines de las políticas del gobierno se desconozcan por las mayorías, pues las decisiones del gobierno incrementarán la riqueza del 1% de la población en detrimento del 99% de la población restante.<sup>4</sup> Por eso, el gobierno con la complicidad de los medios impulsa las reformas jurídicas en la vaciedad de la inexistente discusión legislativa, atropellan la deliberación y minimizan las voces, posiciones y opiniones alternativas.

Esos operadores mediáticos del gobierno desconocen lo que significa la democracia. Piensan que ésta consiste sólo en la aprobación de las leyes por mayorías legislativas ad hoc. Se han olvidado de leer a Tocqueville<sup>5</sup> y a John Stuart Mill<sup>6</sup> en relación con el concepto de tiranía de la mayoría legislativa o gubernamental. Ésta se produce cuando la “mayoría” legislativa, al adoptar las decisiones, violenta los derechos de millones de excluidos por el sistema. Tampoco han leído a Sartori que explica, que en el contexto constitucional contemporáneo, tiranía de la mayoría significa violar, legislando o gobernando por unos cuantos que se encuentran divorciados de la sociedad, los derechos humanos de millones.<sup>7</sup> No puede existir de-

---

<sup>4</sup> Stiglitz, Joseph, El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita, traducción de Alejandro Pradera, México, Taurus-Prisa Ediciones, 2012, p. 249.

<sup>5</sup> Tocqueville, Alexis de, La democracia en América, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

<sup>6</sup> Stuart Mill, John, Sobre la libertad, Madrid, Alianza editorial, 2017.

<sup>7</sup> Sartori, Giovanni, ¿Qué es la democracia?, Madrid, Taurus, 2007.

mocracia sin que los diversos y plurales sectores de la sociedad, sus voces y posiciones alternativas, tengan en el debate público las mismas oportunidades de exposición y de conocimiento que las voces y posiciones de los que gobiernan. Si ese principio no se garantiza, no hay democracia, lo que existe es la dictadura mediática.

### III. EL DERECHO COMPARADO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DE LA PUBLICIDAD GUBERNAMENTAL

Es común señalar que los derechos a la libertad de expresión y a la información son derechos preferentes frente a otros derechos humanos y principios.<sup>8</sup> Sin embargo, esos derechos están sometidos a limitaciones y la salvaguarda de la equidad en la materia está ausente. En particular en los procesos electorales, pero también en la relación ordinaria entre el gobierno y la oposición. El derecho comparado así lo advierte.

Temas que son cada vez más importantes en esta materia son el de la neutralidad de los medios y el del pluralismo de los medios de comunicación. Lo que se pretende es lograr la igualdad de armas entre los contendientes en un proceso electoral, es decir, la equidad, pero también para satisfacerla durante periodos inter electorales entre el gobierno y la oposición. Se llega a manifestar que para obtener la igualdad de armas los medios de comunicación además de plurales deben garantizar condiciones de igualdad y neutralidad entre los partidos y candidatos y en los periodos ordinarios entre el gobierno y la oposición.

La ley Orgánica 2/2011 de España, de 28 de enero de ese año, determina en su artículo 66 algo muy relevante para nuestro análisis. Dice así el precepto:

Artículo 66. Garantía de pluralismo político y social.

---

<sup>8</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, Los límites de la libertad de expresión, México, UNAM, 2004 p. 17.

El respeto al pluralismo político y social, así como a la igualdad, proporcionalidad y neutralidad informativa en la programación de los medios de comunicación de titularidad pública en periodo electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes. Las decisiones de los órganos de administración de los referidos medios en el indicado periodo electoral son recurribles ante la Junta Electoral competente de conformidad con lo previsto en el artículo anterior y según el procedimiento que la Junta Electoral disponga.

Durante el período electoral las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios de pluralismo e igualdad. Asimismo, en dicho período, las televisiones privadas deberán respetar también los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales así como en la información relativa a la campaña electoral de acuerdo a las Instrucciones que, a tal efecto, elabore la Junta Electoral competente.

La norma como puede observarse distingue entre los medios públicos y los privados y establece más obligaciones a los primeros, pero ello no significa que los segundos no estén comprometidos con esos principios. En el derecho español, la legitimación procesal para recurrir y exigir esos principios ante las autoridades electorales competentes son: los partidos, las federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurren a las elecciones.

El marco jurídico electoral español en la materia se ha resumido de la siguiente manera:

- 1) Únicamente en la prensa escrita y en las radios privadas la información debía ajustarse a los principios constitucionales que informan la libertad de expresión y el derecho a la información según el artículo 20 de la Constitución y garantizada mediante los instrumentos jurídicos ordinarios (derecho de rectificación, delitos de injurias y calumnias, etc.).
- 2) Por el contrario, en todas las radios y televisiones públicas y en las televisiones privadas, debía respetarse, además de las referidas normas constitucionales, el principio de pluralismo, mientras que a las televisiones privadas se les adicionaba el de igualdad y, a los

medios públicos, el de neutralidad informativa, todos ellos garantizados por las Juntas Electorales, tanto en la información durante las elecciones como en la información de/sobre las elecciones.<sup>9</sup>

No obstante, ésta más o menos precisa regulación, los autores especializados de ese país se cuestionan la eficacia de esas prohibiciones en Internet respecto a servidores informáticos localizados fuera del territorio español.

Las prescripciones del artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General han propiciado interpretaciones interesantes. Así en materia de medios públicos, los principales criterios son los siguientes:

1. Los medios públicos deben garantizar el pluralismo político y social, así como la igualdad, la proporcionalidad y la neutralidad informativa en toda su programación.
2. Los planes de cobertura informativa deben ser objeto de control previo de la Administración Electoral, incluyendo los debates, entrevistas y programas específicos de naturaleza electoral.
3. La información se sujetará a lo siguiente: a) La duración de la información dedicada a cada formación política se ajustará proporcionalmente a los resultados obtenidos en las últimas elecciones equivalentes en el ámbito de difusión del medio; y, b) Podrá proporcionarse información sobre aquellas candidaturas que no se presentaron o no obtuvieron representación en las últimas elecciones sin que en ningún caso, estas últimas puedan obtener una cobertura informativa mayor que ninguna de las formacio-

---

<sup>9</sup> García Mahamut, Rosario y Rallo Lombarte, Artemi, “Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: la reforma de la LOREG de 2011”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, número 98, mayo-agosto de 2013, p. 207.

nes políticas que obtuvieron representación en las últimas elecciones.

4. Los debates electorales deben satisfacer los siguientes criterios: a) En su organización deben tomarse en cuenta los resultados obtenidos en los últimos procesos electorales; y, b) En el caso que sólo participen fuerzas mayoritarias en los debates se deberán emitir debates bilaterales o plurilaterales, o proporcionar información compensatoria suficiente sobre las demás candidaturas.

En materia de radio y televisión privada los criterios en España a seguir son:

1. Deben respetar los principios de igualdad, pluralismo, proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales, así como en la información relativa a la campaña electoral.
2. Los criterios que se aplican a los medios públicos, *mutatis mutandis* se aplican a los privados, teniendo en cuenta además para los privados la maximización de las libertades de empresa, expresión e información.<sup>10</sup>

En Francia, la comunicación institucional del gobierno emplea dos tipos de presupuestos: 1) Los gastos de base que se utilizan en internet y prensa, así como en la edición de revistas e informes; y, 2) Los gastos de comunicación en medios electrónicos, con compra o no de espacio.

El ejercicio del presupuesto en medios, se fiscaliza por el Tribunal de Cuentas, que se encarga de verificar el origen y destino

---

<sup>10</sup> García Mahamul, Rosario y Rallo Lombarte, Artemi, “Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: la reforma de la LOREG de 2011”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, número 98, mayo-agosto de 2013, p. 219.

de los recursos y la manera en la que se asignan los contratos a las empresas privadas de comunicación.

La comunicación gubernamental en Francia, tiene las siguientes características: 1) Las campañas de información deben garantizar el interés general; 2) Es obligatorio transparentar la asignación de recursos a medios privados para comunicación social; 3) Limitación de acciones de comunicación en tiempo preelectoral y electoral -se impone el principio como en España de neutralidad de los medios-; y, 4) La creación de un servicio de información del gobierno existente desde 1976 que centraliza las políticas en la materia de información gubernamental. Además, existe el Consejo Superior del Audiovisual que autoriza los contenidos audiovisuales de los medios.

En Italia la información gubernamental tiene los siguientes fines –Ley 150/2000-: 1) Divulgar en la sociedad el contenido de las leyes; 2) Difundir las competencias y funciones de las autoridades; 3) Informar a la sociedad sobre los servicios públicos; 4) Difundir asuntos de interés público y social; 5) Explicar a la sociedad los procedimientos administrativos; y 6) Promover la imagen de las instituciones y del Estado Italiano.

La publicidad gubernamental en Italia en tiempos electorales se prohíbe, aún la que tiene relación con la propia actividad institucional.

Los espacios para la publicidad oficial se adquieren por el Estado a los medios privados mediante procedimientos transparentes, aunque a veces se permiten licitaciones privadas y procedimientos negociados.

En los medios públicos el tiempo asignado a los mensajes gubernamentales no debe exceder el 2% de cada hora de programación ni el 1% del horario semanal de las estaciones y canales públicos.

En Reino Unido existen las denominadas “Guías para el Trabajo del Servicio de Información del Gobierno”. Dichas guías no son vinculantes. Las guías establecen los propósitos de la publicidad gubernamental: 1) Adecuarse a las competencias y responsabili-

dades gubernamentales; 2) la información debe ser objetiva y no tendenciosa; 3) La información gubernamental no debe tener fines partidistas o políticos; y, 4) El gasto en publicidad gubernamental debe ser medido.

Existen en Reino Unido principios para los funcionarios públicos involucrados en la publicidad gubernamental, que son: imparcialidad, neutralidad y no discriminación a los medios privados en la asignación de contratos.

En Reino Unido la publicidad oficial no puede emplearse para influir en las elecciones, consultas, ni para influir en el proceso legislativo ni para proponer la modificación de una ley, ni para incidir en la autonomía de los gobiernos locales, ni para promover los intereses de ningún partido.

#### **IV. LA PUBLICIDAD GUBERNAMENTAL EN MÉXICO ANTES DE LA LEY VIGENTE**

En México, la expresión neutralidad aplicable a los medios de comunicación electrónica es casi desconocida. Las normas son más bien exiguas. El artículo 134 se ocupa del ejercicio imparcial de los recursos por parte de los servidores públicos y de los principios que deben regir la publicidad gubernamental, pero carecemos de un desarrollo sobre la neutralidad como en Europa.

La reforma electoral de 2007, en esto no modificada sustancialmente por la de 2014, determinó en materia de medios de comunicación electrónica lo siguiente:

1. Los partidos pueden acceder a la radio y televisión a través de los tiempos oficiales.
2. El INE es la única autoridad facultada para administrar estos tiempos.

3. Los partidos y candidatos no pueden adquirir y/o comprar tiempos en radio y televisión. Bajo determinados supuestos, ello puede ser causa de nulidad electoral.
4. El criterio para distribuir el tiempo oficial durante las campañas entre los partidos es el del financiamiento público -70%, 30%-.
5. Las personas no pueden adquirir o comprar tiempos en radio y televisión a favor o en contra de un partido o candidato.
6. No se pueden contratar mensajes políticos en el extranjero para ser transmitidos en México.
7. No se podrán realizar expresiones que calumnien a las personas.
8. La publicidad gubernamental está prohibida durante las campañas.
9. La propaganda pública está restringida, tendrá carácter institucional y no puede ser personalizada, no debe contener la voz e imagen de los funcionarios públicos.
10. Se reguló con muchas críticas el derecho de réplica.

De los asuntos nacionales, entre otros: caso Moreira Valdés (SUP-JRC-215/2005), caso Pérez Magaña (SUP-RAP-7/2011 y acumulado SUP-RAP-22/2011), caso Núñez Flores (SUP-RAP-81/2010, SUP-RAP-83/2010, SUP-RAP-84/2010, SUP-RAP-85/2010 y SUP-RAP-86/2010), caso Sodi (SUP-RAP-234/2009 y acumulados), y, caso Guevara Espinoza (SUP-RAP-280/2009), no se advierte un compromiso de los tribunales electorales nacionales con el pluralismo y la neutralidad de los medios.<sup>11</sup>

Una autora dice en contra de la neutralidad de los medios y a favor de la pluralidad de los mismos, lo siguiente: “El proble-

---

<sup>11</sup> Pérez de la Fuente, Óscar, Libertad de expresión y discurso político, México, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 175.

ma principal de la legislación mexicana es la falta de coherencia y adopción, al menos en el discurso, de una acepción irreal de la equidad. Los políticos a veces parecen buscar la igualdad absoluta, como en las alegaciones del PRD sobre la campaña electoral de 2012, cuando admitió que la cobertura de los medios fue justa en cantidad de tiempo otorgado a las fuerzas políticas, pero no en el contenido: “TV mexiquense transmitió once horas con solo menciones positivas a Enrique Peña Nieto, cinco horas de menciones negativas de Josefina Vázquez Mota, y casi cuatro horas de menciones positivas, neutras y negativas de Andrés Manuel López Obrador” (Notimex 2012). Otros líderes de izquierda han hablado en términos similares, lo que demuestra que utilizan un concepto erróneo e irreal de equidad. Esas voces, aparte de la obsesión por la equidad (en cantidad y contenido) de los asuntos electorales demuestra el miedo de la crítica y un gran desprecio por la opinión pública, o “el pueblo”, que es incapaz de pensar y tomar decisiones, sino que depende de “la voz de los medios, a los que acusa de parcialidad y complot, (que) tienen la capacidad de lobotomizar a las masas a placer, como si los ciudadanos fueran incapaces de tomar decisiones libremente por el hecho de encender la televisión... Todos postulan que los medios sean neutrales, como si fuera algo posible o, incluso, deseable. Sin embargo, el problema real del mercado mediático en México no es la objetividad, sino la pluralidad...”<sup>12</sup>

Sostener puntos de vista cómo lo hace la autora precedente es no considerar el papel inmenso que desempeñan los poderes fácticos mediáticos en el país, y pensar que la libertad de expresión y el derecho a la información son mercancías y no bienes públicos. Los medios de comunicación electrónicos no son simples empresas privadas, son algo más que eso, sus negocios los realizan empleando un bien de la nación, el espectro radioeléctrico, que tiene una di-

---

<sup>12</sup> Gilas, Karolina M., Libertad de expresión en el ámbito electoral en México (a la luz de los estándares internacionales), México, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 118-121.

mención pública y social, por lo que la orientación que desempeñan no es privada, es social, y sus fines deben guiarse por la garantía de los derechos humanos y los principios democráticos.<sup>13</sup>

Los factores reales de poder, tanto nacionales como internacionales, suelen colonizar y determinar el funcionamiento de las instituciones. Es bien sabido que en los Estados de Derecho contemporáneos importa sobre todo saber o conocer el poder que se encuentra detrás de las estructuras formales del Estado, pues esos poderes son los que definen el alcance de los poderes formales. De nada sirve, por ejemplo, estudiar el Derecho Constitucional de un país, si ese estudio no viene acompañado por el de los factores reales de poder que determinan los significados de la Constitución.

No ganamos mucho analizando el orden jurídico formal mexicano si no lo vemos desde el papel que sobre él desempeñan los partidos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, los medios de comunicación electrónicos, las transnacionales, el gobierno de los Estados Unidos y, las organizaciones financieras internacionales. Esos son los auténticos poderes que en buena medida –tal vez, no de manera mecánica, pero si determinante- condicionan el actuar de los poderes y del orden jurídico formal. Bien podría decirse que los poderes formales y el orden jurídico son el reflejo de los intereses, pactos, acuerdos y decisiones de los factores reales de poder. Casi siempre las normas sobre ellos son escasas, ambiguas e insuficientes.

Sobre los medios de comunicación electrónica hay como se sabe una insuficiencia mayúscula, la nueva Ley de Telecomunicaciones de 2014 no responde a las exigencias de una democracia pluralista y de un Estado de Derecho auténtico, porque se ha mercantilizado un bien del dominio público y se concentran groseramente las concesiones de los medios electrónicos en unas cuantas empresas. Los organismos financieros internacionales durante décadas han influido

---

<sup>13</sup> Villamil, Jenaro, “Derecho a la información, la otra gran desigualdad en México”, en Florescano, Enrique y Cossío, Ramón D. (coordinadores), *Hacia una nación de ciudadanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 292.

en nuestra economía y esa influencia no se encuentra normada en modo alguno, no existen además los controles institucionales para supervisarla y fiscalizarla.

Las soluciones a las amenazas que representan los poderes fácticos pasan por, entre otras, las siguientes medidas: 1) preservar al Estado y fortalecerlo mediante la integración de la democracia ciudadana, ello implica democratizar y transparentar sus instituciones e incorporar medios de democracia participativa y deliberativa; 2) aprobar una estricta legislación antimonopolios; 3) determinar que los poderes fácticos son sujetos obligados de las normas de transparencia y acceso a la información; 4) obligar a que los poderes fácticos tengan una vida interna democrática (partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, medios de comunicación electrónicos, iglesias, etcétera); 5) impedir cualquier privilegio fiscal injustificado o de otro tipo que favorezca a los poderes fácticos; 6) reformar las instituciones internacionales, a fin de abrirlas y democratizarlas; 7) reestructurar el sistema financiero internacional para transparentarlo y hacerlo más justo; 8) extraer del ámbito del comercio y la mercantilización recursos como la salud, la educación, la cultura, etcétera; 9) mundializar el constitucionalismo y las estructuras constitucionales de control del poder a fin de que las relaciones económicas y otras, producto de la globalización, no queden al margen del Derecho y del control ciudadano; y, 10) promover un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas, dirigido a suprimir las ilegítimas desigualdades socioeconómicas entre clases, géneros, etnias, regiones y naciones, etcétera.

La ONU y la OEA se han preocupado por la concentración mediática en México. Frank La Rue, relator especial de la ONU en materia de libertad de expresión, indicó en 2011 en relación con la libertad, pluralismo y diversidad en el debate democrático, que: "...sigue existiendo en México una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se les ha asignado frecuencias radioeléctricas. El Relator Especial insta al

Congreso de la Unión y al Ejecutivo Federal a adoptar una legislación conforme con los organismos internacionales para desconcentrar dicho sector, y que contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población” (Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Asamblea General de Naciones Unidas, 19 de mayo de 2011 (A/HRC/17/27/ Add.3).

En la parte conducente del informe de Frank La Rue se recomienda al Estado mexicano lo siguiente: “a) Adoptar un marco normativo que brinde certeza jurídica; promueva la desconcentración de la radio y la televisión y contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población; b) Asegurar la existencia de medios públicos verdaderamente independientes del Gobierno, con el objetivo de fomentar la diversidad y garantizar a la sociedad, entre otros, ciertos servicios educativos y culturales; c) Crear un marco legal claro, preestablecido, preciso y razonable que reconozca las características especiales de la radio comunicación comunitaria y que contenga procedimientos sencillos y accesibles para la obtención de las frecuencias; d) Crear un órgano independiente del gobierno que regule la radio y la televisión; e) Establecer criterios objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios en la asignación de publicidad oficial para todos los niveles y órdenes de gobierno”.

Por su parte, la Dra. Catalina Botero, Relatora Especial para la libertad de expresión de la OEA, en su informe final hecho público el día 7 de marzo de 2011 señala: “La Relatoría observa que en México sigue existiendo una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se ha asignado frecuencias radioeléctricas. La información entregada a la Relatoría por el Presidente de la Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía del Senado de la República indica que más del 90% de las frecuencias de televisión se encuentran en manos de sólo dos empresas. La información proporcionada por organizaciones de la

sociedad civil coincide en señalar este alto grado de concentración. El Presidente de la Comisión de Radio y Televisión y Cinematografía del Senado también informó a la Relatoría que con relación a la radio comercial, el 76% del sector se encuentra en manos de 14 familias, y que 47.8% de las emisoras pertenecen a cuatro grandes cadenas” (Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de derechos Humanos, OEA, 7 de marzo de 2011).

Las preocupaciones de los dos relatores especiales de la ONU y la OEA son más que fundadas y las recomendaciones de sendos informes debieron ser adoptados por el Estado mexicano desde hace mucho tiempo. Sin embargo, a pesar de las últimas reformas constitucionales y legales de 2013 y 2014, los medios de comunicación siguen estando por encima de las autoridades constituidas, por las siguientes razones: 1) El Congreso de la Unión no ha aprobado una la ley secundaria democrática en materia de publicidad gubernamental -la Ley General de Comunicación Social de 11 mayo de 2018 es un ordenamiento predemocrático; 2) El Congreso de la Unión no ha aprobado reformas a la ley de telecomunicaciones y radiodifusión de 2014 que estén en consonancia con una futura democracia pluralista que aún no se materializa; 3) No existe en México una autoridad independiente y realmente autónoma que regule a los medios de comunicación electrónica de carácter privado y público; 4) Hay un duopolio televisivo en donde dos empresas Televisa y Televisión Azteca concentraban antes de la reforma en materia de telecomunicaciones de 11 de junio de 2013 más del 90% del espectro radioeléctrico; 5) En la radio, unas cuantas empresas concentran casi el 50% del espacio radioeléctrico; 6) Los 48 minutos diarios de que disponen los partidos en las campañas para transmitir propaganda electoral, no impiden que los grandes medios de comunicación electrónica en México, vía entrevistas, programas especiales, infomerciales o noticieros, otorguen tiempo extra a sus candidatos favoritos en detrimento de la equidad en la contienda

con lo que la reforma electoral ya citada queda burlada; 7) Las autoridades electorales –INE y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación- se han visto tibias y tímidas a la hora de imponer sanciones a los medios de comunicación electrónica, de esta suerte y hasta el momento, ningún medio de comunicación ha perdido la concesión o se le ha suspendido su programación por violaciones a la legislación electoral; 8) Las multas que han fijado las autoridades electorales federales a los medios privados en un gran porcentaje no se han podido cobrar porque éstas no tienen competencias directas y suficientes para cobrarlas; 9) Los medios de comunicación electrónica han intentado impedir la mínima regulación administrativa de las autoridades electorales; y, 10) Las voces críticas y alternativas al gobierno no tienen presencia equitativa en los medios de comunicación electrónica.

#### **V. DESCRIPCIÓN DE LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL.**

La ley fue publicada el 11 de mayo de 2018 en el Diario Oficial de la Federación. Se trata de una ley general que obliga a los poderes y autoridades de los tres niveles de gobierno, respecto a la propaganda gubernamental bajo cualquier modalidad de comunicación social. Es reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución.

Las normas que dan origen a esta ley son, entre otras, el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución que fue introducido por la reforma constitucional electoral de 2007, los artículos 6 y 7 de la Ley Fundamental, así como el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto In-

ternacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>14</sup>

Esos fundamentos constitucionales y convencionales nos indican que la información emitida por el Estado debe cumplir con objetivos claros, precisos y legítimos. La publicidad oficial debe tener un propósito de utilidad pública y no puede ser arbitraria para evitar la censura indirecta. La publicidad oficial no puede ser una forma de presión que actúe como premio o castigo que tenga por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.<sup>15</sup>

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos introdujo la prohibición de medios indirectos para restringir la libertad de expresión, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas.

México en materia de publicidad oficial ya había sido, antes de la aprobación de la Ley, objeto de observación internacional. La visita conjunta de los Relatores Especiales sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de Naciones Unidas en el año de 2017 mostró preocupación por las leyes que se podían aprobar, en particular insistieron para que esas leyes no establecieran restricciones arbitrarias o desproporcionadas.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Villanueva, Ernesto, Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo, México, editorial Fragua, 1997.

<sup>15</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, 7 de marzo de 2011, párrafo 10.

<sup>16</sup> Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH

Desgraciadamente la Ley aprobada, como lo probaremos en el recuento que a continuación haremos, no cumplió con los preceptos constitucionales y convencionales arriba señalados ni con los estándares internacionales, por eso ha sido impugnada en su totalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Ley General de Comunicación es integralmente inconstitucional. Sus preceptos más neutrales deben ser también expulsados del sistema normativo nacional porque son parte de una estructura normativa que tiene por propósito vulnerar el orden constitucional y convencional.

Su artículo 2 indica que la propaganda gubernamental debe cumplir con los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez. Los topes del gasto en propaganda gubernamental serán definidos en los presupuestos. La Ley no prevé topes máximos ni desarrolla adecuadamente cada uno de los principios,<sup>17</sup> en contra de lo dispuesto por la reforma constitucional electoral de 2014 que estableció en su artículo tercero transitorio lo siguiente:

El Congreso de la Unión deberá expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos.

---

después de su visita conjunta de 27 de noviembre de 2017 -4 de diciembre de 2017-, punto 49.

<sup>17</sup> Resolución del amparo en revisión 1359/ 2015 de 15 de noviembre de 2017, Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea.

Llama la atención que no exista como principio el de neutralidad, mismo que es recogido en el derecho comparado.

En el artículo 3 se establece que son sujetos obligados todas las autoridades de la República.

El artículo 4 precisa el significado de los conceptos básicos de la ley: a) campañas de comunicación social que son las que difunden las acciones o logros de Gobierno o estimulan acciones de la ciudadanía para acceder a algún beneficio público; b) coemisión de campaña, que es la difusión en la que participan de manera coordinada dos o más entes públicos; c) entes públicos que son todas las autoridades de la República; d) estrategia anual de comunicación social es el instrumento de planeación de la difusión de la propaganda gubernamental; e) informe anual de labores o de gestión es el que prevé la legislación electoral; f) medios de comunicación son los electrónicos, impresos, complementarios, digitales y medios públicos; g) padrón es el Padrón Nacional de Medios de Comunicación; h) programa anual de comunicación social son las campañas de comunicación que derivan de la estrategia; i) recursos presupuestarios son los recursos aprobados por el poder legislativo para el fin materia de la ley; j) secretaría administradora es la secretaría de Gobernación, sus equivalentes en los estados y municipios y en el resto de los entes públicos; k) sistema público es en el que se registran y se da seguimiento a las erogaciones en la materia; l) sistema de información de normatividad de comunicación es en el que se registran los programas anuales de comunicación social; m) tiempos comerciales son los adquiridos por los entes públicos; n) tiempos del Estado son los que corresponden al estado de conformidad con los artículos 251 y 252 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; o) tiempos fiscales son el pago en especie que realizan los medios al Estado por las concesiones otorgadas; y, p) tiempos oficiales comprenden los tiempos del Estado y los fiscales.

El glosario de la Ley revisto en el artículo 4, autoriza campañas de comunicación social que van más allá de los límites que determi-

na el artículo 134 constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de la comunicación social sobre logros del gobierno.

El ejercicio del gasto público en la materia debe observar -artículo 5- los siguientes principios: eficacia, eficiencia, economía y racionalidad presupuestaria, transparencia y máxima publicidad, honradez, objetividad e imparcialidad, institucionalidad, necesidad, congruencia y veracidad. Además, se debe contribuir a la igualdad de género y al respeto de la diversidad social y cultural de la Nación. Los lineamientos que emita la Secretaría de Gobernación deben cumplir con esos principios.

La última porción normativa del artículo 5 de la Ley, transgrede el principio de reserva de ley que consagra el artículo 134 de la Constitución en la materia.

En lo conducente son ordenamiento supletorio: La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Ley General de responsabilidades Administrativas, la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (artículo 6).

De manera peligrosa, el artículo 6, mezcla la libertad de expresión con la libertad de contratación de los medios de comunicación. Se trata de dos derechos fundamentales que al asimilarse hacen que se entienda que la libertad de expresión se ejerce necesariamente por medio de la contratación que realizan las empresas privadas. La libertad de expresión puede ejercerse independientemente de la contratación.

De acuerdo al artículo 7 de la Ley General de Comunicación Social, no se considera como tal, la que se difunde por mandato de la ley.

Según el artículo 8 de la Ley General de Comunicación Social, las campañas de comunicación social deberán: 1) Promover la difusión y conocimiento de los valores, principios y derechos constitucionales; 2) Promover campañas de turismo, educación, salud

y protección civil; 3) Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales de aspectos relevantes del funcionamiento de los sujetos obligados, y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos; 4) Cumplir con las obligaciones que en materia electoral establezca la legislación aplicable; 5) Anunciar medidas preventivas de riesgos que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el equilibrio ecológico y protección al ambiente, así como en materias de protección civil; 6) Difundir las lenguas nacionales y el patrimonio histórico de la Nación; 7) Comunicar programas y actuaciones públicas (se exceden las restricciones constitucionales del artículo 134 constitucional); y 8) Otras.

Como se puede observar el artículo 8 de la Ley va más allá de lo previsto en el artículo 134 de la Constitución. Por ejemplo, la comunicación de programas y actuaciones públicas podría implicar la promoción de logros de gobierno y personalizada de los servidores públicos. Las campañas de comunicación social deben tener exclusivamente fines institucionales y evitar cualquier elemento que en ellas favorezca a una opción ideológica, de gobierno, o que apunte la consolidación de cualquier servidor público.

En el artículo 9 se establecen las prohibiciones. Los contenidos que no pueden difundirse: los que destaquen de manera personalizada a los servidores públicos con excepción del artículo 14 -informes anuales o de gestión-; incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los valores, principios y derechos constitucionales; inciten, de forma directa o indirecta, a la violencia o a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico; e induzcan a la confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier organización política y social.

Es evidente que la porción del precepto que excluye de la prohibición a los informes anuales o de gestión de los servidores públicos es abiertamente inconstitucional. Por ningún motivo los servidores públicos pueden utilizar la difusión de la comunicación social para

realizar promoción personalizada, aunque se trate de sus informes anuales o de gestión. La excepción prevista en esta ley y en la legislación electoral es contraria desde nuestro punto de vista al artículo 134 constitucional.

El artículo 10 de la Ley incorpora otra prohibición: “Por ningún motivo el contenido de la Comunicación Social que difundan los entes públicos podrá incluir mensajes que impliquen un ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público”.

En el artículo 11 se expresa que la comunicación social que difunda programas que otorguen subsidios o beneficios directos a la población deberán incluir la siguiente leyenda: “Este programa es público ajeno a cualquier partido político. Queda prohibido el uso para fines distintos a los establecidos en el programa”. El último párrafo del precepto agrega para evitar el uso clientelar y corporativo de los programas sociales que los partidos políticos no podrán emplear o referir estos programas en su propaganda de comunicación social.

El artículo 12 de la Ley dice que se procurará transmitir la comunicación social en formatos accesibles a las personas con discapacidad. Así, se deberá considerar el Lenguaje de Señas Mexicanas, y se procurará, que en las comunidades originarias la comunicación social se difunda en las lenguas respectivas. Es, como se desprende de su texto, una norma de buenos deseos. No es obligatorio que los derechos humanos de las personas con discapacidad se garanticen en la materia o que los pueblos originarios reciban la difusión de la comunicación social en sus lenguas.

La propaganda electoral, de acuerdo al artículo 13, se sujeta a lo dispuesto en las normas electorales.

De manera inconstitucional, el artículo 14 de la Ley, indica que los informes anuales de labores y de gestión no serán considerados comunicación social. Es una norma que excepciona el cumplimiento del mandato constitucional que prohíbe la promoción persona-

lizada de los servidores públicos. Existe en la legislación electoral y en esta Ley una excepción que permite que los servidores públicos durante 7 días previos y 5 posteriores a la rendición del informe difundan logros y hagan propaganda con las actividades por ellos realizadas.

La gravedad del hecho se acentúa porque no se define la forma en la que deben contabilizarse y fiscalizarse los recursos públicos empleados para realizar esta promoción personalizada. Tampoco la norma establece límites o requisitos para esta promoción personalizada ni se precisan condiciones o prohibiciones cuando los recursos provienen de fuentes privadas. La historia política de nuestro país ilustra que la exhibición de los citados informes es un mecanismo para posicionar electoralmente a los servidores públicos. Se violenta el principio de equidad porque los servidores públicos que tienen acceso a recursos públicos para esta promoción personalizada o a recursos privados de factores reales de poder tendrán ventajas de inicio en las contiendas electorales.

Los artículos 15 a 17 de la Ley aluden a los tiempos oficiales. Los tiempos oficiales -del Estado y fiscales- serán utilizados por los entes públicos que tengan acceso a ellos para la difusión de contenidos de carácter institucional y con fines informativos, educativos, culturales y otros asuntos de interés social. Las normas establecen la distribución de los tiempos fiscales de la siguiente manera: 1) 40% al poder ejecutivo; 2) 30% al poder legislativo; 3) 10% al poder judicial; y, 4) 20% a los órganos constitucionales autónomos. La Secretaría de Gobernación, no obstante, puede reasignar estos porcentajes.

Como se puede apreciar, no se incluye en la distribución a los tiempos del Estado, los que al parecer se dejan exclusivamente para los fines electorales y seguirán regulados por la legislación electoral. También es evidente, que sobre los tiempos fiscales no existe una distribución a las entidades federativas, municipios y alcaldías. Además, el porcentaje mayor en la distribución corresponde al Poder Ejecutivo y, por si fuera poco, la Secretaría de Gobernación podrá

reasignar los porcentajes entre los poderes y entes, lo que seguramente redundará, a pasar de la porción normativa que dice “las reasignaciones se ajustarán a la proporción prevista en este artículo”, en un posicionamiento favorable del Ejecutivo en el concierto de las instituciones públicas.

El artículo 18 determina que los entes públicos federales podrán destinar recursos presupuestarios para tiempos comerciales, siempre y cuando, hayan solicitado los tiempos oficiales, y dichos tiempos no estuvieran disponibles. Los entes públicos no podrán convenir el pago de créditos fiscales, ni de cualquier otra obligación de pago a favor de la autoridad a cambio de tiempos comerciales.

Este precepto abre la puerta a la comercialización de todos los tiempos para Comunicación Social. Ante las capacidades e influencia del poder mediático en nuestro país, es muy probable que se pretexto que los tiempos fiscales y los del Estado no pueden cubrir la comunicación social de los entes públicos. Con ello, resultará que la mayor parte del tiempo en medios de radiodifusión que se destine a comunicación social serán adquiridos por las autoridades.

La ley no establece tope de gasto para comunicación social a ser fijado en los presupuestos, tampoco precisa el porcentaje máximo de gasto por cada medio de comunicación privada. Lo que implica que podría seguir existiendo un gasto excesivo para la comunicación social, tanto la prevista en los presupuestos como en las decisiones gubernamentales los sobre ejercicios en esos rubros, y que ciertos medios resultarán más favorecidos que otros por esas decisiones de gasto.

La ausencia de regulación en materia de topes de gasto en materia de comunicación social, así como de límites en la adquisición a favor de determinados medios es campo propicio no sólo para la discrecionalidad sino para la arbitrariedad en las contrataciones. Desde el punto de vista gubernamental este elemento normativo constituye un poderoso instrumento de censura contrario al artículo

6 constitucional. Los gobiernos decidirán a quién contratar y con cuánto, y a quién no.

El artículo 19 de la Ley para mostrar respeto a la Constitución, al artículo 134, señala que las contrataciones deberán apegarse a la legislación y normatividad en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios.

Respecto a las campañas de carácter industrial, mercantil y las de promoción y publicidad que generen algún ingreso para el Estado, éstas no podrán difundirse en los tiempos oficiales. Tal regulación se realizará a través de Lineamientos que emitan las Secretarías Administradoras -artículo 20-.

El artículo 21 señala que durante las campañas se debe suspender la difusión de comunicación social. Se exceptúan de lo anterior: las campañas de información de las autoridades electorales; las relativas a los servicios educativos y de salud; las de protección civil en casos de emergencia; y las que autorice el Consejo General del INE.

La norma citada no garantiza la equidad en materia electoral. El plazo de las campañas es muy breve. La norma debió prohibir la difusión de comunicación social gubernamental durante el lapso de todo el proceso electoral. Por otra parte, se faculta al Consejo General del INE a difundir comunicación social gubernamental más allá de las hipótesis establecidas en el artículo 134 constitucional. Esa porción normativa resulta inconstitucional a todas luces.

El artículo 22 de la Ley indica que la Secretaría Administradora planea y evalúa la comunicación social de los gobiernos. Es obvio que no existe una autoridad externa e independiente que evalúe los programas e implementación de la comunicación social gubernamental, lo que confiere un gran poder a la autoridad administradora, pues ella planea, ejerce los recursos públicos en la materia, y posteriormente evalúa las políticas de comunicación social de los gobiernos. Desde nuestra lectura, debió haberse previsto una autoridad independiente del poder ejecutivo que se encargara de la tarea de la evaluación. La norma en los términos aprobados no

brinda confianza ni certeza sobre las políticas de comunicación social gubernamentales. La autoridad administradora es juez y parte en el proceso completo.

En el artículo 23 se señalan los elementos que deben observar los entes públicos en la elaboración de su estrategia anual de comunicación social. Deben satisfacerse las siguientes variables: Misión y visión del ente público; objetivo u objetivos institucionales y objetivo de la estrategia anual de comunicación social; metas nacionales y/o estrategias transversales relacionadas con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo; los programas sectoriales o especiales al ente público; y, temas específicos vinculados con la comunicación social.

Los entes públicos que cuenten con recursos presupuestales deben elaborar además de la estrategia -artículo 24 de la Ley- un programa anual de comunicación social, el que podrá incluir: mensajes sobre programas y actividades gubernamentales; acciones o logros del gobierno; y mensajes tendientes a estimular acciones de la ciudadanía para acceder a algún servicio o beneficio público.

Por medio del programa anual de comunicación social, dada la ambigüedad de sus contenidos, puede comprender actividades gubernamentales incompatibles con las prohibiciones del artículo 134 de la Constitución. La Ley no excluye la comunicación social que entraña logros gubernamentales. Ésta es una forma abierta de propaganda para posicionar al gobierno en turno y a sus servidores públicos de cara al electorado. A la ley le falta contundencia para que la comunicación social gubernamental sólo tenga fines institucionales y no de promoción personalizada, directa o indirecta, de los servidores públicos en funciones.

Dice el artículo 25 que las dependencias y entidades de las administraciones públicas deberán presentar su estrategia y programa anual correspondiente y enviarlo a la Secretaría Administradora, previo registro en el Sistema de Información de Normatividad de Comunicación u homólogo, en la primera quincena de enero de

cada año. La Secretaría Administradora emitirá las observaciones y en su caso autorizará la estrategia y los programas anuales.

El artículo 26 de la Ley señala que en la ejecución de sus programas anuales de comunicación social, los entes públicos deberán atender a los siguientes criterios: 1) Que las campañas de comunicación social tengan relación directa con las atribuciones y facultades de los sujetos obligados; 2) Que los recursos a utilizar sean proporcionales a los objetivos de la campaña; 3) Que las herramientas y medios utilizados para la difusión de la campaña sean seleccionados de manera efectiva a fin de que la hagan llegar al público al que vaya dirigida; 4) Que haya objetivos claros y precisos para comunicar; 5) Que se establezcan metas de resultados y procedimientos de evaluación de las campañas; 6) Utilizar los tiempos oficiales conforme a las disposiciones legales; y, 7) Que tengan carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social.

De la redacción del precepto no se aprecia que se fije tope alguno de gasto general. Tampoco se considera como obligación un monto máximo a destinar a cada medio de comunicación. En cuanto a la evaluación de la propaganda, ésta no es externa ni ciudadana.

En el artículo 27 de la Ley se remite a los Lineamientos de la Secretaría Administradora para que ésta determine cómo finalmente deben regularse las estrategias, programas y campañas de comunicación social. Existe una clara violación al principio de reserva de ley en esta materia, la que está prevista en el artículo 134 de Constitución, lo que hace más poderosa a la Secretaría Administradora, la que en última instancia fijará las condiciones de la comunicación social de los entes.

El artículo 28 estatuye la función de registro y vigilancia de la Secretaría Administradora sobre las condiciones que la propia Secretaría haya definido en los Lineamientos.

Después que se autoriza la estrategia y el programa anual de campañas de cada ente público, la Secretaría autoriza caso por caso

las campañas de comunicación social respectivas -artículo 29 de la Ley-.

En el caso de los poderes legislativo, ejecutivo, y órganos autónomos se señala -artículo 30- que éstos deberán regular en sus disposiciones internas procedimientos análogos a los del ejecutivo para la aprobación de la estrategia, programa y autorización de campañas particulares, al igual que la ejecución y evaluación de las mismas.

Los artículos 31 y 32 norman los mensajes extraordinarios. Se establece que éstos pueden autorizarse más allá del programa anual de comunicación social, y derivan en su necesidad del carácter emergente, coyuntural de una situación que no haya sido prevista pero que esté debidamente justificada. En el ejecutivo, los mensajes extraordinarios los aprueban la Secretaría Administradora, en los demás poderes y órganos autónomos los mensajes extraordinarios serán autorizados según lo prevean sus disposiciones internas.

Para la vigilancia y control de la contratación de la comunicación social se determinan las autoridades competentes para el efecto. En el ejecutivo ello será realizado por la Secretaría de la Función Pública, en los Estados la competencia recae en la Secretaría que tenga atribuciones similares, y en los demás poderes y órganos autónomos en la Auditoría Superior de la Federación o a las auditorías estatales, según sus respectivas competencias -artículos 33 y 34 de la Ley-.

Los artículos 35 a 37 de la Ley, le confieren un gran poder a la Secretaría de Gobernación. Habrá un padrón nacional de medios de comunicación a cargo de esta Secretaría. Los medios que pretenden acceder a la contratación deben estar inscritos en ese padrón. La Secretaría de Gobernación mediante Lineamientos organizará al padrón, lo que nuevamente implica una violación al principio de reserva de ley.

En los artículos 38 y 39 de la Ley, se dota a la Auditoría Superior de la Federación y a sus homólogas en los Estados, la revisión y fiscalización final del gasto en materia de comunicación social. Cuando existan conflictos de competencias entre las auditorías es-

tatales y la federal, la competencia se surtirá a favor de la Auditoría Superior de la Federación.

Es obligación de los entes públicos informar sobre los montos destinados a gastos relativos a campañas de comunicación social. La información debe estar desglosada por tipo de medio, proveedores, número de contrato y concepto o campaña -artículo 40-.

El artículo 41 de la Ley dice que cada uno de los entes públicos incorporará un informe semestral sobre el gasto en publicidad oficial en su portal de transparencia. Igualmente, en el artículo 42 se expresa que la Secretaría Administradora informará bimestralmente a la Cámara de Diputados o los Congresos locales, respectivamente, a través de la Comisión competente, sobre la ejecución de los programas y actividades gubernamentales. De la misma cada año se debe informar a la Cámara de Diputados y a los Congresos locales -artículo 43-.

De manera vaga, el artículo 44 establece las infracciones, sin añadir las sanciones. Son infracciones: 1) Difundir campañas de comunicación social violatorias de los principios establecidos en el artículo 5 de la ley; 2) Exceder límites y condiciones en los informes de labores de los servidores públicos; y 3) Incumplir con las obligaciones que determina la ley.

En el artículo 45 se señala que de las infracciones se debe dar vista al superior jerárquico, o en su caso presentar quejas administrativas o denuncias penales ante las autoridades competentes. No hay sanciones para los titulares o administradores de los medios de comunicación privados que participen en los hechos.

La Ley entra en vigor el 1 de enero de 2019. En un plazo de 120 días a partir de la publicación de la Ley se debieron realizar las adecuaciones reglamentarias. El Padrón Nacional de Medios de Comunicación deberá crearse una vez aprobado el Presupuesto de Egresos de 2019. El resto de la legislación debe ser armonizada respecto al Decreto que aprueba la Ley General de Comunicación Social.

## **VI. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MINORÍA SENATORIAL PRESENTADA EN CONTRA DE LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL.**

Un grupo de senadores que reunió el 33% de legisladores requerido para ese efecto, promovió el 11 de junio de 2018 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley General de Comunicación Social publicada el 11 de mayo de 2018 en el Diario Oficial de la Federación. Los senadores consideraron que la Ley violentaba los artículos 1, 2, 3, 6 apartado B, 7, 28 y 134 de la Constitución, así como los artículos 13.2 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los impugnantes estimaron que la Ley General de Comunicación Social no cumple con los objetivos que propone su propio decreto aprobatorio en su exposición de motivos. Desde su punto de vista la ley no se cumple con tres propósitos torales: 1) Reducir el uso excesivo de recursos para la contratación de publicidad oficial; 2) Terminar la parcialidad en la aplicación de recursos públicos para gastos de comunicación social oficial; y, 3) Poner fin a la contratación de espacios de publicidad oficial para promociones personales de servidores públicos.

Entre los argumentos generales para expresarse en contra de la ley manifestaron que:

1. La Ley General de Comunicación Social no establece criterios claros y objetivos para la asignación de publicidad oficial. Se sostiene que se debieron determinar criterios de asignación precisos. Los artículos 15, 16 y 17 de la Ley fijaron “criterios” de manera ambigua respecto a su designación y contenido. El artículo 18 permite a los entes públicos destinar recursos a tiempos comerciales, cuando

no estuvieran disponibles los tiempos solicitados, sin embargo, no se determinaron criterios para que dichos supuestos procedan, ni si esos gastos son parte del ejercicio ordinario o extraordinario.

2. La Ley General de Comunicación Social no cumplió con la obligación constitucional para establecer topes de gasto presupuestal. No se satisface por tanto el mandato del constituyente permanente.
3. La ley debió prohibir tajantemente la promoción personalizada en el marco de los informes anuales. No obstante, el artículo 4, fracción V y el artículo 14 permiten la difusión personalizada de servidores públicos y el uso de gasto público para la difusión de los mismos contrario a lo establecido en el texto constitucional.
4. La ley general de comunicación social favorece la discrecionalidad en el manejo de la publicidad oficial. La existencia de tiempos del Estado, fiscales, oficiales, informes de labores, así como tiempos comerciales, y los criterios definidos en el artículo 8 de la Ley General de Comunicación Social, abonan a la discrecionalidad en el manejo de la publicidad oficial.
5. La Ley General de Comunicación Social mantiene la censura indirecta al no haberse establecido de manera clara y precisa los criterios de asignación. Los medios para recibir publicidad oficial silenciaran su crítica al gobierno en turno. Es inconstitucional que se permita contratar tiempos comerciales.
6. La Secretaría de Gobernación y las Secretarías de Gobierno en los Estados son tanto autoridades administradoras y evaluadoras. Se concentra en una sola autoridad atribuciones que deben corresponder a autoridades diferenciadas.

7. No existe una fiscalización externa al ejecutivo que evalúe y fiscalice la asignación de la publicidad oficial.
8. No existen tipos ni sanciones precisas a los funcionarios y personas que apliquen indebidamente la ley.

En el primer concepto de invalidez los senadores consideraron que la Ley General de Comunicación Social vulnera el derecho a la libertad de expresión. Se esgrime que la Ley genera espacios de discrecionalidad a las autoridades para contratar publicidad oficial a los medios cercanos al gobierno. El ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, el que se encuentra proscrito por la Constitución.

Se argumenta que la supresión de los ingresos a los medios de comunicación que reciben publicidad oficial puede implicar que ya no tengan recursos para poder seguir funcionando. La dependencia de los medios de comunicación al gasto en comunicación social del gobierno es una situación que sin lugar a dudas supone una amenaza a la libertad de expresión. En el caso mexicano, la mayoría de los medios ha dependido de la publicidad oficial durante mucho tiempo, lo que otorga a los funcionarios una gran influencia para presionar sobre la cobertura de ciertas noticias. Por eso, el temor a perder la asignación provoca silencio sobre cuestiones de interés público. El esquema previsto en la ley induce a apoyar las opiniones del gobierno. Su existencia permite determinados discursos que constituyen un efecto amedrentador en los periodistas, pues se disuade la crítica al gobierno en turno.

Los senadores dicen que estamos en presencia del “chilling effect” estudiado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ese efecto intimidatorio es una forma de autocensura para no expresar discursos que pueden acarrearle consecuencias negativas al periodista

o al medio.<sup>18</sup> La Ley General de Comunicación Social no permite cambiar el sistema de contratación de los gobiernos mexicanos. En México se seguirá privilegiando vía la contratación a ciertos medios de comunicación y excluyendo a otros, sin criterios precisos.

En el segundo concepto de invalidez se esgrime que la Ley General de Comunicación Social incumple el mandato establecido por el órgano constituyente y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior se señala porque a juicio de los impugnantes no se cumple con la sentencia recaída en el amparo en revisión 1359/2015. En esa resolución la Corte ordenó al Congreso a cumplir con el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 y, en consecuencia, a emitir una ley que regule el párrafo octavo del artículo 134 constitucional.

A pesar del mandato constitucional, la ley no definió cómo se cumplirá con los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía y racionalidad presupuestaria, honradez, objetividad e imparcialidad. La ley tampoco estableció con prolijidad las sanciones y los procedimientos para los casos en que se viole el párrafo octavo del artículo 134 constitucional. La ley igualmente no contempla criterios precisos para la asignación de recursos públicos entre los medios con lo que se mantiene la discrecionalidad y arbitrariedad en la asignación. La ley no estableció topes generales en publicidad oficial ni los topes para el gasto máximo en cada medio.

En el tercer concepto de invalidez se considera infringida la libertad de imprenta. Ello se esgrime porque la Ley contempla la creación de un Padrón Nacional de Medios de Comunicación que estará bajo la coordinación de la Secretaría de Gobernación, que a su vez emitirá los lineamientos y reglas con las que dicho Padrón operará. Esto supone una especie de club en que aquellos medios de comunicación que aspiren a obtener contratos de publicidad oficial

---

<sup>18</sup> Virginia v. Black, 538 US 343, 367 (2003); New York v. Ferber, 458 US 747, 769, n. 24 (1982).

deberán cubrir los requisitos para entrar a dicho club. Los medios que se adapten a lo que el Estado disponga se verán beneficiados con fuertes sumas, lo que pone en riesgo el derecho colectivo a la libertad de expresión.

Los Senadores estiman en este tercer concepto de invalidez que el Estado, tiene a través de la Ley General de Comunicación Social y el Padrón Nacional de Medios de Comunicación que ésta prevé, un instrumento para controlar a la prensa. Se trata de una forma de censura indirecta ejercida por el peso del dinero que los poderes públicos gastan en publicidad gubernamental, mismos que distribuyen con amplia discrecionalidad.

En el cuarto concepto de invalidez se aprecia violado el derecho de las audiencias. Se expone que el derecho de las audiencias implica recibir contenidos que reflejen el pluralismo ideológico, político, social, cultural y lingüístico de la nación. La Ley General de Comunicación Social no señala un mecanismo específico para que los ciudadanos puedan distinguir los mensajes producto de la publicidad oficial, sobre todo cuando se trata de tiempos comerciales, tampoco se establecen reglas para que los usuarios de las audiencias constaten la veracidad de los mensajes que difunde el gobierno, y no se reglamentan los criterios que deben observarse para elegir a los medios de comunicación que transmiten los mensajes oficiales.

Los derechos de las audiencias implican: Una amplia gama de canales comunicativos que tiendan a expresar la diversidad social, política y cultural nacional y de otros países; la posibilidad de participar en los procesos de producción de información de interés público; que los usuarios sean representados dignamente en formatos mediáticos factuales y ficcionales, lo que incluye no ser discriminados por su nacionalidad, condición de clase, etnia, género, discapacidad o preferencia sexual; que se abran espacios a la crítica cultural en distintos formatos y géneros; que se garantice el acceso mediático a diversos patrimonios culturales; que se satisfagan contenidos de calidad, que sean transmitidos íntegramente y en versión

original; que los miembros de las audiencias sean considerados copropietarios del patrimonio audiovisual que se va generando; que se permita a las personas organizarse para producir autorepresentaciones individuales o grupales para ser difundidas por los medios; y, servicios técnicos de calidad. Ninguno de los principios anteriores es atendido por la Ley General de Comunicación Social.

Se aduce en el quinto concepto de invalidez que la Ley viola los principios internacionales en materia de publicidad oficial,<sup>19</sup> así como los señalados en el artículo 134 constitucional. La ley no satisface principios como los siguientes: 1) No es clara ni precisa; 2) No garantiza objetivos legítimos de la publicidad; 3) No contempla criterios claros de distribución de pautas estatales; 4) No regula una planeación adecuada; 5) No hay previsión sobre mecanismos transparentes de contratación; 6) No se establecieron mecanismos de transparencia ni de rendición de cuentas; 7) No existe control externo de la asignación publicitaria; y, 8) No se brinda pluralismo informativo en la publicidad oficial.

Los senadores impugnantes aprecian que debería existir un órgano autónomo, revestido con las facultades necesarias para revisar las propuestas presentadas de propaganda gubernamental cumplan con las reglas que previamente deben establecerse en la ley de la materia, que vele por el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez.

Se señala, que en la Ley impugnada, no solo no hay reglas claras sino una total discrecionalidad para que la Secretaría de Gobernación y sus equivalentes en los Estados, dispongan libremente de los recursos públicos para favorecer a ciertos medios y castigar a otros. En la Ley hay ausencia de reglas que materialicen los principios internacionales. No hay bases que permitan que la publicidad oficial de certeza a los ciudadanos sobre lo que se debe transmitir en los

---

<sup>19</sup> Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 7 de marzo de 2011.

tiempos oficiales y para que el gasto destinado a ello sea erogado de manera transparente y eficaz.

El sexto concepto de invalidez alude a las distintas violaciones al proceso legislativo que invalidan la ley. Con apoyo en lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 52/2006, los senadores sostuvieron que no existió una deliberación incluyente que incorporara a todos los grupos parlamentarios. Las violaciones al proceso parlamentario son trascendentes porque no satisficieron los siguientes parámetros: 1) El procedimiento legislativo no respetó el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en condiciones de libertad e igualdad; 2) El procedimiento legislativo no culminó con la correcta aplicación de las reglas de votación establecidas; y, 3) Hubo fases del procedimiento parlamentario que no fueron públicas.

En la hipótesis se aprobó por el Pleno del Senado un Acuerdo de la Mesa Directiva del Senado de fecha 24 de abril de 2018 que modificó el proceso legislativo. El punto segundo de ese acuerdo estableció que: “En caso de que las Comisiones Unidas de Gobernación; Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos Primera, no remitan, a más tardar, para el martes 24 de abril de 2018 a la Mesa Directiva el dictamen de proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Comunicación Social, recaído a la minuta enviada por la Cámara de Diputados para su trámite procesal legislativo, la Mesa Directiva acuerda que su Presidente, en la sesión plenaria inmediata siguiente a la fecha mencionada, les retire el proyecto y en sus términos lo presente al Pleno para su discusión y votación”. El citado Acuerdo modificó en su articulado todo el procedimiento previsto en el Reglamento del Senado, pues se trastocó la oportunidad de discusión en comisiones.

El hecho anterior acredita, a juicio de los Senadores, que se produjo un vicio material en la Ley General de Comunicación Social. Resulta claro, desde el punto de vista de los senadores impugnantes, que no existió el debate democrático necesario para el respeto a los

principios y valores establecidos en la Constitución. Las propuestas de distintos Senadores no fueron tomadas en consideración por las Comisiones encargadas de dictaminar la minuta de la Cámara de Diputados porque las Comisiones no dictaminaron. La Ley General de Comunicación Social aprobada por el Pleno de la Cámara de Senadores el día 25 de abril de 2018, careció de los elementos necesarios para cumplir con el reclamo de la sociedad civil, pues muchas de los argumentos de organizaciones no gubernamentales como FUNDAR o ARTÍCULO 19 fueron totalmente excluidas del debate parlamentario.

Para los Senadores impugnantes fue muy grave que no se tomaran en consideración por las Comisiones del Senado, propuestas como la de la iniciativa #MediosLibres, que en su momento insistió que se requería lo siguiente: 1) Una Ley General y completa que incluyera a todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno, los tres poderes de la Unión, los organismos públicos y cualquier persona que ejerciera o dispusiera de recursos públicos por concepto de publicidad oficial. La ley debía impedir abusos, por ejemplo: a) el contenido propagandístico de la publicidad; b) la discrecionalidad y discriminación en su asignación; c) opacidad en la contratación y el ejercicio de los recursos; d) las deficiencias en la planeación; e) la ausencia de rendición de cuentas y de sanciones; f) la inequidad de la contienda; y g) la utilidad de las campañas. 2) La publicidad debe contener una definición clara de la publicidad oficial y no sólo incluir la publicidad acorada con los medios. También debe ser considerada la publicidad colocada en la vía pública, así como por los intermediarios en redes sociales y plataformas digitales. 3) La publicidad oficial no debe ser entendida como una suerte de subsidio a los medios. El Estado debe apoyar a los medios con otro tipo de subsidios que garanticen la protección del pluralismo y de la diversidad cultural y lingüística; combatir la concentración; y ayudar a la industria mediática. 4) Deben existir mecanismos de

control externo para vigilar la asignación de contratos y ejercicio de recursos públicos para la publicidad oficial.

La mayoría del Senado ignoró, a juicio de los Senadores impugnantes, todas las recomendaciones que se hicieron llegar a las comisiones dictaminadoras, obvió las iniciativas presentadas en la materia por parte de los legisladores, y rechazó las aportaciones de la sociedad civil.

Las Comisiones del Senado encargadas de dictaminar, cuando se reunieron, por ejemplo, el día 19 y 24 de abril de 2018, desoyeron todo tipo de objeciones y propuestas de modificación a la Minuta enviada por la Cámara de Diputados desde el día 10 de abril de ese año al Senado. Entre las objeciones más importantes estuvo la de algunos Senadores que en Comisiones pidieron reglas claras en la forma en la que se debía asignar el gasto en publicidad oficial y que puntualizaron que era debido que se creara un órgano autónomo que administrara y sancionara la ley de la materia.

La sesión de las Comisiones Unidas del Senado de 19 de abril de 2018 concluyó con una votación en donde dos de las tres comisiones votaron en contra del dictamen -en la sesión extraordinaria de 24 de abril de 2018 la de Gobernación votó a favor, existió empate en la Comisión de Radio, televisión y Cinematografía, y la de Estudios Legislativos Primera votó en contra del dictamen-. Los senadores impugnantes señalan que el Presidente de la Comisión de Gobernación del Senado impuso ante el resultado de las votaciones sus puntos de vista contra toda lógica jurídica e impidió que se destrabaran esos resultados.

En el Pleno del Senado se dispensaron las dos lecturas del dictamen, sin existir entre una dispensa y otra no más de diez minutos de diferencia. Se vulneró el artículo 195 del Reglamento del Senado que determina que cada lectura debe realizarse en sesión consecutiva. No pueden desahogarse las dos lecturas y mucho menos su dispensa en una misma sesión. El dictamen que no fue aprobado en Comisiones se puso de forma antijurídica a consideración del Pleno

del Senado para su discusión y aprobación, lo que se realizó el día 25 de abril de 2018.

## VII. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentó acción de inconstitucionalidad en contra de la totalidad de la Ley General de Comunicación Social y respecto a los artículos 4 fracción VI en la porción normativa que dice: “Son los que pueden ser captados simultáneamente por una gran cantidad de individuos”, 5, último párrafo, 20, 27, 29, segundo párrafo, 35, 37, 45 y segundo transitorio de la Ley General de Comunicación Social.

Se estiman violados los artículos 1,6,7, 14, 16 y 134 de la Constitución; los artículos 1, 2, 9, 13 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como los artículos 3 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos humanos infringidos según la demanda son: la libertad de expresión, el acceso plural a la información, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la seguridad jurídica, derecho de acceso a la justicia, principio de legalidad y principio de reserva de ley.

En sus conceptos de invalidez la Comisión Nacional de Derechos Humanos estima que la ley no contiene reglas claras y transparentes sobre la asignación del gasto en comunicación social. La ley a juicio de la Comisión no cumple con los parámetros previstos armónicamente en los párrafos primero, octavo y noveno del artículo 134 constitucional ni con lo establecido en el artículo tercero transitorio del Decreto de reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 ni con las consideraciones de la Suprema Corte de Justicia al resolver el amparo en revisión 1359/2015.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos había señalado que la publicidad oficial, a diferencia de la publicidad convencional, no tiene como finalidad promover productos y servicios con un fin

comercial, su propósito es la concientización de la ciudadanía sobre temas de interés común, es un canal entre el gobierno y la sociedad para informarla, a fin de que ésta pueda participar activamente en la toma de decisiones y ejercer plenamente sus derechos.

En cuanto hace a la publicidad oficial, dice la CNDH, el legislador debe, garantizar a los ciudadanos que los recursos de los que disponga serán destinados a los fines para los cuales hayan sido recaudados, que se gasten de la manera más eficiente y se logren resultados tangibles para la población, que se rindan cuentas oportunamente a los habitantes sobre su aplicación y asegurar el carácter institucional que debe animar a dicha comunicación y los fines informativos, educativos o de orientación social que debe perseguir.

En este sentido, la Ley debe ser plenamente clara y debe impedir decisiones discrecionales en manos de los funcionarios, tal como ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al emitir los “Principios sobre la Regulación de Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”,<sup>20</sup> los que constituyen las bases mínimas para la regulación en la materia.

Estos principios son los siguientes:

1. Establecimiento de leyes especiales, claras y precisas, que exige satisfacer los siguientes estándares:
  - a) Los Estados están obligados a adoptar reglas legales específicas sobre publicidad oficial en cada uno de los niveles de gobierno. La carencia de un marco legal específico y adecuado para la definición de los objetivos, la asignación, contratación y control de la pauta estatal permite una utilización arbitraria de estos recursos en detrimento de la libertad de expresión.

---

<sup>20</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Principios sobre la Regulación de Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 2011, párrafo 33.

- b) Los Estados tienen, el deber de adoptar lineamientos legales claros y concretos como parte integral de su deber de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión.
  - c) La norma debe contener una adecuada regulación de los mecanismos de producción y asignación de la pauta estatal con el objeto de limitar la excesiva discrecionalidad que permite la violación de los derechos a las libertades de pensamiento y expresión.
  - d) Las buenas prácticas, los mecanismos informales, las regulaciones defectuosas o dispersas no son suficientes para evitar las violaciones a la libertad de expresión.
  - e) Se debe definir a la publicidad oficial de manera sencilla y abarcadora, por ejemplo, estableciendo que la publicidad estatal es toda comunicación, anuncio o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte.
  - f) Las diferentes etapas vinculadas a la producción, contratación, distribución y control del avisaje del sector público y privado costeados con fondos públicos, deben encontrarse comprendidas en esta regulación.
  - g) Las reglas legales específicas de publicidad oficial deben incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas, no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos.
  - h) El marco legal debe incluir una descripción exhaustiva de su ámbito de aplicación.
  - i) La regulación debe incluir sanciones apropiadas para la violación de las disposiciones.
2. Objetivos legítimos de la publicidad oficial que están vinculados con la utilidad pública y no constituir propagan-

da encubierta con gobernantes o de sus intereses, ni ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno.

3. Criterios de distribución de la pauta estatal. Se deben establecer procedimientos que reduzcan la discrecionalidad. Por eso, los criterios deben estar preestablecidos, ser claros, transparentes y objetivos.
4. Planificación adecuada. Las instancias del Estado deben realizar una adecuada planeación de la publicidad estatal para no propiciar un ejercicio abusivo de los fondos públicos que se destinan a ella.
5. Mecanismos de contratación. Los procedimientos deben ser abiertos. Se deben privilegiar las licitaciones públicas. Las modalidades diversas de contratación deben estar justificadas y ser excepcionales.
6. Transparencia y acceso a la información. Todos los datos y hechos vinculados a las decisiones adoptadas en materia de publicidad oficial deben ser completamente públicos.
7. Control externo de la asignación publicitaria. Un órgano autónomo debe encargarse de monitorear la asignación de publicidad oficial, incluyendo las auditorías sobre los gastos.
8. Pluralismo informativo y publicidad oficial. La publicidad oficial no debe entenderse como un mecanismo de ayuda indirecta o subsidio a los medios.

La Ley General de Comunicación Social no cumple con los anteriores principios, ni con los convencionales ni con los constitucionales, por las siguientes razones:

1. Delega en normas infralegales el establecimiento de criterios de selección del medio de comunicación para la asignación de la pauta de publicidad oficial.

2. La ley no contempla criterios objetivos, claros y transparentes en los que las dependencias puedan fundar y motivar la elección de contratación de medios publicitarios.
3. La Ley favorece la discrecionalidad en el otorgamiento de la publicidad oficial. No se establecen, por ejemplo, topes de gasto en la materia ni topes de asignación para cada medio y cada campaña.
4. La organización del Padrón Nacional de Medios de Comunicación Social no se prevé exhaustivamente en la Ley. Se delega esa organización a normas administrativas, lo que abre la puerta para la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial que permitirá presionar, castigar, premiar y privilegiar a ciertos medios y comunicadores.
5. La ley por lo mismo no garantiza condiciones de igualdad de trato entre los medios.
6. Se incumple el mandato del último párrafo del artículo 134 constitucional que señala que la comunicación social se debe regular por ley.
7. La ley no regula con suficiencia las responsabilidades ni las sanciones. En particular la ley no establece claramente las sanciones de índole administrativa, civil o penal que serán aplicables. Los superiores jerárquicos al tenor del artículo 45 de la Ley son los que decidirán si proceden al respecto por la violación a la ley.
8. La Ley en su artículo 5, último párrafo establece en contra de la Constitución que la Secretaría Administradora deberá contemplar en los lineamientos que emita, los criterios de selección del medio de comunicación correspondiente.
9. El artículo 20 de la Ley dispone que las Secretarías Administradoras emitirán anualmente los lineamientos que contengan las reglas relativas a la difusión de las campañas

de carácter industrial, comercial, mercantil y de promoción de publicidad que promuevan o publiciten la venta de productos o servicios que generan algún ingreso para el Estado.

10. El artículo 27 de la Ley alude a lineamientos para las estrategias, programas y campañas de comunicación social y normas administrativas en materia presupuestaria.
11. Los artículos 35, 37 y el segundo transitorio de la ley habilitan a la Secretaría de Gobernación para establecer lineamientos que organicen el Padrón Nacional de Medios de Comunicación.
12. La referencia indiscriminada que la Ley impugnada realiza respecto a la creación de lineamientos y la ausencia de parámetros claros en la misma a los que deberán ceñirse los sujetos obligados genera una afectación a la seguridad jurídica, tanto para los entes públicos como para los medios y las personas, dada las dimensiones individual y social de la libertad de expresión.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos recuerda el Informe de 2017 que los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de la ONU como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitieron respecto a México, en donde en el párrafo 55 del mismo señalaron que:

En una decisión de suma relevancia, la Suprema Corte recientemente ordenó al Congreso desarrollar regulaciones para la práctica de publicidad oficial. Según algunos informes, el gobierno federal ha gastado más allá de 34 mil millones de pesos en los últimos cuatro años en dicha publicidad. Las reglas de esa publicidad son obscuras, que llevan a muchos a concluir, con evidencia sustancial, que los actores de gobierno utilizan los fondos de publicidad para dar forma y distorsionar la cobertura de medios y difuminar las líneas entre historias de noticias verificables y propaganda o incidencia

política. Ese gasto también sirve como subsidio para mantener los medios heredados a flote para el detrimento de fuentes alternativas de información. Acogemos la decisión de la Suprema Corte e instamos al Congreso a no sólo adoptar reglas claras y públicas que rigen la publicidad y aseguran reportajes frecuentes y específicos, sino que también desarrollan un plan para limitar de forma progresiva esos gastos en conjunto, en consulta con la sociedad civil y los expertos pertinentes. Manifestamos nuestra disponibilidad para proporcionar asesoría técnica al Congreso en relación con las normas internacionales sobre publicidad oficial en los meses venideros antes de la adopción de esa ley.<sup>21</sup>

En este sentido, la ley impugnada carece de reglas claras, lo que se traducirá en discrecionalidad y arbitrariedad del Estado. El gasto en publicidad oficial se empleará como mecanismo de censura indirecta. Se castigará a los medios críticos al gobierno con el uso discrecional y arbitrario de los recursos públicos para la publicidad oficial.

La deficiencia normativa no es menor porque tiene un efecto disuasivo en el ejercicio de la libertad de expresión. La arbitrariedad que se deriva de la deficiente regulación pudiera llevar a determinados medios a adoptar posiciones deferentes con el gobierno con la finalidad de no verse afectados con perder recursos asignados a la difusión de la publicidad oficial.

## VIII. CONCLUSIONES

Primera. La Ley General de Comunicación Social va más allá de lo previsto en el párrafo octavo del artículo 134 constitucional por-

---

<sup>21</sup> Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH después de su visita conjunta en México, 27 de noviembre-4 de diciembre 2017”, México 2017, párrafo 55.

que el artículo 4 fracción I permite difundir logros del gobierno, lo que rompe con la equidad que debe existir en democracia entre el gobierno y la oposición. La norma constitucional constriñe la publicidad del gobierno a las siguientes características: a) Tener carácter institucional; b) Satisfacer fines informativos, educativos o de orientación social; y, c) No contener nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada. Es decir, la publicidad gubernamental no tiene por fin promover los logros del gobierno. Debe ser propaganda neutral.

Segunda. La neutralidad de los medios respecto al gobierno y su propaganda está reconocida en todas las democracias. Ejemplo el artículo 66 de la ley Orgánica 2/2011 de España, de 28 de enero de ese año. La publicidad gubernamental debe ser neutral. No es para difundir logros.

Tercera. El último párrafo del artículo 134 de la Constitución establece el principio de reserva de ley en materia de publicidad gubernamental. Sólo por ley puede regularse la materia y no a través de normas administrativas. En la ley, en distintos preceptos, se reenvía a lineamientos de la Secretaría de Gobernación y a otras normas administrativas generales y abstractas.

Cuarta. La ley general de comunicación social no toca ni con el pétalo de una rosa a los medios electrónicos de nuestro país -TV y radio-. Aunque se prevé que la publicidad gubernamental se difundirá en tiempos oficiales -fiscales y del Estado- la publicidad del Estado será fundamentalmente contratada con los medios de radiodifusión privados. Los tiempos oficiales para transmitir la publicidad gubernamental tienen un rol secundario en la ley.

Quinta. Para futuras reformas en materia electoral en beneficio de los medios de radiodifusión, dolosamente el párrafo segundo del artículo 6 de la ley, mezcla y confunde la libertad de expresión con la libertad de contratación. No son la misma libertad, son libertades distintas.

Sexta. El artículo 14 de la ley que se refiere a los informes anuales de los funcionarios es totalmente inconstitucional. Transgrede la letra del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución que dice que la publicidad gubernamental no deberá...” contener nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada”

Séptima. El artículo 17 de la ley permite que la Secretaría de Gobernación, violando el principio de división de poderes -artículo 49- y la autonomía de los órganos constitucionales autónomos, reasigne los tiempos fiscales que corresponden a los poderes y a los órganos autónomos.

Octava. No existe tope para el gasto en la publicidad gubernamental. Podrá seguir siendo excesivo.

Novena. En materia electoral no se da un paso adelante. Sólo se prohíbe la publicidad gubernamental durante las campañas -artículo 21- y no durante todo el proceso electoral. Ello violenta el principio de equidad electoral previsto en el artículo 41 constitucional.

Décima. El artículo 21 de la ley violenta la autonomía constitucional del INE reconocida en el artículo 41 constitucional, pues la autoridad electoral deja de ser la autoridad máxima durante los procesos electorales. La Secretaría de Gobernación podrá autorizar publicidad gubernamental más allá de lo que determine el INE durante el proceso electoral.

Décima primera. El control de la administración de la publicidad gubernamental: el diseño, gasto, supervisión y evaluación de la publicidad del Estado mexicano corresponde fundamentalmente al Poder Ejecutivo. Poder inmenso que se ejercerá con criterios políticos.

Décima segunda. La ley no garantiza el principio de equidad entre los medios para el reparto de los recursos contratados para la publicidad gubernamental. La ley favorece el reparto discrecional y arbitrario de los recursos públicos para ella.

Décima tercera. El artículo 31 de la ley no determina que la publicidad o mensajes extraordinarios tengan que justificarse por una instancia externa. Nuevamente la ley favorece la discrecionalidad y arbitrariedad.

Décima cuarta. No se prevén mecanismos de evaluación ciudadana sobre el gasto en publicidad gubernamental.

Décima quinta. El control sobre el gasto en publicidad gubernamental es a posteriori. No existe control previo ni concomitante sobre la publicidad gubernamental.

Décima sexta. El apartado de responsabilidades de la ley es profundamente débil y ambiguo. Las conductas materia de sanción administrativa son indeterminadas. Cualquier amparo que promueva algún sancionado será concedido. No existen sanciones severas a quién viola la ley. Ésta no determina que el responsable por las infracciones a la ley será el titular de la dependencia, entidad, poder u órgano.

Décima séptima. La ley no prevé tipos penales en materia de publicidad gubernamental.

Décima octava. La ley no modifica el *status quo* en la materia. Lo legaliza, lo mantiene.

Décima novena. Lo anterior significa que se mantendrá jurídicamente la dictadura mediática porque el respeto a los principios de pluralismo político y social, de equidad, así como a la igualdad, proporcionalidad y neutralidad informativa, campean en la ley por su ausencia.

Vigésima. En contra de los estándares internacionales, los recursos públicos para la publicidad oficial seguirán empleándose en México, como una forma de subsidio a favor de los medios de comunicación.

Vigésima primera. No se prohíben las transferencias, adecuaciones y trasposos presupuestales en la materia. Lo aprobado para publicidad oficial en el legislativo puede ser modificado e incremen-

tado por el ejecutivo en contra de lo previsto en el artículo 126 de la Constitución.

Vigésima segunda. Por los fuertes componentes discrecionales derivados de las competencias que la ley asigna a favor de la Secretaría de Gobernación, la censura indirecta seguirá siendo una realidad en nuestro país.

## IX. FUENTES

APREZA SALGADO, Socorro, “La regulación de la publicidad oficial y las medidas anticoncentración de medios de comunicación: otro nudo gordiano del pluralismo informativo en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 60, número 254, 2010.

BAÑOS, Marco Antonio y Carriedo, Luis Miguel, “Distorsiones de la propaganda política”, *Revista Justicia Electoral*, México, Vol. 1, número 5, 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Principios sobre la Regulación de Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 7 de marzo de 2011.

CORRAL JURADO, Javier, “Propaganda gubernamental y artículo 134 constitucional” en Ackerman Rose, John Mill (coordinador), *Elecciones 2012: en busca de la equidad y legalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Senado de la República, 2011.

DESIREE SALGADO, Eneida y Seraphim Makarauskys, Camila, “Propaganda electoral, publicidad gubernamental y encuestas electorales: un análisis del modelo mexicano desde una mirada brasileña”, *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, México, número 12, 2014.

ESTEINOU MADRID, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coordinadores), *La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004.
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario y Rallo Lombarte, Artemi, “Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: la reforma de la LOREG de 2011”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, número 98, mayo-agosto de 2013.
- GILAS, Karolina M., *Libertad de expresión en el ámbito electoral en México (a la luz de los estándares internacionales)*, México, Tirant Lo Blanch, 2016.
- GUEVARA MONTEMAYOR, Alberto, “Suspensión de propaganda gubernamental y derecho de acceso a la información pública: hacia un punto de equilibrio en México”, en *Revista Estudios en Derecho a la Información*, México, número 1, enero-junio de 2016.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, y otros, *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, Valencia, 2018.
- Magistrados de la Sala Superior del TEPJF, *Propaganda gubernamental. Excepciones durante un periodo de campaña. Expediente SUP-RAP-54/2012 y acumulados*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.
- MARVÁN LABORDE, María, “La propaganda gubernamental: un exceso”, *Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, número 39, mayo-junio, 2017, disponible en: <<https://bit.ly/2RDOoXm>>.
- MONTABES PEREIRA, Juan, *La prensa del Estado durante la transición política española*, Madrid, siglo XXI editores y Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989.
- Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH después de su visita conjunta en México, 27 de noviembre-4 de diciembre 2017”, México 2017.

- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Libertad de expresión y discurso político*, México, Tirant Lo Blanch, 2015.
- Resolución del amparo en revisión 1359/ 2015 de 15 de noviembre de 2017, Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea.
- SALAZAR REBOLLEDO, María Grisel, “Resistiendo el clientelismo. Publicidad gubernamental y subsistencia de la prensa crítica”, *Colombia Internacional*, número 95, Colombia, 2018, disponible en: <<https://bit.ly/2TYcicr>>.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2007.
- STIGLITZ, Joseph, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, traducción de Alejandro Pradera, México, Taurus-Priisa Ediciones, 2012.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza editorial, 2017.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- TREJO DELARBRE, Raúl, “Información y medios en la Constitución de la Ciudad de México”, en *Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México*, Revisa de la Fundación Pereyra y del Instituto de estudios para la transición democrática, número, 41, mayo-agosto de 2016.
- VILLAFRANCO ROBLES, Citlali, “Campañas electorales en el límite de la ley. El caso de la propaganda gubernamental del Partido Verde Ecologista de México”, *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, número 17, enero-junio, 2016.
- VILLAMIL, Jenaro, “Derecho a la información, la otra gran desigualdad en México”, en Florescano, Enrique y Cossío, Ramón D. (coordinadores), *Hacia una nación de ciudadanos, México*, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*, México, editorial Fragua, 1997.
- VIRGINIA v. Black, 538 US 343, 367 (2003); New York v. Ferber, 458 US 747, 769, n. 24 (1982).



## LA AUTENTICACIÓN Y VERIFICACIÓN DE LA IDENTIDAD A TRAVÉS DE INFORMACIÓN BIOMÉTRICA COMO PARADIGMA DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO

*THE AUTHENTICATION AND VERIFICATION OF IDENTITY THROUGH BIOMETRIC INFORMATION AS A PARADIGM OF THE TREATMENT OF PERSONAL DATA IN MEXICO*

TÁBATA ANDREA ROMERO CERDÁN<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** El rápido progreso de las tecnologías biométricas y su aplicación generalizada en el sistema financiero mexicano, precisan de un estudio pormenorizado desde el punto de vista de la protección de datos personales. Dado que los datos biométricos han sido incluidos de manera incipiente en la normativa mexicana, en el presente artículo, se analiza su régimen jurídico desde el contexto europeo, abordándose además, las ventajas e inconvenientes que puede suponer la implantación de sistemas de almacenamiento masivo de información biométrica, a la luz de los derechos fundamentales de los individuos. Finalmente, apuntaré posibles soluciones que supongan una menor intrusión contra los derechos de los usuarios y clientes de las instituciones financieras.

**PALABRAS CLAVE:** *Tratamiento de datos personales, datos biométricos, Reglamento Europeo de Protección de Datos, Sistema Financiero Mexicano, protección de datos personales.*

**ABSTRACT:** The rapid progress of biometric technologies and their widespread application in the Mexican financial system, require a detailed study from the point of view of the protection of personal data. Given that biometric data have been incipiently included in the mexican regulations, in this article, its legal regime is analyzed

---

<sup>1</sup> Posdoctoranda y becaria CONACYT para realizar estancia de investigación en el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Doctora en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Correspondencia: <tabataandrea@hotmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8493-2432>>.

Fecha de Recepción: 16 de noviembre de 2018; Fecha de Aprobación: 18 de marzo 2019.

from the European context, also addressing the advantages and disadvantages that may involve the implementation of massive information storage systems biometric, in light of the fundamental rights of individuals. Finally, I will point out possible solutions that involve less intrusion against the rights of users and customers of financial institutions.

**KEYWORDS:** *Processing of personal data, biometric data, European Regulation of Data Protection, Mexican Financial System, protection of personal data.*

**SUMARIO:** I. Datos biométricos: aproximaciones previas; II. Regulación jurídica del tratamiento de datos biométricos en la Unión Europea; III. El tratamiento de datos biométricos en el Sistema Financiero Mexicano; IV. Criterios del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, para el tratamiento de datos biométricos; V. Tratamiento de datos biométricos: seguridad financiera vs protección de datos personales; VI. Conclusiones; VII. Fuentes de información.

---

## I. DATOS BIOMÉTRICOS: APROXIMACIONES PREVIAS

**E**n la literatura reciente, se refiere a los datos biométricos como las características físicas, fisiológicas, morfológicas, de comportamiento y rasgos de personalidad distintivas de cada persona, que “permiten distinguir ciertas singularidades que concurren en los aspectos analizados y que, resultando imposible la coincidencia en dos individuos, una vez procesados, permiten servir para identificar al individuo en cuestión”.<sup>2</sup> Por otra parte, algunos especialistas consideran que los datos biométricos son una categoría más de los llamados datos sensibles, en el entendido que el uso indebido de éstos, podrá generar discriminación, afectado la esfera más íntima de su titular.

---

<sup>2</sup> Aparicio Salom, Javier, *Estudio Sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000, p. 54.

Establecido lo anterior, los datos biométricos se entenderán en sentido restringido como datos sensibles,<sup>3</sup> en tanto que en el contexto más amplio, como características físicas<sup>4</sup> o de personalidad,<sup>5</sup> que mediante un procesamiento técnico de reconocimiento, al distinguir las particularidades únicas de cada persona, permiten autenticar su identidad, haciendo imposible resultados coincidentes entre dos individuos.

Surge entonces precisar que el proceso de autenticación puede realizarse a través de dos modos diferentes de reconocimiento: identificación y verificación. En la verificación, se autentica la identidad del usuario mediante la comparación de un dato con el mismo dato previamente almacenado, de tal forma que se verifica que la identidad proporcionada corresponda con la realidad. En la identificación, se averigua la identidad de un sujeto a través de la búsqueda que se realice en una base de datos.<sup>6</sup>

Aquí, es de particular relevancia que los datos biométricos no constituyen los únicos datos o sistemas que permiten la identificación y verificación de los seres humanos. A lo largo de la evolución

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el criterio del INAI (en adelante, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales), pese a que los datos biométricos no se encuentran expresamente previstos en la definición de datos sensibles que señala la Ley de la materia, podrán considerarse de esta naturaleza cuando: a) se refieran a la esfera más íntima de su titular; b) su utilización indebida pueda dar origen a discriminación, o c) su uso ilegítimo conlleve un grave riesgo para su titular. *Vid.* INAI, *Guía para el tratamiento de Datos Biométricos*, Ciudad de México, 2018, p. 19. Disponible en: <[http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/GuiaDatosBiometricos\\_Web\\_Links.pdf](http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/GuiaDatosBiometricos_Web_Links.pdf)> (Fecha de consulta: 15/09/2018).

<sup>4</sup> Entre los datos biométricos relativos a características físicas y fisiológicas más utilizados están: la huella dactilar, la retina y el iris del ojo, la palma de la mano, los rasgos del rostro, la exploración del patrón venoso de la muñeca y la composición química del olor corporal.

<sup>5</sup> Entre los datos biométricos de comportamiento encontramos la firma, la voz y la forma de caminar.

<sup>6</sup> Neira Orjuela, Fernando, “Biometría y control migratorio en América Latina” en *Cuadernos de H Ideas*, Argentina, Vol. 9, Núm. 9, diciembre 2015, p. 2.

tecnológica, se han implementado diversos procesos de autenticación. Por ejemplo, es común que al momento de registrar una cuenta en plataformas de correos electrónicos, se solicite información que solo el usuario conoce. De este modo, en caso de que se olvide la contraseña de acceso, se podrá verificar la identidad de la persona registrada, a través de la respuesta a preguntas concretas almacenadas con antelación.

Pero más allá del proceso de verificación e identificación, los datos biométricos se constituyen como un paradigma de seguridad, al proporcionar información de naturaleza indubitable. Los datos biométricos, no se refieren a información sobre una persona; más bien otorgan información intrínseca de ella misma, que no puede modificarse por voluntad propia. Esta propiedad de perpetuidad, hace que la información no puede ser sustituida, modificada o reemplazada y no sufre afectaciones por el transcurso del tiempo.

Por esta tendencia del uso de la tecnología como fuente infalible de información para realizar operaciones y transacciones seguras, los datos biométricos se configuran como una herramienta cada vez más utilizada por los Estados como medio de identificación inequívoca de las personas. De ello, se desprende que a partir del año 2017, las instituciones financieras en México, recolectan datos biométricos como medida de verificación de la identidad de los usuarios y clientes de la banca.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> El 29 de agosto de 2017, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (en adelante, CNBV) publicó en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF), una serie de cambios a la Circular Única de Bancos que buscan combatir el robo de identidad dentro del sector bancario. Estos cambios incorporan y regulan el uso de datos biométricos (huella dactilar, principalmente) para la autenticación de los usuarios de la banca. *Vid.* Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Instituciones de Crédito, DOF, 29/08/2017. Disponible en: <<https://www.cnbv.gob.mx/Resoluciones%20Modificatorias/100a.%20Resoluci%C3%B3n%20modificatoria%20CUB.pdf>> (Fecha de consulta: 22/05/2018).

## II. REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE DATOS BIOMÉTRICOS EN LA UNIÓN EUROPEA

En los últimos años, el uso masivo e indiscriminado de los datos biométricos en la vida cotidiana de los individuos, ha convertido su regulación en un verdadero reto jurídico. En virtud de ello, se antoja el análisis del Reglamento Europeo de Protección de Datos, ya que todo estudio de derecho comparado, ofrece una herramienta indispensable para toda investigación jurídica y fundamento elemental para las transformaciones del marco jurídico nacional.

El pasado 27 de abril de 2016, el Parlamento Europeo y del Consejo, aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 (en adelante, RGPD) con el que se le otorga a algunos datos personales, la calidad de especiales, por concebir que dada su naturaleza, requieren de una protección particular.

A partir de esta idea, se puede encontrar en la normativa Europea el concepto jurídico de datos biométricos, definidos como los “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.<sup>8</sup>

Al planteamiento expuesto, resulta adecuado resaltar lo señalado en el apartado 1 y 2 del artículo 9 del RGPD:

Queda prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera uní-

---

<sup>8</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Vid.* Artículo 4, inciso 14). Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>> (Fecha de consulta: 28/06/2018).

voca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados; b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social; c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento; d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados; e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos; f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial; g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado; h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social; i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria

y de los medicamentos o productos sanitarios, y j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

A su vez, el RGPD prevé la obligatoriedad a cargo de los responsables del tratamiento, de realizar una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales “cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, [...]”.<sup>9</sup>

Conscientes del impacto y gravedad del tratamiento de datos biométricos, los responsables deberán con base en una evaluación objetiva, ponderar el riesgo y alcance que implica su recolección, almacenamiento y transferencia, a fin de determinar si las operaciones de tratamiento de datos suponen un riesgo o si el riesgo es alto. Sobre este punto es menester precisar que se hablará de riesgo, cuando exista la posibilidad de que se genere un daño, en tanto que el riesgo alto, implica una hipótesis en la que el tratamiento de datos personales puede causar una vulneración grave de los derechos y libertades de las personas.

Ante este escenario, el tratamiento de datos biométricos actualiza la hipótesis del riesgo alto, ya que a partir de éstos podrá conocerse de una persona, su origen racial, género, datos filiatorios, entre otros; cuyo uso indebido podrá significar una vulneración grave a sus derechos fundamentales. En suma, de conformidad con la normativa española, el tratamiento de datos biométricos que tenga como fin identificar inequívocamente a una persona, esta expresamente prohibido, sin embargo, si su uso se encuadra en alguno de los supuestos de excepción que el mismo Reglamento señala, deberá realizarse invariablemente la evaluación de impacto correspondiente, la cual deberá incluir entre otros: a) una descripción

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, artículo 35.

sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento, inclusive, cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento y, b) una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad.<sup>10</sup>

## 1. LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS BIOMÉTRICOS

Como se desprende del texto anterior, los responsables del tratamiento de datos biométricos deberán precisar en la evaluación de impacto, la base de legitimación del tratamiento. Tal obligación privilegia el principio en el que se sustenta todo derecho a la protección de datos personales: la licitud. Ello significa que en primer lugar, el responsable deberá acreditar el consentimiento del interesado; en segundo lugar, que el tratamiento se realice en apego al consentimiento otorgado o bien de conformidad con alguna base legítima establecida en el RGPD y, en tercer lugar, en caso de que el tratamiento se funden en el interés legítimo perseguido por el responsable, éste deberá privilegiar en todo momento los derechos de las personas, además de tomar en cuenta las expectativas razonables de aquellos que pudieran resultar afectadas por el tratamiento.

## 2. EVALUACIÓN DE LA NECESIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD

El RGPD obliga a los responsables a realizar una evaluación de la finalidad con la que los datos son tratados a fin de determinar su necesidad y proporcionalidad. Aquí, baste mencionar que conforme a lo señalado en considerando 39 del propio dispositivo normativo:

Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recojiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, artículo 35.7.

personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento. En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida. Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios. [...] Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento.<sup>11</sup>

Para realizar una adecuada evaluación de impacto en materia de protección de datos personales en consistencia con las disposiciones previstas en el RGPD, el Grupo “Protección de Datos” del Artículo 29, elaboró una serie de directrices para la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad.<sup>12</sup> Este grupo de trabajo, considera que la necesidad se acredita cuando la finalidad con la que

<sup>11</sup> *Ibidem*, considerando (39).

<sup>12</sup> *Vid.* Grupo “Protección de Datos” del Artículo 29, *WP 248 rev.01: Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE)*

se realiza el tratamiento de datos personales no puede conseguirse por otros medios, en tanto que la proporcionalidad, se comprobará a través de tres análisis: el de necesidad, el de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. La convergencia de éstos tres, permitirá a los responsables del tratamiento ponderar los derechos y libertades en juego, para determinar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

A partir de esta idea, nos resulta necesario mencionar que el ex Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de la Organización de las Naciones Unidas, Martin Scheinin, señaló en su informe del año 2009 que en determinadas circunstancias, podría legitimarse el uso de información biométrica para la identificación de sospechosos por actos de terrorismo ya que su recolección atiende al interés general; sin embargo, la centralización de información en bases de datos, incrementa los riesgos para la seguridad, dejando a los individuos vulnerables ante situaciones de criminalización ilícita de individuos o exclusión social. Además, los datos biométricos favorecen intrusiones en la vida de las personas de carácter permanente, ya que los detalles físicos y biográficos de las personas son inmutables y no pueden revocarse. A este escenario, se adicionan los acontecimientos de ventas de datos de información que se traducen en delitos de extorsión, vigilancia, chantaje y lucro.

En resumen, conforme a lo sustentado por el ex Relator, el tratamiento de datos personales resulta una medida innecesaria ya que la finalidad que persigue puede agotarse con mecanismos menos intrusivos y puede lograrse razonable por otros medios; asimismo, es desproporcional, ya que no es ponderada o equilibrada con los derechos fundamentales, pudiendo causar daños irreparables.

---

2016/679, Bruselas, 2017. Disponible en: <<https://www.aepd.es/media/criterios/wp248rev01-es.pdf>> (Fecha de consulta: 18/09/2018).

Lo dicho hasta aquí, nos lleva a concluir que el RGPD pretende evitar cualquier tratamiento de datos biométricos que identifique inequívocamente a una persona, motivo por el cual, resulta relevante que en los siguientes apartados se aborde el paradigma que representan los datos biométricos en el sistema financiero mexicano.

### III. EL TRATAMIENTO DE DATOS BIOMÉTRICOS EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

Con la finalidad de fortalecer los procedimientos que utilizan las instituciones de crédito para identificar a las personas que contraten con ellas productos, servicios o realicen operaciones en ventanilla, el 29 de agosto de 2017, la CNBV publicó en el DOF, disposiciones para la identificación de sus usuarios y/o clientes.<sup>13</sup> En virtud de lo anterior, se reformó la denominación del Capítulo II relativo a la *Integración de Expedientes de Crédito* de las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Instituciones de Crédito (en adelante, DC-GIC) para quedar como *Integración de Expedientes de Crédito y datos de identificación de los clientes*, adicionando entre otros, los artículos 51 Bis a 51 Bis 4, por los cuales, se faculta a las Instituciones de Crédito a realizar una autenticación en línea de las huellas dactilares, así como a conformar una base de datos biométricos.

Con relación a las personas físicas que pretendan celebrar contratos para realizar operaciones activas, pasivas, de servicios, soliciten medios de pago o en su caso, realicen operaciones de retiro en efectivo y transferencias de recursos, las Instituciones Crediticias serán responsables de “autenticar en línea que la huella dactilar que se obtenga de la persona física que presenta la credencial para

---

<sup>13</sup> Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Instituciones de Crédito. *Op. Cit.*, nota 6.

votar, coincide al menos en un noventa y ocho por ciento con los registros del Instituto Nacional Electoral”.<sup>14</sup>

En relación con lo anterior, cuando el Instituto Nacional Electoral no pueda responder a las solicitudes de verificación en línea, las Instituciones de Crédito podrán celebrar los contratos correspondientes, siempre y cuando dispongan de los dispositivos electrónicos necesarios para recabar y almacenar en ellos la información que se requiera para realizar la verificación con posterioridad.

En este sentido, las DCGIC prevén la conformación de una base de datos de huellas dactilares como mecanismo alternativo de verificación. Para ello, las Instituciones deberán: almacenar en una base, los datos de la credencial para votar de sus clientes; capturar las huellas dactilares de los empleados y directivos que tendrán a su cargo la recopilación de datos biométricos, para continuar con la toma de imagen de las crestas papilares de los diez dedos de sus clientes; finalmente deberán verificar en línea la correspondencia de los datos de la credencial para votar con los registros del Instituto Nacional Electoral (en adelante, INE) autenticando la huella dactilar. Este procedimiento se realiza por única ocasión y a partir de entonces, los bancos podrán utilizar esta base de datos para autenticar a sus clientes, sin necesidad de hacer la verificación en línea con los registros del INE.

La referida política de recolección y verificación de datos biométricos, atendió a que la CNBV y las Instituciones de Crédito detectaron la necesidad de fortalecer los procedimientos de identificación de los usuarios con el objetivo de prevenir y/o detectar fraudes como la suplantación de identidad. Por ello, en el caso de retiros y transferencias de recursos de cuentas bancarias, cuando las Instituciones de Crédito determinen procedente no realizar las acciones de verificación y en caso que se presente una situación de suplantación de identidad, éstas deberán asumir los costos de

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, artículo 51 Bis 4 inciso b).

las operaciones que no sean reconocidas por sus clientes, así como abonar el monto objeto de reclamación, en un plazo de cuarenta y ocho horas.

Adicionalmente, es importante destacar que las DCGIC prevén la celebración de contratos para la apertura de cuentas bancarias en una modalidad no presencial. Para la identificación remota, la norma señala que los clientes deberán enviar un formulario que entre otros datos, contiene el consentimiento expreso para que su voz e imagen se grabe en el momento en el que la Institución realice una entrevista a distancia en tiempo real. Además, al cliente se le solicitará por una parte, que envíe una fotografía a color de la credencial para votar vigente expedida por el INE y por la otra, que se tome una fotografía en línea utilizando la tecnología que para tales efectos dispongan las Instituciones. Lo anterior, con la finalidad de realizar la autenticación de identidad a través del reconocimiento facial.<sup>15</sup>

Como se ha expuesto, el uso de la huella digital, el reconocimiento facial, la verificación de voz y en general, la captura y recolección de cualquier dato biométrico, se configuran como protocolos de autenticación basados en tecnología, cuyo sustento jurídico se percibe en las políticas de combate a la suplantación de identidad. No obstante, pese a que su formalización se tenía prevista para finales del mes de agosto del año 2018, la CNBV prorrogó el plazo para la aplicación de los controles biométricos, a aquellas Instituciones Bancarias que participaran en la creación de la plataforma única de datos biométricos. Se trata de una base universal, que permitirá verificar la identidad de los usuarios mediante el intercambio de datos e información con el INE, el Sistema de Administración Tributaria (SAT) y la Secretaría de Relaciones Exteriores.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, artículo 51 Bis 6.

<sup>16</sup> Juárez, Edgar, “CNBV arrancará supervisión en línea del sector financiero” en *El Economista*, 19 de junio de 2015. Disponible en: <<https://www.economista.com.mx>>

#### **IV. CRITERIOS DEL INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS BIOMÉTRICOS**

Ante el inminente uso de los datos biométricos como mecanismo de autenticación y verificación de identidad, el INAI en su calidad de órgano garante del tratamiento de datos personales y con el objetivo de establecer criterios que garantizaran el tratamiento adecuado de datos biométricos, publicó en marzo de 2018, la *Guía para el tratamiento de Datos Biométricos*.

El documento a que se hace en referencia en el párrafo anterior, presenta una serie de elementos apegados a los principios previstos en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (en adelante, LFPDPPP), y en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (en adelante, LGPDPSO), y se configura como un instrumento de observancia obligatoria para la empresas, organizaciones, profesionistas y autoridades que pretendan o traten datos biométricos.

En este sentido, el INAI precisa que un dato biométrico deberá considerarse como un dato personal siempre y cuando de manera directa identifique a su titular, o lo haga identificable a través de la biometría. Continúa precisando que, aunque los datos biométricos no se encuentren señalados expresamente en la LFPDPPP o en la LGPDPSO, éstos se considerarán sensibles cuando se refieran a la esfera más íntima de su titular, su utilización indebida pueda dar origen a discriminación, o su uso ilegítimo conlleve un grave riesgo para su titular.<sup>17</sup>

Así, el órgano garante resalta que en todos los casos mencionados con antelación, será necesario aplicar políticas afines a los

---

com.mx/sectorfinanciero/CNBV-arrancara-supervision-en-linea-del-sector-financiero-20180619-0154.html> (Fecha de consulta: 22/06/2018).

<sup>17</sup> INAI, *Op. Cit.*, nota 2, p. 19.

principios que rigen el tratamiento de datos personales y realiza las siguientes recomendaciones; a saber:

Recomendaciones relacionadas con principio de licitud.<sup>18</sup> Conocer la normatividad que en lo específico regula y aplica a la actividad en la que son tratados los datos biométricos y, revisar las atribuciones que facultan al sujeto obligado para tratar datos biométricos, o bien, si su uso está debidamente justificado según la finalidad de la que se trate.

Recomendaciones relacionadas con el principio de lealtad:<sup>19</sup> Utilizar medios que estén permitidos por la ley; verificar que en el aviso de privacidad se señale de manera expresa el tratamiento de los datos biométricos y, tener especial cuidado en el tratamiento de datos biométrico, a fin de que éste se apegue a lo informado al titular y se privilegie en todo momento sus intereses con relación al uso de sus datos personales.

Recomendaciones relacionadas con el principio de información:<sup>20</sup> Informar expresamente en el aviso de privacidad que se recabarán datos biométricos, especificando su tipo (por ejemplo, huellas dactilares o iris); cuando los datos biométricos que se traten sean sensibles, señalarlo en el aviso de privacidad; incluir en el aviso de privacidad las finalidades para las cuales serán tratados; cuando se realicen transferencias de datos biométricos, informarlo en el aviso de privacidad y, en caso de que éstas requieran consentimiento, señalarlo; si las finalidades o transferencias de datos biométricos requieren consentimiento, se deberá ofrecer al titular un mecanismo para que pueda otorgar o negar su consentimiento; en el caso del sector público, incluir en el aviso de privacidad las disposiciones normativas que fundamentan el tratamiento de los datos biométricos y tomar en cuenta que, debido a la naturaleza de los sistemas biométricos tratados para fines de reconocimiento, normalmente se llevarán a cabo dos etapas en las que estos datos serán recolectados: la primera, para la creación de las plantillas que serán almacenadas

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 26.

en el sistema biométrico; la segunda, para la comparación de nuevas muestras biométricas con las plantillas almacenadas.

Recomendaciones relacionadas con el principio de consentimiento<sup>21</sup>: Solicitar el consentimiento tácito de los titulares de los datos biométricos, cuando éstos no resulten sensibles, y solicitar el consentimiento expreso y por escrito de los titulares de los datos biométricos, previo a que se recaben, o bien, en el momento en que lo indique la normativa aplicable, cuando éstos resulten sensibles.

Recomendaciones relacionadas con el principio de finalidad:<sup>22</sup> Describir en el aviso de privacidad la o las finalidades para las cuales serán tratados los datos biométricos recolectados; no tratar los datos biométricos del titular para finalidades distintas, que no resulten compatibles o análogas a aquéllas para las cuales fueron recabados, y cuando los datos biométricos que se recaben se consideren sensibles, las finalidades para las cuales se recaben y traten los datos biométricos deberán estar debidamente justificadas.

Recomendaciones relacionadas con el principio de proporcionalidad:<sup>23</sup> Evaluar si la recolección de datos biométricos es necesaria para la finalidad pretendida; priorizar el uso de datos que no sean biométricos para lograrla misma finalidad sin restarle efectividad; obtener y utilizar únicamente los datos biométricos que sean necesarios, adecuados y no excesivos para las finalidades para las que fueron recabados; recolectar y tratar el número mínimo de datos biométricos necesarios para la finalidad para la cual se están recolectando; evitar o limitar al máximo la recolección de datos biométricos que pudieran revelar datos sensibles no necesarios para las finalidades legítimas que se persiguen, y la cantidad de muestras biométricas también depende de su calidad, es decir, entre más precisas y exactas sean las muestras biométricas y las plantillas recolectadas y generadas, será necesario recolectar un menor número de muestras biométricas por individuo.

Recomendaciones relacionadas con el deber de confidencialidad:<sup>24</sup> No difundir datos biométricos a terceros sin consentimiento de su

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 42.

titular; mantener el secreto de la información relacionada con los datos biométricos recabados y almacenados, excepto cuando su comunicación se encuentre permitida en términos de una disposición legal; definir claramente al personal autorizado para tener acceso y para tratar datos biométricos al interior de la organización, e implementarlas medidas de seguridad necesarias para garantizarla secrecía de los datos biométricos.

Recomendaciones relacionadas con el principio de calidad:<sup>25</sup> Los responsables deberán tomar todas las medidas razonables para garantizar que los datos biométricos en su poder sean exactos, completos, pertinentes y actualizados; no conservar los datos biométricos por un plazo superior al necesario para cumplir con la finalidad para la que se han recolectado.

Recomendaciones relacionadas con el régimen de transferencias:<sup>26</sup> Identificar las transferencias que se vayan a realizar de datos biométricos, a fin de cumplir en todos los casos con las obligaciones antes descritas; informar a través del aviso de privacidad las transferencias que se realizarán, el tercero receptor y las finalidades; no realizar transferencias de datos biométricos a terceros no autorizados por los titulares, salvo que se actualicen las excepciones previstas en el artículo 37 de la LFPDPPP o los artículos 22 y 70 de la LGPDPSO; solicitar el consentimiento expreso y por escrito para transferir datos biométricos, cuándo éstos sean considerados como sensibles; eliminar vínculos innecesarios entre la base de datos biométricos con otros sistemas informáticos o bases de datos que inadvertidamente puedan dar lugar a una transferencia no autorizada, y cifrar los datos biométricos que se transfieran.

Aunado a lo anterior, el INAI precisa que los responsables del tratamiento de datos biométricos, deberán establecer procedimientos o protocolos de actuación para determinar cómo se deberán atender las solicitudes del ejercicio de los derechos al acceso, rectificación, cancelación, oposición y, en su caso, de revocación del consentimiento, así como de la portabilidad, cuando el tratamiento

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 24.

de datos biométricos se realice por parte de terceros, considerando que quien está obligado a dar atención a las solicitudes es el responsable del tratamiento.<sup>27</sup>

Finalmente, señala que el responsable de tratar datos biométricos, deberá evaluar impacto en la protección<sup>28</sup> de dichos datos personales considerando:

- Si los datos biométricos resultan necesarios y efectivos para atender una necesidad en específico de la organización;
- La comparación del beneficio obtenido por el uso de los datos biométricos versus el costo por una posible violación de la LGPDPSO, y
- La existencia de una forma menos invasiva para lograr el fin que se persigue.

## V. TRATAMIENTO DE DATOS BIOMÉTRICOS: SEGURIDAD FINANCIERA VS PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Con la política de autenticación y verificación biométrica y la creación de la plataforma única de datos biométricos que pretende implementar el gobierno mexicano, se avanza hacia una promesa incumplida de un débil y severamente criticado *Pacto por México*, y es que habrá que recordar que en el año 2012, el presidente de México, Enrique Peña Nieto y los dirigentes de las fuerzas políticas principales del país, firmaron un Acuerdo político que con el objetivo de respetar y defender el derecho a la identidad ciudadana, establece entre otros compromisos, la creación de una cédula única de identificación.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>29</sup> Guerrero Aguirre, Francisco Javier y Amador Hernández, Juan Carlos, *La concertación política en contextos de democracias fragmentadas: el caso PACTO POR MÉXICO*.

El pretendido interés de la llamada cédula de identidad ciudadana, guarda estrecha relación con la plataforma única de datos biométricos, ya que como se ha dicho en líneas anteriores, esta plataforma se vinculará directamente con información de Dependencias y Entidades del Gobierno Federal, a fin de integrar un registro único que autentique y verifique la identidad de los ciudadanos mexicanos. Desde mi punto de vista, a partir de estas políticas, los mexicanos eventualmente, contaremos con una sola credencial que permitirá identificarnos en registros migratorios, de seguridad social, laborales, bancarios, policiales, etc., cuyo beneficio principal impactará en la reducción de riesgos de suplantación de identidad.

Pese a que en una primera aproximación, la recolección y el uso de datos biométricos se presentan como propuestas innovadoras del joven siglo XXI, dichos controles pueden tener repercusiones mucho más trascendentes que la simple creación de un registro de identificación o de una política de combate al robo de identidad; con base en los resultados de esta investigación, nace una genuina preocupación en relación con el derecho fundamental a la protección de datos personales ante los efectos que pueda tener el tratamiento para la vida cotidiana.

Hablando de seguridad, al rededor del mundo los ciberataques han puesto en tela de juicio la eficacia de los sistemas de identificación biométrica. En lo relativo a las huellas digitales, en el año 2014, un miembro de la red de piratas informáticos *Chaos Computers Club* – la mayor asociación europea de hackers - confesó haber reproducido, a través de un *software* común y ordinario, la huella dactilar de la Ministra de Defensa alemana Ursula Von Der Leyen, a partir de una serie de fotografías e imágenes publicadas en medios de comunicación oficiales.<sup>30</sup>

---

CO, Ciudad de México, Colección Nuestro Tiempo, 2016, p. 183.

<sup>30</sup> *Red de hackers afirma que clonó huella dactilar de ministra alemana*, BBC News, 29 de diciembre de 2014. Disponible en: <<https://www.bbc.com/mundo/ulti->

En esta misma línea de análisis, en el año 2015 el *departamento de defensa y la oficina de manejo de personal* en Estados Unidos, sufrió un ciberataque que permitió a los *hackers*, obtener entre otros datos personales, las huellas digitales de 5.6 millones de empleados gubernamentales.<sup>31</sup> Se sigue de lo anterior, que cualquier dato biométrico que se encuentre almacenado en una base centralizada, puede ser susceptible de apropiación.

Por otra parte, investigaciones realizadas por la Universidad de Alabama en procesos de activación por reconocimiento de voz, demostraron que ese control puede ser superado e incluso, el dato biométrico puede servir como herramienta para generar información falsa; teniendo grabaciones cortas de una persona hablando y con la ayuda de un sintetizador, los investigadores de esta Universidad lograron convertir la voz de un atacante en la de una víctima.<sup>32</sup>

Adicionalmente, es pertinente señalar que los avances de la inteligencia artificial, mediante algoritmos que aprenden a reconocer patrones del habla de una persona y el uso de redes neuronales que imitan las del cerebro humano, ha permitido reproducir la voz de una persona; aunque en la actualidad nos encontramos con modelos incipientes, no podremos negar que los avances en la tecnología, en un futuro no muy lejano, generarán problemas de seguridad.

No obstante lo anterior, en México, el Grupo Financiero Santander al implementar un procedimiento de firma vocal, figuró como la primera Institución en utilizar este dato biométrico; por medio de la frase *“En Banco Santander mi voz es mi firma”*, se realiza un proce-

---

mas\_noticias/2014/12/141229\_ultnot\_hackeo\_huella\_dactilar\_ministra\_alemana\_men> (Fecha de consulta: 25/06/2018).

<sup>31</sup> Matassi, Joshua, “Hackers roban 5.6 millones de huellas digitales al gobierno de Estados Unidos” en *FayerWayer*, 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <<https://www.fayerwayer.com/2015/09/hackers-roban-5-6-millones-de-huellas-digitales-al-gobierno-de-estados-unidos/>> (Fecha de consulta: 12/06/2018).

<sup>32</sup> Bejarano, Pablo, “La huella dactilar, la voz, el iris... también se suplantan” en *El Español*, 27 de octubre 2015. Disponible en: <[https://www.elespanol.com/ciencia/tecnologia/20151026/74492595\\_0.html](https://www.elespanol.com/ciencia/tecnologia/20151026/74492595_0.html)> (Fecha de consulta: 25/06/2018).

dimiento de verificación para acceder a la banca telefónica.<sup>33</sup> Para Ignacio Zorrilla, Director Ejecutivo de Canales de Autogestión en Banco Santander México, la aplicación de voz se configura como una herramienta con un nivel elevado de seguridad, ya que “crea una huella a partir de 16 patrones que se identifican en la voz, como el tono, la velocidad y el timbre”.<sup>34</sup>

Ante esta coyuntura, el *hacker* Jan Krissler quien es también investigador de la Universidad Técnica de Berlín, afirmó confiar mucho más en las contraseñas tradicionales que en las huellas dactilares. Asimismo, señaló que los sistemas biométricos que han sustituido las contraseñas mediante escaneos faciales, de iris o huellas, pueden ser esquivados fácilmente; explicó que el *software* de reconocimiento facial puede ser engañado por la fotografía de cualquier persona, en tanto que impresiones falsas pueden engañar a un sensor de huellas dactilares.<sup>35</sup>

Así, frente a la política de combate a la suplantación de identidad que la CNBV ha implementado a partir del año 2017, interesa reparar en los protocolos de seguridad implantados por las instituciones bancarias. En el punto de partida de esta secuencia y ante la diseminación del uso de ficheros de almacenamiento de datos personales, baste señalar que en los últimos cuatro años, los Bancos

---

<sup>33</sup> De acuerdo con el Director Ejecutivo de Canales de Autogestión del Banco Santander, Ignacio Zorrilla “*cada vez que una persona llama a banca en línea y registra su voz, la información va directamente a los servidores de Santander en Querétaro, donde se almacena la huella de todos los clientes*”; como podrá advertirse, la Institución Financiera almacena datos biométricos, para realizar protocolos de autenticación. *Vid. Santander usa ‘firma de voz’ en banca telefónica*, Excélsior, 09 Diciembre 2013. Disponible en: <[http://diario.mx/Economia/2013-12-09\\_2d072bf9/santander-usa-firma-de-voz-en-banca-telefonica/](http://diario.mx/Economia/2013-12-09_2d072bf9/santander-usa-firma-de-voz-en-banca-telefonica/)> (Fecha de consulta: 29/07/2018).

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> Ollero, Daniel, “Un hacker reproduce la huella de la ministra de defensa de Alemania” en *El Mundo*, 30 de diciembre de 2014. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/economia/2014/12/30/54a19eea268e3ec7718b4592.html>> (Fecha de consulta: 15/06/2018).

con más presencia en nuestro país, han sido multados en su conjunto por más de trescientos millones de pesos, por el uso inadecuado de datos personales.

En este contexto, Francisco Javier Acuña, Consejero Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales señaló meses atrás que “hay un extendido mercado negro de las bases de datos personales que instituciones bancarias, empresas telefónicas, tiendas departamentales, agencias de viajes, de venta de tiempos compartidos, entre otras, tienen en su poder y utilizan ilegalmente el listado adquirido”.<sup>36</sup>

A la luz de todo lo dicho, el tratamiento de cualquier dato de identificación biométrica como mecanismo de identificación y verificación, tiene graves implicaciones en el ámbito social y jurídico; en relación con el primero, la facilidad con la que dichos datos pueden recrearse, representa un riesgo para la seguridad de los individuos, así como una invasión a su esfera más íntima.

En lo que respecta al campo jurídico, con base en lo que se expone en las siguientes líneas, se puede afirmar que las disposiciones que prevén el almacenamiento masivo de datos biométricos, al no cumplir con los principios de proporcionalidad y legalidad, vulnera el derecho fundamental a la protección de datos personales.

## 1. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

Como es sabido, el derecho a la protección de los datos personales se regula a través de ocho principios, los cuales se traducen en obligaciones concretas para los responsables en el tratamiento; a saber:

---

<sup>36</sup> Franco, Luciano, “Hay un extendido mercado negro de datos personales: Francisco Javier Acuña” en *Crónica*, 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <<http://www.cronica.com.mx/notas/2017/1042949.html>> (Fecha de consulta: 20/06/2018).

licitud, lealtad, consentimiento, información, proporcionalidad, finalidad, calidad y responsabilidad.<sup>37</sup>

En lo concerniente al principio de proporcionalidad, el artículo 45 del Reglamento de la ley de la materia establece que “sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos personales que resulten necesarios, adecuados y relevantes en relación con las finalidades para las que se hayan obtenido”.<sup>38</sup> Este principio implica la obligación de evaluar si las finalidades con las que son tratados los datos personales pueden perseguirse de manera menos intrusiva.

Sobre el tema que nos ocupa, de conformidad con lo señalado en el artículo 51 Bis 2 y el Anexo 71 de las DCGIC, cuando las Instituciones opten por la conformación de una base de datos de huellas dactilares, el primer proceso “deberá consistir en capturar en primer lugar las diez huellas dactilares de los empleados, directivos y funcionarios de las Instituciones que estarán a cargo de capturar las huellas de los clientes y posteriormente las correspondientes a estos”.<sup>39</sup>

Por su parte, el Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprueba la implementación del servicio de verificación de los datos de la credencial para votar, que servirá para garantizar el derecho de protección de datos de los ciudadanos, contenidos en el padrón electoral y que tiene como objetivo “autenticar las huellas dactilares del ciudadano que se identifiquen con una Credencial para Votar, mediante la correlación gráfica de las marcas dactilares capturadas al momento de presentar dicho instrumento electoral, con aquellas que se encuentran almacenadas

---

<sup>37</sup> Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (en adelante, LFPDPPP), DOF, 05/07/2010. *Vid.* Artículo 6.

<sup>38</sup> Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, DOF, 21/12/2011.

<sup>39</sup> Resolución que modifica las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Instituciones de Crédito, *Op. Cit.*, nota 6. *Vid.* Artículo 51 Bis 2 y Anexo 71.

en la base de datos del Padrón Electoral”,<sup>40</sup> establece con relación al principio de proporcionalidad, que el *servicio de verificación* de los datos de la *credencial para votar* considera únicamente como datos necesarios para su ejecución: el nombre, apellido paterno, apellido materno y la clave de elector del ciudadano, y de ser necesario, las huellas dactilares del dedo índice de ambas manos. Como se puede advertir, para el INE, las huellas dactilares de los dos dedos índices, son suficientes para realizar el procedimiento de autenticación.

En esta línea de razonamiento, las disposiciones establecidas en las DCGIC que prevén la captura de las diez huellas dactilares, son violatorias del principio de proporcionalidad, ya que el procedimiento de verificación ante el INE, solo se realizará a través de las huellas digitales de los dedos índices, siendo innecesaria la captura indiscriminada de las crestas papilares de los diez dedos de la mano.

Nótese entonces que del mismo modo, la plataforma única de datos biométricos que prevé implementar el gobierno mexicano, se traduce en un excesivo uso de técnicas de identificación, considerando que puede realizarse un procedimiento de autenticación sin la necesidad de memorizar los datos biométricos en una base centralizada. En su caso, resulta preferible, a efecto de reducir los riesgos, almacenar la biometría en un objeto disponible exclusivamente para el usuario (como una tarjeta con microchip, un teléfono móvil o una tarjeta bancaria). A manera de ejemplo, la autoridad alemana de protección de datos aprobó el uso de datos biométricos en los documentos de identidad con objeto de evitar su falsificación, siempre que los datos se almacenen en el microchip de la tarjeta y

---

<sup>40</sup> Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprueba la implementación del Servicio de Verificación de los datos de la Credencial para Votar, que servirá para garantizar el derecho de protección de datos de los ciudadanos, contenidos en el Padrón Electoral, DOF, 12/04/2016.

no en una base de datos para compararlos con las huellas digitales del propietario.<sup>41</sup>

Por lo anterior, se arguye que cualquier base centralizada de almacenamiento de datos biométricos, resulta desproporcional a la luz de los principios fundamentales de protección a la información personal.

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se traduce en que los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita y su obtención no deberá hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.<sup>42</sup>

De ello, se interpreta que para que las instituciones financieras realicen un tratamiento de datos biométricos en plena observancia al principio de legalidad, deberán precisar en sus respectivos avisos de privacidad, que dentro de los datos sensibles a tratar se encuentran datos de identificación biométrica, al tiempo de señalar, la finalidad de dicho tratamiento. En el caso particular de las huellas dactilares, se deberá establecer el número de huellas dactilares a recabar.

Así, del análisis realizado a diversos avisos de privacidad, se concluye que las instituciones financieras vulneran notoriamente el principio de legalidad al que se hace referencia en este epígrafe. Por ejemplo, el aviso de privacidad del Grupo Financiero Santander México<sup>43</sup> señala en su numeral 3, que recabará diversas categorías de datos personales, entre los cuales se encuentran datos biomé-

---

<sup>41</sup> San Epifanio, Leire Escajedo, *Reconocimiento e identificación de las personas mediante biometrías estáticas y dinámicas*, Alicante, Universidad de Alicante, 2015, p.208.

<sup>42</sup> LFPDPPP, *Op. Cit.*, nota 36. *Vid.* Artículo 7.

<sup>43</sup> Grupo Financiero Santander, Aviso de Privacidad. Disponible en: <<https://www.santander.com.mx/PDF/personas/AvisoPrivacidad.pdf>> (Fecha de consulta: 24/07/2018).

tricos, sin embargo, no se especifica los tipos a tratar, es decir, no detalla si se refiere a huellas dactilares, rostro, iris o voz.

Adicionalmente, los datos biométricos no se encuentran considerados dentro del inciso (X) en el que se señalan los datos sensibles a tratar; al no considerarse de esta naturaleza, la Institución Financiera conforme a lo estipulado en su Aviso, podrá transferir los datos biométricos a sociedades subsidiarias y podrán tratarlos para finalidades secundarias. Ello, al no privilegiar la expectativa razonable de privacidad y en el entendido que los datos personales proporcionados solo podrán ser tratados conforme a lo acordado entre las partes, viola el principio de legalidad.

Asimismo, la Institución Financiera es omisa en señalar que realizará transferencia de datos con el Instituto Nacional Electoral (INE) con la finalidad de validar la identidad en términos de lo establecido en las DCGIC. En esta tesitura, el Banco Santander, no solo viola el principio legalidad, sino también el de finalidad. Recordemos que conforme a lo establecido en el artículo 12 de la LFPDPPP “El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad”.<sup>44</sup> Principio sustentado en la concepción de que todo tratamiento de datos personales se caracteriza por la confianza que deposita cualquier persona en otra para el uso de sus datos personales.

Finalmente, el aviso de privacidad presenta una notable deficiencia cuando establecer que “los Datos Personales Sensibles recabados, se tratarán con la finalidad exclusiva de realizar y dar seguimiento al proceso de contratación de productos financieros catalogados como Seguros que se comercializan por la empresa Zurich Santander Seguros México, S.A.”.<sup>45</sup>

De esta manera, se advierte que en el aviso de privacidad no se informa la finalidad específica del tratamiento de datos biomé-

---

<sup>44</sup> LFPDPPP, Op. Cit., nota 36. Vid. Artículo 12.

<sup>45</sup> Grupo Financiero Santander, Aviso de Privacidad. *Op. Cit.*, nota 42.

tricos, siendo que éstos se recaban exclusivamente por el Banco para corroborar la identidad del cliente o usuario. En consecuencia nos enfrentamos a un inminente riesgo de reutilización de datos biométricos.

Por lo que respecta a los avisos de privacidad del Grupo Financiero BBVA Bancomer<sup>46</sup> y Banorte,<sup>47</sup> pese a que ambas Instituciones reconocen el tratamiento de datos biométricos en su calidad de datos sensibles, el primero no prevé específicamente el tratamiento de huellas dactilares, en tanto que el segundo no señala el número huellas dactilares a tratar.

Finalmente, ninguno de los avisos de privacidad analizados en los párrafos anteriores, cumplen con la recomendación del INAI relativa especificar que el tratamiento de datos biométricos se llevará a cabo en dos etapas. La primera, que consiste en la creación de bases de información en las que serán almacenadas los datos de información biométrica y la segunda, para la comparación de nuevas muestras biométricas con las almacenadas previamente.<sup>48</sup>

## VI. CONCLUSIONES

En aras de proteger tanto al sector financiero como a los clientes y usuarios de la banca del riesgo que ha representado en los últimos años el robo o suplantación de identidad, en México se ha avanzado hacia la implementación de políticas de autenticación y verificación de identidad a través del procesamiento técnico de datos biométricos. Con la importante precisión que la información biométrica

---

<sup>46</sup> Grupo Financiero BBVA Bancomer, Aviso de Privacidad. Disponible en: <<https://www.bancomer.com/personas/aviso-de-privacidad.html>> (Fecha de consulta: 18/07/2018).

<sup>47</sup> Grupo Financiero Banorte, Aviso de Privacidad. Disponible en: <<https://www.banorte.com/cms/peper/docs/AvisoPrivacidad.html>> (Fecha de consulta: 18/07/2018).

<sup>48</sup> INAI, *Op. Cit.*, nota 2, p. 26.

identifica inequívocamente a una persona, resulta necesario que el marco normativo mexicano prevea mecanismos jurídicos adecuados que garanticen un correcto tratamiento de datos biométricos recolectados.

Pese que en nuestro país existen dos legislaciones en materia de protección de datos personales – una aplicable al sector público y otra al sector privado – ninguna de éstas incluyen los datos biométricos; en su caso, conforme a la interpretación del INAI, éstos se consideran dentro de la categoría de datos sensibles. A juicio de la autora, resulta de suma importancia que los cuerpos normativos en materia de protección de datos personales amplíen el concepto de datos sensibles, a fin de reconocer expresamente a los datos biométricos. Con ello, se pretende evitar interpretación subjetiva o controversia respecto al tratamiento del dato biométrico en calidad de dato personal o dato personal sensible.

Por lo que refiere a la plataforma única de datos biométricos que pretenden utilizar las entidades crediticias a partir del año 2019, con base en lo expuesto, se puede afirmar que dicho mecanismo como herramienta de verificación resulta desproporcional e innecesario toda vez que supone utilización de excesivas técnicas de identificación; para realizar el procedimiento de autenticación, es suficiente almacenar los datos personales de manera descentralizada. Para ello, se dispone de la base de datos de huellas dactilares que se señala en el artículo 51 Bis 2 de las DCGIC.

Ante esto, se observa que la base de datos de huellas dactilares, aun cuando no almacena de manera centralizada la información, sí incrementa el riesgo del uso indebido de datos biométricos como medio para obtener información que no está relacionada con la finalidad para la cual fueron obtenidos. Dicho de otro modo, el acceso indiscriminado a bases que contengan huellas dactilares, favorecerá el intercambio de información que se encuentre registrada en diversas bases de datos personales, permitiendo por ejemplo, conocer el perfil psicológico y médico de un individuo, su origen

racial y en el caso más extremo, robar su identidad, causando un daño irreparable a los interesados.

Por consiguiente, si se va a utilizar dicha base, se percibe indispensable el establecimiento de estándares de regulación y de protección de datos biométricos. En primer lugar, deberá señalarse en la ley de la materia, así como en los respectivos avisos de privacidad, que los datos biométricos serán tratados estrictamente para el proceso de verificación que señalan las DCGIC; en consecuencia, no podrán utilizarse para realizar un procedimiento de identificación. En segunda instancia, se deberá prever que las Instituciones Financieras, solo podrán transferir datos biométricos con el Instituto Nacional Electoral, o en su caso, precisar las autoridades con las que se va a verificar la coincidencia. Por último, se deberá regular el tratamiento exclusivo de las huellas dactilares de los dedos índices, al tiempo de establecer que las mismas serán destruidas, en el momento en que el usuario deje de tener relación con la entidad financiera.

Concluyendo, como medida de seguridad técnica para una adecuada protección de datos, se sugiere codificar los controles de acceso e implementar claves para la reconstrucción de los datos originales a partir de la información almacenada. Si la descodificación se hiciera a partir de los datos biométricos del propio interesado, se evitaría la creación de bases de datos con información biométrica que pudiera reutilizarse para fines ajenos.

## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO SALOM, Javier, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, Aranzadi, 2000.

GUERRERO AGUIRRE, Francisco Javier y Amador Hernández, Juan Carlos, *La concertación política en contextos de democracias fragmentadas: el caso PACTO POR MÉXICO*, Ciudad de México, Colección Nuestro Tiempo, 2016.

SAN EPIFANIO, Leire Escajedo, *Reconocimiento e identificación de las personas mediante biometrías estáticas y dinámicas*, Alicante, Universidad de Alicante, 2015.

## 2. HEMEROGRAFÍA

NEIRA ORJUELA, Fernando, “Biometría y control migratorio en América Latina” en *Cuadernos de H Ideas*, Argentina, Vol. 9, Núm. 9, diciembre 2015, pp. 2-5.

## 3. MESOGRAFÍA

BEJARANO, Pablo, “La huella dactilar, la voz, el iris... también se suplantán” en *El Español*, 27 de octubre 2015. Disponible en: <[https://www.lespanol.com/ciencia/tecnologia/20151026/74492595\\_0.html](https://www.lespanol.com/ciencia/tecnologia/20151026/74492595_0.html)> (Fecha de consulta: 25/06/2018).

FRANCO, Luciano, “Hay un extendido mercado negro de datos personales: Francisco Javier Acuña” en *Crónica*, 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <<http://www.cronica.com.mx/notas/2017/1042949.html>> (Fecha de consulta: 20/06/2018).

Grupo Financiero Santander, Aviso de Privacidad. Disponible en: <<https://www.santander.com.mx/PDF/personas/AvisoPrivacidad.pdf>> (Fecha de consulta: 24/07/2018).

Grupo Financiero BBVA Bancomer, Aviso de Privacidad. Disponible en: <<https://www.bancomer.com/personas/aviso-de-privacidad.html>> (Fecha de consulta: 18/07/2018).

Grupo Financiero Banorte, Aviso de Privacidad. Disponible en: <<https://www.banorte.com/cms/peper/docs/AvisoPrivacidad.html>> (Fecha de consulta: 18/07/2018).

- Grupo “Protección de Datos” del Artículo 29, WP 248 rev.01: Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679, Bruselas, 2017. Disponible en: <<https://www.aepd.es/media/criterios/wp248rev01-es.pdf>> (Fecha de consulta: 18/09/2018).
- Guía para el tratamiento de Datos Biométricos, Ciudad de México, INAI, 2018. Disponible en: <[http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/GuiaDatosBiometricos\\_Web\\_Links.pdf](http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/GuiaDatosBiometricos_Web_Links.pdf)> (Fecha de consulta: 15/09/2018).
- SCHEININ, Martin, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, 2009. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-37.pdf>> (Fecha de consulta: 18/09/2018).
- JUÁREZ, Edgar, “CNBV arrancará supervisión en línea del sector financiero” en *El Economista*, 19 de junio de 2015. Disponible en: <<https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/CNBV-arrancara-supervision-en-linea-del-sector-financiero-20180619-0154.html>> (Fecha de consulta: 22/06/2018).
- MATASSI, Joshua, “Hackers roban 5.6 millones de huellas digitales al gobierno de Estados Unidos” en *FayerWayer*, 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <<https://www.fayerwayer.com/2015/09/hackers-roban-5-6-millones-de-huellas-digitales-al-gobierno-de-estados-unidos/>> (Fecha de consulta: 12/06/2018).
- OLLERO, Daniel, “Un hacker reproduce la huella de la ministra de defensa de Alemania” en *El Mundo*, 30 de diciembre de 2014. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/economia/2014/12/30/54a19eea268e3ec7718b4592.html>> (Fecha de consulta: 15/06/2018).
- Red de hackers afirma que clonó huella dactilar de ministra alemana, en *BBC News*, 29 de diciembre de 2014. Disponible en: <[https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/12/141229\\_ultnot\\_hackeo\\_huella\\_dactilar\\_ministra\\_alemana\\_men](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141229_ultnot_hackeo_huella_dactilar_ministra_alemana_men)> (Fecha de consulta: 25/06/2018).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>>, (Fecha de consulta: 28/06/2018).

Resolución que modifica las disposiciones de carácter general aplicables a las instituciones de crédito, DOF, 29/08/2017. Disponible en: <<https://www.cnbv.gob.mx/Resoluciones%20Modificatorias/100a.%20Resoluci%C3%B3n%20modificatoria%20CUB.pdf>> (Fecha de consulta: 22/05/2018).

Santander usa ‘firma de voz’ en banca telefónica, en *Excélsior*, 09 Diciembre 2013. Disponible en: <[http://diario.mx/Economia/2013-12-09\\_2d072bf9/santander-usa-firma-de-voz-en-banca-telefonica/](http://diario.mx/Economia/2013-12-09_2d072bf9/santander-usa-firma-de-voz-en-banca-telefonica/)> (Fecha de consulta: 29/07/2018).

#### 4) Legisgrafía

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, DOF, 05/07/2010. Disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>>.

Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, DOF, 21/12/2011. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LFPDPPP.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf)>.

Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprueba la implementación del Servicio de Verificación de los datos de la Credencial para Votar, que servirá para garantizar el derecho de protección de datos de los ciudadanos, contenidos en el Padrón Electoral, DOF, 12/04/2016. Disponible en: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5432730&fecha=12/04/2016](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5432730&fecha=12/04/2016)>.



## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INEJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO POR EL INDEBIDO FINANCIAMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO

### *HUMAN RIGHTS PROTECTION AND THE INEXECUTION OF AMPARO SENTENCES AS A RESULT OF UNDUE FINANCING OF PUBLIC POLICIES IN MEXICO*

ROBERTO MARTINEZ REGINO<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo reflexionar el grado de eficacia actual de la protección de los derechos fundamentales por el Estado a través del juicio de amparo, ante la negativa de los órganos públicos de satisfacer a través de bienes y servicios los derechos de las personas, por el indebido financiamiento del ente legislativo. Tema que permite debatir la actualización de instituciones jurídicas necesarias para lograr la concesión de amparo, la creación y modificación de políticas públicas, así como la debida distribución de la riqueza económica en el país para la efectividad de los derechos humanos conforme a estándares del bloque constitucional de derechos humanos.

**PALABRAS CLAVE:** *Protección de derechos humanos, inejecución de sentencias de amparo, falta de recursos económicos.*

**ABSTRACT:** The objective of the work is to reflect on the degree of current effectiveness of the protection of fundamental rights by the State through the amparo trial, given the refusal of public bodies to satisfy the rights of individuals through goods and services, for the undue financing of the legislative body. Theme that allows to discuss the updating of legal institutions necessary to achieve the grant of

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, actualmente Posdoctorante en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Correo electrónico: <regino\_ct3@hotmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-8359-1456>>.

Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2018; fecha de aprobación: 12 de marzo 2019.

protection, the creation and modification of public policies, as well as the proper distribution of economic wealth in the country for the effectiveness of human rights in accordance with standards of the constitutional bloc of human rights.

**KEYWORDS:** *Protection of human rights, non-enforcement of amparo judgments, lack of economic resources.*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. El principio de igualdad y el bloque de constitucionalidad de derechos humanos; III. El indebido financiamiento de políticas públicas violatorio de derechos humanos; IV. La tutela judicial, el juicio de amparo y la necesaria distribución de recursos económicos; V. Conclusiones; VI. Fuentes de Información.

---

## I. INTRODUCCIÓN

**E**n la actualidad el Estado debe cumplir con los objetivos que justifican su existencia; la protección de los derechos fundamentales y el orden social, mientras continúa su evolución ante la influencia de la actual globalización. Así el Derecho no escapa de esta última, generando efectos jurídicos atípicos y también áreas mundializadas “que trascienden las soberanías estatales para convertirse en preocupación, interés o responsabilidad mundial”<sup>1</sup> entre la cuales se encuentran los propios derechos humanos.

La existencia plural de normas jurídicas en la sociedad mundial; por un lado del derecho estatal de los países existentes y por otro el derivado del Derecho internacional y transnacional resultado de las constantes relaciones entre los Estados a través de *hard law* —tales como tratados internacionales— y *soft law* —entre ellos resoluciones, informes y recomendaciones de organizaciones internacionales

---

<sup>1</sup> Becerra Ramírez, Manuel et al., “La soberanía en la era de la globalización”, en Becerra Ramírez, Manuel, Müeller Uhlenbrock, Klaus Theodor, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM-IIJ-Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2010, p.66.

o conferencias internacionales—; muestra la preocupación en el planeta por el cumplimiento de los derechos de las personas.

Así el Estado mexicano, para el continuo desarrollo de sus funciones y para atender de mejor manera las problemáticas en el contexto global y nacional cuyo intersección lo son los derechos humanos, ha implementado una de las reformas constitucionales más importantes de su historia el 10 de junio del 2011 y al colocar como eje central del sistema jurídico mexicano a los derechos humanos ha roto la inercia en la forma de pensar la juridicidad de diversas instituciones.

Esto implica para nuestro país el deber de proteger, y satisfacer aquellos derechos fundamentales que le corresponden, a través de mecanismos para asegurar su efectividad, operatividad o exigibilidad tales como programas y acciones así como su financiamiento a través del Presupuesto Público conocido en México como Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), un “documento clave y un proceso esencial para manejar la riqueza financiera y de recursos de una sociedad”,<sup>2</sup> pues es el proceso “que se sigue para relacionar sistemáticamente la erogación de recursos con la consecución de objetivos previamente establecidos”.<sup>3</sup>

Sin embargo, acontece la violación de derechos fundamentales, toda vez que las personas cuya satisfacción de derechos dependen de los servicios en calidad y cobertura, que deben proporcionar los órganos del Estado no pueden ser brindados a falta de dinero o al no ejercicio de este último. La ineficiencia financiera legislativa antes referida se presenta al aprobar la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el PEF en forma anual y de manera discrecional, reduciendo o no asignando recursos económicos a los

---

<sup>2</sup> Blyberg Ann, “The case of the mislaid allocation: economic and social rights and Budget work”, *Sur:Magazine international journal on human rights*, Brasil, São Paulo, V. 6, N. 11, Dec., 2009, p.150.

<sup>3</sup> Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz, *Gasto y financiamiento del Estado*, México, UNAM-IIJ, 2013, p.1.

órganos del Estado. Ello aunado a que siendo asignado dinero a los órganos públicos, puede acontecer la existencia de subejercicios y no uso de los recursos económicos para los objetivos destinados.

Atendiendo a lo anterior, las personas acuden al poder judicial o guardián constitucional a exigir el cumplimiento de sus derechos a través del juicio de amparo, donde es necesario que el Juez impulse políticas públicas entre ellas la presupuestaria para el financiamiento de acciones basadas en criterios inherentes al principio de igualdad, estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos, para evitar en el futuro el incumplimiento de sentencias de amparo y anticipar futuras tutelas judiciales. De ahí, nuestro interés en la discusión sobre la idoneidad del juicio de amparo y la protección de derechos humanos en la problemática que se plantea.

## II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la actualidad la sociedad mexicana es heterogénea, con una población de 119,938,473 personas aproximadamente<sup>4</sup> 7.6 por ciento en pobreza extrema<sup>5</sup> y 35.9 en pobreza moderada, con diversas carencias sociales, cuya combinación con otros componentes de vulnerabilidad puede llegar a profundizar esta última, ello dificulta el acceso al goce y ejercicio de derechos fundamentales ante la realidad económica, social y cultural desventajosa, lo que hace imprescindible que el Estado satisfaga los derechos de las personas en forma igualitaria pero también a través de medidas de igualación.

---

<sup>4</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Población”, en: <<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/>>, consultado el día 16 de septiembre de 2018.

<sup>5</sup> Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Medición de la pobreza”, en: <[https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza\\_2016.aspx](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2016.aspx)>, consultado el día 16 de septiembre de 2018.

Lo anterior toma especial relevancia, toda vez que dentro de los derechos fundamentales que le corresponde al Estado proteger y financiar debe atenderse al cumplimiento de parámetros constitucionales tales como el principio de igualdad, características de derechos fundamentales, así como a estándares internacionales de derechos humanos, a través de políticas públicas, esto es, “objetivos públicos compartidos, con el alcance de programas de acción orientados a la consecución de fines sociales valiosos”,<sup>6</sup> y lograr “dar racionalidad al uso de recursos escasos en el cumplimiento de las actividades estatales en cada una de las partes que integran el ciclo de vida”.<sup>7</sup>

No obstante lo anterior, se advierte que los derechos de las personas son vulnerados por los entes al no poder satisfacerlos a través de servicios públicos, por acciones u omisiones a causa de la materialización de normas jurídicas imperfectas, políticas públicas deficientes o ausentes, incapacidad institucional para desplegar políticas, así como la indebida asignación de recursos económicos o ejercicio incorrecto de estos últimos; por factores como la discriminación, efecto regresivo, el no ejercicio del uso máximo de recursos económicos y ausencia de la ponderación de derechos para su satisfacción.

En tal sentido, el principio de igualdad se vuelve imprescindible para “el trato igual a las personas, o un trato diferenciado si existen diferencias relevantes, así como la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles”.<sup>8</sup> Así, reconocien-

---

<sup>6</sup> Álvarez Ledezma, Mario I, “Derechos Humanos y Políticas Públicas” en Rossi, Andrea, Zavala, Luis Eduardo (coords), *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México*, México, ITESM, 2010, p.121

<sup>7</sup> Vazquez, Daniel, De la Place Domitille, “Public Policies from a Human Rights Perspective: A Developing Field”, *Sur. Magazine international journal on human rights*, Brasil, v.8, n.14, jun. 2011, p.40.

<sup>8</sup> Vázquez Rodolfo, *Derechos Humanos Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-IIJ-ITAM-CEAD, 2017, p.5.

do la igualdad y pese a las diversas diferencias y respuestas a estas últimas, siempre el marco de referencia será que los seres humanos somos moralmente iguales.

No obstante lo anterior, y pese a la inserción en diversos ordenamientos normativos desde la Constitución e infra constitucionales del principio de igualdad así como de la cláusula de prohibición de discriminación negativa<sup>9</sup> entendida como “una relación social en la que un grupo con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económico, político, cultural) minusvalora o repele a otro grupo, colocándolo en una situación de desigualdad u opresión”,<sup>10</sup> —donde se toma como base alguno de los rasgos del grupo excluido para crear estereotipos de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad— su cumplimiento en la práctica presenta una gran asimetría, distanciando la protección<sup>11</sup> de la dignidad de las personas así como la construcción de una sociedad verdaderamente democrática.

Lo anterior es así, a falta de atención<sup>12</sup> de dos de sus rasgos principales: la subordinación grupal y el carácter estructural, pues la existente construcción de una relación de subordinación intergrupal vinculada a algún rasgo característico que la singulariza a este último, se reproduce sistémica y sistemáticamente, de ahí la

<sup>9</sup> Artículos 1 y 4 primer párrafo, 12, 13, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”.

<sup>10</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo, Salazar Ugarte, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, CONAPRED, 2011, p.43.

<sup>11</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 45.

<sup>12</sup> *Cfr.* Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico” en Anglés Hernández, Marisol, Burgos Matamoros Mylai, Capdevielle Pauline, *Sin Derechos, exclusión y discriminación en el México actual*, Colección Líneas de investigación institucionales, México, UNAM, 2014, pp.11-12.

necesidad de dirigir el enfoque dominante al de “una desigualdad de poder entre los grupos y no solo como una diferencia de trato entre las personas”<sup>13</sup> a través de acciones positivas para lograr “la redistribución de bienes y posiciones sociales con un correspondiente sacrificio de los intereses de los grupos que se encuentran en situación de poder”.<sup>14</sup>

Pues pese a la existencia de diversas medidas de igualdad formal —conforme a los cuales no puede hacerse distinción en perjuicio de persona alguna al estar prohibido por una ley general, abstracta e impersonal— y su transición a la igualdad material —donde deben reconocerse diferencias de quienes integran la sociedad sin que ello implique desventajas— su naturaleza nos permite apreciar la necesaria complementación de ambas así como la implementación de un criterio de razonabilidad como una herramienta para el control de disposiciones normativas y de políticas públicas.

Ello es así, pues el carácter sistémico de la discriminación directa, esto es, “el tratamiento diferenciado basado en alguno de los rasgos prohibidos que vulnere derechos fundamentales”<sup>15</sup> o indirecta, el cual “se produce cuando el derecho da un tratamiento formalmente neutro entre grupos o personas que en los hechos son diferentes, por lo que el grupo en posición de mayor debilidad se ve afectado”,<sup>16</sup> traen consigo graves afectaciones a las estructuras sociales, económicas y políticas, impidiéndoles a las personas el cumplimiento de derechos fundamentales.

En este contexto, dentro de las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales, el último de ellos llama nuestra atención al consistir en “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y,

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.13.

<sup>15</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo, Salazar Ugarte, Pedro, *op.cit.*, p.50.

<sup>16</sup> *Idem*, p.50.

en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>17</sup>

Lo anterior es una situación que si bien se ha innovado en forma importante con la actualización al marco normativo mexicano, no es suficiente, al necesitarse también acciones a través de políticas públicas debidamente financiadas, que materialicen el contenido de los mandatos constitucionales y convencionales, protegiendo así los derechos humanos, tal como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>18</sup>

Como puede apreciarse, la concepción de la igualdad debe reconocer las diferencias de la sociedad mexicana, y con ello identificar que no basta con insertar derechos humanos en las normas jurídicas de orden constitucional, infra constitucional o de fuente internacional, sino que deben diseñarse políticas públicas con la suficiente asignación de recursos económicos a fin de que estas brinden respuestas a las necesidades de las personas y satisfagan los derechos humanos correspondientes.

En este contexto, frente a la existencia del valor de la igualdad en el sistema normativo mexicano, se aprecia también el bloque de constitucionalidad de derechos humanos, el cual es denominado como “la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, como consecuencia, compartir el

---

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1998), párr. 166.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párr. 167.

mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preeminencia formal sobre los otros”,<sup>19</sup> es decir, una técnica a través de la cual se interpreta, aplica o desaplica las normas y principios no contenidos en la constitución, pero insertos a través del reenvío de esta última a otros cuerpos normativos, tales como de fuente internacional.

En mérito de lo anterior, al insertarse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) las características de los derechos fundamentales;<sup>20</sup> universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como diversos parámetros o estándares internacionales tales como:<sup>21</sup> uso máximo de recursos, progresividad, medidas adecuadas, recursos efectivos, tomar en cuenta el desarrollo del país, la no discriminación, niveles mínimos de satisfacción de los derechos y protección de miembros vulnerables de la sociedad en tiempos graves de recursos, derivado del

---

<sup>19</sup> Astudillo, Cesar, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, González Pérez, Luis Raúl, Valadés Diego (Coordinadores), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, México, UNAM-IJ, 2015, Tomo IV, Volumen 1, p.121.

<sup>20</sup> Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>21</sup> Atendiendo a ordenamientos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” aprobada por el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Numero 9 “La aplicación interna del Pacto” aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, documento de avance sobre las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, Declaración E/C. 12/2007/1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 21 de septiembre de 2007, entre otros.

*hard law* firmados y ratificados por México, su cumplimiento debe materializarse a través de acciones del propio Estado.

Como puede apreciarse, el actual bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos permite apreciar que estos últimos deban ser satisfechos por el Estado a través de políticas, debida asignación y ejercicio de recursos económicos que desplieguen bienes y servicios, impregnadas de igualdad objetiva y razonable así como de aquellos estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos.

### III. EL INDEBIDO FINANCIAMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VIOLATORIO DE DERECHOS HUMANOS

La realidad permite apreciar que los derechos fundamentales pueden ser violados o afectados por políticas públicas —aun cuando estas últimas “tienen como principal objetivo dar racionalidad al uso de recursos escasos en el cumplimiento de las actividades estatales en cada una de las partes que integran el ciclo de vida”<sup>22</sup>— como es por el Presupuesto Público —que en países como México solo se refiere al gasto público— debido a la raíz de “una distribución desigual de la riqueza y recursos de la sociedad”.<sup>23</sup>

Atendiendo a lo anterior, el gasto social en México es bajo a pesar de los continuos aumentos en las décadas pasadas, hoy “representa solo un tercio del promedio de la OCDE. De hecho, el gasto social de México es menor que el de Chile, Colombia, Brasil o Costa Rica”,<sup>24</sup> ello aunado<sup>25</sup> a problemas estructurales tales como la ineficacia del PEF y la corrupción que impiden el incremento del gasto e inversión social.

<sup>22</sup> Vazquez, Daniel, De la Place Domitille, op.cit., p.40.

<sup>23</sup> Blyberg Ann, op.cit., p.150.

<sup>24</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Getting it Right Prioridades Estratégicas para México*, Francia, Éditions OCDE, 2018, p.79.

<sup>25</sup> Cfr. *Ibidem*, p.80.

Por consiguiente, no basta con insertar derechos humanos en ordenamientos jurídicos, pues no trae por sí mismo su cumplimiento, sino que se requiere de políticas entre ellas el PEF, con la cual se asignen debidamente recursos económicos a los órganos del Estado atendiendo a los parámetros constitucionales e internacionales de derechos humanos para que se brinden servicios con los cuales se satisfagan derechos a favor de las personas.

Asimismo, acontece que las personas al tratar de satisfacer ciertas necesidades a través de servicios públicos, acuden a las instituciones de diversas esferas de competencias y al recibir la negativa a aquellos en calidad o cobertura, ante la falta de dinero para financiar insumos o personal, se violan derechos fundamentales tales como acceso a la salud, a la educación, a la seguridad pública, por mencionar algunos.

En este contexto, a pesar de la existencia de dichos mandatos normativos, en la realidad acontece violación a derechos humanos, debido a que las políticas públicas con las cuales deben satisfacerse aquellos, no son desplegadas por los órganos públicos ante: a) la no asignación de recursos económicos o la reducción injustificada de la partida presupuestal por el ente legislativo de manera anual, y b) habiéndosele asignado, deciden no ejercer dichos montos al fin determinado. Así, ante las causas referidas de las que deriva el inadecuado reparto de la riqueza del país, estas se presentan en las siguientes modalidades:

## 1. POR ACCIÓN U OMISIÓN EN LA APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO PÚBLICO

### A) POR ACCIÓN LEGISLATIVA

Se presenta al aprobar el presupuesto el ente legislativo —en México solo por la Cámara de Diputados— en forma anual —salvo ciertas excepciones— a través de la pluralidad de diputados al decidir

con toda intención por medio de actuaciones; no asignar o reducir partidas presupuestarias hacia rubros destinados a los órganos del Estado que prestan bienes y servicios a la población mexicana.

## B) POR OMISIÓN LEGISLATIVA

Si bien es cierto puede acontecer la inconstitucionalidad por omisión en sentido extenso, donde la omisión normativa se puede presentar por "la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no solo el legislador sino incluso otros órganos del Estado"<sup>26</sup>, en forma concreta y por lo que el tema se refiere puede suceder que al aprobar la Cámara de Diputados el gasto público, sean omisos en forma total o parcial en la asignación de recursos económicos, contrariando a la CPEUM al no poder satisfacer el Estado la protección de derechos fundamentales y diversas funciones públicas con dicha política ante una distribución inequitativa del dinero a los entes del Estado, aconteciendo la *inconstitucionalidad de la omisión legislativa*, el incumplimiento del legislador de crear una norma jurídica concreta, por mandato constitucional en un tiempo determinado, en otras palabras, "...la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación".<sup>27</sup>

En tal sentido, si se atiende a este fenómeno bajo la forma absoluta —al no crear totalmente las disposiciones indicadas— y relativa —creándolas se hace en forma parcial—, así como a las competencias del ente legislativo: obligatorias —“donde el órgano legislativo no tiene posibilidad de decidir si crea o no una norma

---

<sup>26</sup> Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, 2009, p.33.

<sup>27</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, "Inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel, (Coordinador), *En busca de las normas ausentes*, México, UNAM-IJ, 2007, p.13.

general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley”<sup>28</sup>— y *potestativas* —”... el órgano legislativo decide, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará”<sup>29</sup>—, surge una interesante tipología definida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):<sup>30</sup>

- a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho;
- b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente;
- c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga;
- y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Variantes a las cuales la inconstitucionalidad por omisión legislativa puede presentarse cuyos efectos trascienden y afectan los derechos de las personas.

## 2. SUBEJERCICIOS EN LA EJECUCIÓN DEL GASTO PÚBLICO

### A) POR ACCIÓN ADMINISTRATIVA

No puede descartarse de igual forma, que una vez proporcionados recursos económicos por el ente legislativo a los demás órganos existentes en el país, estos últimos por actos determinen no ejercer

---

<sup>28</sup> Báez Silva, Carlos, *op.cit.*, p.83.

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Cfr.* Tesis: P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1527.

correctamente el dinero, aconteciendo subejercicios o el incumplimiento de objetivos y metas del gasto público, es decir, “las disponibilidades presupuestarias que resultan, con base en el calendario de presupuesto, sin cumplir las metas contenidas en los programas o sin contar con el compromiso formal de su ejecución”<sup>31</sup> por una indebida estrategia financiera o por desvíos de dinero, imposibilitando la aplicación de tales recursos económicos a los bienes y servicios con los que deben satisfacerse derechos fundamentales, por los entes públicos en forma directa o indirecta.

#### B) POR OMISIÓN ADMINISTRATIVA

Asimismo, es susceptible de acontecer la no realización de actos para destinar los recursos económicos al fin específico de la partida presupuestal, transcurriendo el tiempo para que dicho dinero pueda redirigirse a otro rubro o simplemente no ejercerse, lo cual puede ser efecto de la ignorancia o negligencia de las personas responsables de la administración de tal recurso.

De tal manera, atendiendo la actividad formal del titular de la administración pública federal, así como a las funciones materialmente administrativas de los demás poderes y órganos constitucionalmente autónomos, es susceptible de acontecer la inconstitucionalidad por omisión administrativa, conforme al cual pese a que existen deberes directos por mandato constitucional no son cumplidas tales obligaciones trascendiendo en la prestación de servicios públicos y el detrimento de derechos humanos.

Como puede apreciarse, es notorio el uso de la facultad discrecional para distribuir los recursos económicos a los órganos del Estado, contrastando con los compromisos constitucionales y del Derecho Internacional de Derechos Humanos, cuyo resultado se presenta en

---

<sup>31</sup> Artículo 2, fracción LII de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

la indebida asignación presupuestaria, no racionalización del dinero y el no uso del dinero para el fin señalado.

#### **IV. LA TUTELA JUDICIAL, EL JUICIO DE AMPARO Y LA NECESARIA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS**

Como se ha referido con antelación, al incumplir mediante acción u omisión el Estado a través de sus diversos entes, la satisfacción de derechos fundamentales insertos en el actual bloque de constitucionalidad a través de bienes y servicios, permite al justiciable acudir al guardián constitucional para exigir su cumplimiento a través de las decisiones de los jueces.

En la relación indisoluble entre el presupuesto y los derechos humanos, la expansión de estos últimos trae consigo efectos en el derecho presupuestario, pues uno de los objetivos de este último es hacer que los derechos fundamentales sean efectivos. Los principios del bloque antes referido, limitan la discrecionalidad del legislador en materia presupuestaria y posibilita el control judicial de las políticas públicas, como resultado de la ineficacia en las decisiones que por tradición han correspondido a otros entes públicos.

Frente a la positivización de derechos fundamentales debe existir asignación económica a las políticas públicas que habrá de efectivizar a los primeros, por ello capta nuestra atención el PEF porque a través de ella el Estado financia bienes y servicios para las personas, sin embargo, debido a los principales rezagos en la actualización de la institución presupuestaria —la separación entre la parte de ingresos y la de gastos, el hermetismo procedimental que impide la participación ciudadana en su diseño y aprobación, la negativa de ser considerada como ley— se impide el objetivo antes referido.

Ante la violación de los derechos fundamentales por esta problemática y a la existencia de instituciones y procedimientos jurisdiccionales así como no jurisdiccionales para la defensa de la CPEUM, se atiende a los primeros como “mecanismos e instrumentos que es-

tán enfocados hacia el control de la constitucionalidad y la defensa de la Constitución”,<sup>32</sup> así pese a la existencia del control de convencionalidad interna —donde los jueces locales y algunos federales que no conocen por vía directa de control constitucional, pueden inaplicar la norma si es contraria a la Constitución o a tratados internacionales en materia de derechos humanos— el enfoque se centra en el control de constitucionalidad,<sup>33</sup> y ante los diversos medios imperantes en el país,<sup>34</sup> se hace referencia al juicio de amparo, medio de control constitucional correctivo por excelencia para proteger los derechos fundamentales de los justiciables y conforme al cual es posible declarar inconstitucional un acto, omisión o norma por ser contrario a la CPEUM.

Así el juicio de amparo, al ser un medio con el cual se pretende garantizar el principio de tutela judicial efectiva reconocido en diversas disposiciones<sup>35</sup> y por medio de sus diversas modalidades: “a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos pro-

<sup>32</sup> Uribe Arzate, Enrique, “Mecanismos e instrumentos para la justicia constitucional”, en Corzo Sosa, Edgar, *I Congreso internacional sobre justicia constitucional*, México, UNAM, 2009, p.474.

<sup>33</sup> Al respecto puede consultarse la Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p.420, asimismo, Tesis: P. LXVII/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p.535.

<sup>34</sup> 1.- El juicio de amparo, 2.- La declaratoria, por parte del Senado, de que ha llegado el caso de nombrar un gobernador provisional, 3.- La competencia del Senado para resolver, en los términos de la fracción VI del artículo 76 constitucional, las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa, 4.- La facultad de investigación ahora asignada a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 5.- El juicio de responsabilidad política, 6.- La controversia constitucional, 7.- La acción de inconstitucionalidad, 8.- Y el Ombudsman mexicano. Carpizo, Jorge, Carbonell, Miguel, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2010, p.13.

<sup>35</sup> Artículo 17 de la CPEUM, ordinal 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 párrafo tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los párrafos A1-A3, B4 y C9 de la Observación General

cesales que pudieran impedirlo. b) La obtención de una sentencia de fondo, motivada y fundamentada, en un tiempo razonable. c) La ejecutoriedad o cumplimiento del fallo”,<sup>36</sup> se podrá identificar que si bien esta garantía cumple con la primera de las etapas referidas, presenta problemas en las últimas dos respecto al tema que se trata como a continuación se advierte.

El adecuado planteamiento que pueden formular los justiciables en presentar la demanda de amparo, a través del litigio estratégico, “recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos”<sup>37</sup> con el fin de hacer exigibles sus derechos fundamentales, determina en parte el resultado de la sentencia y la ejecución de esta última. De tal manera, el inicio del proceso de amparo atiende a dos diferentes formas:

## 1. DE MANERA DIRECTA RESPECTO AL PEF

La cual consiste en impugnar en forma frontal el gasto público, con el fin de lograr la redistribución en forma equitativa de la riqueza del país a los entes públicos; entre ellos a la autoridad que no cuenta con recursos asignados, ante la indebida aprobación mediante el uso de la facultad discrecional por el ente legislativo, sin sujetarse a los parámetros de derechos humanos del bloque de constitucional-

---

Nº 9 “La aplicación interna del Pacto” aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>36</sup> Pardo Rebolledo, Jorge Mario, “El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Cervantes Alcayde, Magdalena, et. al., (coordinadores), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM-IIJ, 2014, p.132.

<sup>37</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)- XXI Siglo veintiuno Editores, 2008, p.19.

dad. De tal manera, dicha discusión en sede judicial puede atender a dos modalidades:

#### A) POR ACCIÓN LEGISLATIVA

Ante el rezago jurídico de la institución presupuestaria en diferentes temas, hoy su naturaleza jurídica, toma vital trascendencia, debido que la propia SCJN ha indicado que el PEF es un acto materialmente administrativo y no un acto jurídico formal,<sup>38</sup> esto es, el gasto público es un acto de aplicación de la ley de presupuesto sin que otorgue competencias ni mucho menos derechos y obligaciones.<sup>39</sup>

La realidad, en cambio permite entender que el gasto público es una norma jurídica; general, abstracta e impersonal debido a que es el resultado del proceso legislativo para controlar la gestión y aplicación de los recursos públicos y en consecuencia debe reconocérsele tal naturaleza. Esta situación, parece no encontrar problema alguno ante la modificación del PEF por gastos no previstos cuya autorización corresponde al H. Congreso de la Unión.<sup>40</sup>

Ello resulta de vital importancia, pues mientras no sea considerada como ley o norma general, existe imposibilidad de ser impugnada no solo por los mismos órganos del Estado o por personas, por ser violatoria de derechos, al reducir o no asignar, vía acción u omisión legislativa recursos económicos a las entidades públicas a fin de que brinden bienes y servicios a la sociedad y con ello efectivizar sus derechos.

---

<sup>38</sup> Al respecto es sostenido tal postura en la Tesis: P. XIV/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, p.1533.

<sup>39</sup> Al respecto puede consultarse la Tesis: P./J. 24/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p.251.

<sup>40</sup> *Cfr.* Artículo 126 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así aun cuando pudiera ser impugnado como un acto el PEF, pese a las últimas actualizaciones al juicio de amparo y ante la jurisprudencia de la SCJN, los efectos relativos de la sentencia de amparo impediría el alcance de la modificación del gasto público como lo indica el artículo 73 de la Ley de Amparo.

No obstante lo anterior, si bien en forma inicial el interés jurídico justificó la relatividad de la sentencia en el juicio de amparo, el tiempo actual y las necesidades sociales, permiten entender que del propio interés jurídico e interés legítimo —partiendo de cierta casuística y a ciertos derechos— pueden expandirse los beneficios que traen consigo los efectos de la sentencia hacia personas que no fueron parte en el proceso bajo la actual fórmula Otero, empero, hoy es una necesidad la implementación de efectos generales a la sentencia de amparo ante problemáticas como la que se atiende, puesto que el impulso de políticas públicas requieren no solo la gestión de recursos económicos por parte de autoridades responsables sino la debida asignación presupuestaria por el ente legislativo.

## B) POR OMISIÓN LEGISLATIVA

La utilización de esta garantía ante el problema planteado, se encuentra limitada por los efectos relativos de la sentencia concesoria de amparo que pudiera resultar. Ello se aprecia de la interpretación que ha hecho al respecto la SCJN en forma constante y uniforme<sup>41</sup> así como al imperar la actual jurisprudencia sobre la omisión le-

---

<sup>41</sup> Tesis: P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 180, P. LXXX/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 40, P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p.43, Tesis: 2a. XII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 475, respecto a pleno y salas. En relación a Tribunales Colegiados de Circuito con la tesis: Tesis: IV.2o.A.56 A, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XIX, Enero de 2004, p. 1549, y la Tesis: II.2o.P.74 P, Se-

gislativa genérica que indica: “tal violación constituye una omisión legislativa que no puede repararse a través del amparo, puesto que a virtud de sus efectos no puede obligarse al legislador ordinario a colmar la falta de previsión en esta materia, dado que el efecto relativo de las sentencias de amparo lo impide”,<sup>42</sup> misma que resulta similar en materia presupuestaria al indicar la Corte que:<sup>43</sup> el juicio de amparo es improcedente contra omisiones legislativas a fin de que se destine a través del PEF una partida para el Fideicomiso que administrará el Fondo de Apoyo Social para Ex trabajadores Migratorios Mexicanos, toda vez que ello implicaría una redistribución de recursos mediante un acto legislativo de carácter general, abstracto y permanente, lo que es imposible con el amparo.

Como puede apreciarse a través de la impugnación directa del PEF vía amparo, no es posible la emisión de sentencia favorable en la protección de derechos humanos por el efecto relativo de dicha garantía. Debido a ello, y ante la problemática referida los justiciables se encuentran intentando una segunda alternativa que a continuación se trata.

## 2. EN FORMA INDIRECTA

Impugnando la afectación de los derechos fundamentales por el acto u omisión de la autoridad que genera la negativa de proporcionar el servicio o brindándolo lo hace en forma deficiente, sin la cobertura esperada al carecer de recursos económicos o al no desear ejercerlos para el fin destinado.

---

manario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVIII, Julio de 2003, p. 1024.

<sup>42</sup> Tesis: P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p.43.

<sup>43</sup> *Cfr.* Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p.2620.

Esta exigibilidad de derechos humanos en sede judicial, en el que se ha buscado por parte del justiciable la emisión de sentencia concesoria de amparo debiendo las autoridades responsables proteger los derechos controvertidos, pese a que no ha traído consigo el mandamiento de que el ente legislativo pueda redistribuir el gasto público atendiendo a los efectos relativos del juicio de amparo, ha gestado el inicio de precedentes por la SCJN en materia presupuestal que pretenden actualizar su juridicidad y mejor distribución de la riqueza para que en su relación con los derechos humanos estos sean efectivos:<sup>44</sup>

- a) La modificabilidad presupuestaria, la cual permite comprender que el PEF puede ajustarse no solo ante una realidad donde acontece bonanza en la riqueza que percibe el Estado o en su caso crisis económica sino inclusive por orden judicial ante una violación de derechos al aprobar el PEF y no asignar o reducir en forma injustificada recursos económicos para bienes y servicios que ya proporciona o debería proporcionar el Estado.<sup>45</sup>
- b) El deber de los órganos del Estado de adoptar todo tipo de mecanismos para eficientar los recursos de la partida presupuestal previamente autorizada con independencia de la solicitud formulada para que el ente legislativo amplíe

---

<sup>44</sup> Al respecto puede consultarse las Tesis: P. XX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, Abril de 2002, p.12, Tesis: P./J. 5/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p.10, Tesis: II.1o.T.6 L (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p.1301, y respecto al último de los criterios las Tesis: I.3o.(I Región) 19 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p.1207, y la Tesis: I.3o.(I Región) 20 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p.1208.

<sup>45</sup> Tesis: P. XX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, Abril de 2002, p.12.

la partida presupuestal y pueda cumplimentar la sentencia de amparo.<sup>46</sup>

- c) La obligación de las autoridades responsables de elaborar el PEF y la del juez natural de coadyuvar para que le sea asignado al Tribunal respectivo una partida presupuestal razonable que le garantice al quejoso la atención y administración de justicia pronta y expedita.<sup>47</sup>
- d) El interés de impulsar el cambio de criterio sostenido por la SCJN respecto a la naturaleza del PEF, por tribunales que comienzan a advertir lo que ya es evidente, que el PEF es una norma jurídica en sentido formal como material, debido a que la parte respectiva de ingresos y la de gastos forman parte de un acto legislativo que no es más que una ley, así el PEF es una norma jurídica en sentido formal al ser aprobado por la Cámara de Diputados conforme al artículo 74, fracción IV Constitucional, pero también materialmente al regular la forma de gastar el dinero del Estado, y en consecuencia crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de la administración como de particulares —acreedores y deudores— a quienes se encuentra dirigida.<sup>48</sup>

Como puede apreciarse, una vez incoada demanda de amparo en busca de la justicia de la unión, en el supuesto de concederse esta última, se vuelve necesaria la postura que asumirá el guardián cons-

---

<sup>46</sup> Tesis: P./J. 5/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 10.

<sup>47</sup> Tesis: II.1o.T.6 L (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p. 1301.

<sup>48</sup> Al respecto puede consultarse: Tesis: I.3o.(I Región) 19 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p.1207. Asimismo, la Tesis: I.3o. (I Región) 20 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p. 1208.

titucional respecto a la judicialización de la política y la manera en la que a través de sus sentencias impulsaran las políticas públicas y su financiamiento. En un escenario donde las sentencias de amparo que se emiten se caracterizan por ser declarativas directas, mediante las cuales los jueces en forma monológica ordenan a las autoridades responsables que es lo que deben hacer, dar o no hacer a través de políticas y las actividades a implementar en la ejecución de la sentencia respecto a la protección a los derechos protegidos, empero, el derecho comparado nos ofrece un acervo jurídico al tema:

1. Dentro de las propias decisiones unilaterales de los juzgadores posibles de adoptar, se encuentran las sentencias atípicas de tipo intermedio *aditivas* esto es, “sin afectar por lo regular al texto de la disposición impugnada entienden que a la disposición impugnada le falta algo para ser completamente conforme con la Constitución, produciendo un efecto de ampliación o extensión en el contenido normativo de la misma, permitiendo de este modo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición”<sup>49</sup> —utilizadas en la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional de España, Portugal, Austria y Colombia— y *sustitutivas* “que declaran la inconstitucionalidad de una parte textual del precepto impugnado (este es el supuesto más común), al tiempo que disponen que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el propio Tribunal Constitucional”<sup>50</sup> usadas en la Corte Constitucional Italiana y por el Tribunal Constitucional de España, los cuales pueden ser útiles al agregar o sustituir contenido de igualación o estándares del bloque

---

<sup>49</sup> Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011, p.164.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.184.

de constitucionalidad en las propias normas jurídicas y políticas públicas a aplicarse.

2. Dentro de las soluciones bilaterales donde los jueces y el ente legislativo u otras entidades públicas colaboran para resolver el problema controvertido se encuentran<sup>51</sup> fallos de inconstitucionalidad sin nulidad, sentencias de apelación —con la que exhorta, apela o comunica “al órgano legislativo para que sustituya la normatividad declarada inconstitucional, conforme los principios y lineamientos establecidos en la propia sentencia, pudiendo señalar un plazo prudente para ello”<sup>52</sup>—, las que declaran que la ley aun no es inconstitucional pero puede serlo en el futuro, el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador, los cuales pueden ser aplicables para eficientar la funcionalidad de las normas jurídicas, la prestación de servicios y su financiamiento más equitativo.
3. Sentencias dialógicas entre el poder judicial y otros poderes o autoridades de distintas competencias, donde los jueces atienden casos individuales, colectivos y estructurales<sup>53</sup> basadas por la elección que tomen los jueces respecto

---

<sup>51</sup> Para mayor información puede consultarse la obra de Díaz Rivorio, Francisco Javier, *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2009, p.106.

<sup>52</sup> Fix-Zamudio, Héctor, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional-Adrus S.R.L., 2009, p. 69.

<sup>53</sup> “Procesos judiciales que se caracteriza por a) afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a varios organismos y departamentos del Estado, que se consideren responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) y llevar aparejadas medidas estructurales...” Rodríguez Garavito, Cesar, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Roberto Gargarella (Compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como*

a tres elementos importantes: “el contenido sustantivo, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento”,<sup>54</sup> de ahí que, “la determinación de las medidas a adoptarse será posterior a la sentencia y se irá definiendo en el marco de audiencias participativas donde participen las autoridades estatales implicadas y los beneficiarios y actores sociales”.<sup>55</sup>

Debido a lo anterior, los jueces al revisar el marco jurídico o una parte de ella respecto a las políticas públicas generan una interacción entre órganos públicos, lo cual permite su cooperación y flexibilidad en las decisiones de políticas con mayor información y argumentos posterior a la propia revisión judicial para construir soluciones estables y paliar puntos ciegos en el ámbito legislativo —a) debido a presiones en el proceso legislativo el dictado de leyes que admiten mecanismos no conforme a derecho, b) la falta de perspectiva del impacto de la leyes dictadas en los derechos de los ciudadanos, c) la ausencia de dimensión respecto hasta qué punto las demandas basadas en derechos particulares pueden llegar a acomodarse con un costo tolerablemente bajo en el marco del propio objetivo legislativo<sup>56</sup>— cargas de inercia —al dejar pasar ciertas demandas basadas en ciertos derechos por atender otras prioridades legislativas,

---

*promotor de la deliberación democrática*, Argentina, XXI Siglo veintiuno editores, 2014, p.213.

<sup>54</sup> Rodríguez Garavito, Cesar, op.cit., p.232.

<sup>55</sup> Eto Cruz, Gerardo, “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *Pensamiento Constitucional*, Perú, Año XV N° 15, 2011, p.123.

<sup>56</sup> *Cfr.* Dixon, Rosalind, “Para fomentar el dialogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en Gargarella, Roberto (Compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Argentina, XXI Siglo Veintiuno Editores, 2014, p.68.

debido a las coaliciones partidistas para alcanzar cierto resultado legislativo<sup>57</sup>— así como la ineficacia de las políticas por parte de las demás autoridades, tal como acontece en sentencias emitidas por el guardián constitucional en países como Argentina y Colombia en casos como son riachuelo<sup>58</sup> y desplazamiento forzado<sup>59</sup> respectivamente, por mencionar algunos.

Como puede advertirse conforme al Estado Constitucional Democrático existente, a través de las sentencias atípicas intermedias aditivas y sustitutivas es posible que el juzgador agregue o modifique criterios de igualdad de mejora en las normas jurídicas y políticas públicas, modulando los efectos de constitucionalidad y convencionalidad, interpretación y aplicación, con las alternativas bilaterales, y ante la actual protección de amparo en forma relativa, la emisión de sentencias dialógicas permitiría en su ejecución resolver el problema de financiamiento a las acciones que estarán obligados implementar las autoridades responsables. De tal manera que la impugnación indirecta del gasto público con motivo de derechos humanos logre la adecuada racionalidad de los recursos económicos del país en cada acción pública encaminada a los fines sociales apremiantes.

Así puede apreciarse, frente al innovador bloque de constitucionalidad se encuentra la institución presupuestaria la cual presenta necesidad de actualización de su juridicidad, para evitar problemas

---

<sup>57</sup> Cfr. *Ibidem*, pp.68-69.

<sup>58</sup> Sentencia Mendoza, Beatriz Silcia y otros c/Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo) emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 8 de julio de 2008, pp.1-29.

<sup>59</sup> Sentencia T-025/04, Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros, contra la Red de Solidaridad Social y otros, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia el 22 de enero de dos mil cuatro, pp.1-160.

de cumplimiento de la tercera etapa de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales a través del juicio de amparo. Ello es así, pues la realidad nos muestra que aun cuando se dicte sentencia concesoria de amparo, y el Juez ordene a las autoridades responsables realizar acciones para materializar políticas públicas y proteger los derechos humanos controvertidos, si estas actividades requieren recursos económicos que le son insuficientes total o parcialmente, pese a los nacientes criterios de la SCJN en materia presupuestaria, la ejecución de tal sentencia se prolongara en el tiempo.

En este contexto, entre las múltiples respuestas que las autoridades responsables pueden esgrimir para no cumplir con la sentencia de amparo —“la existencia de déficits públicos; el tratarse de autoridades elegidas por el voto popular; el estimar que el juicio es fraudulento; el incumplimiento de programas prioritarios de gobierno; la generación de graves daños al interés general; el tratarse de sentencias dictadas en juicios provocados por administraciones pasadas”<sup>60</sup>— llama nuestra atención la falta de partida presupuestal pues las autoridades se escudan tras el principio de legalidad presupuestaria; “no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por ley posterior”<sup>61</sup> así como a la inembargabilidad de los bienes de la administración pública.<sup>62</sup>

Es claro que la existencia de la ejecución de las sentencias de amparo y del principio de legalidad presupuestaria no se contraponen,

---

<sup>60</sup> Alvarado Esquivel Miguel de Jesús, “Un extraño ataque a las ejecutorias de amparo: la insuficiencia presupuestaria de las autoridades administrativas”, en Nava Escudero, Oscar, Ortega Maldonado, Juan Manuel (Coordinadores), *Derecho Presupuestario (Temas selectos)*, México, Porrúa, 2006, p.191.

<sup>61</sup> Artículo 126 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>62</sup> “Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes”, artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

pues ambas buscan el cumplimiento de la CPEUM, las primeras para dar contenido a los derechos humanos y el segundo financiando políticas para satisfacer los primeros, de ambos mandatos constitucionales se desprende obligaciones de pago a cargo de los entes públicos, tal como lo ha indicado la SCJN.<sup>63</sup>

Pese a lo anterior, los entes públicos esgrimen no poder cumplir sentencias de amparo ante el cumplimiento del principio de legalidad presupuestaria, si bien pueden eficientar el recurso que poseen en ocasiones al ser insuficiente, justifican esperar una ampliación presupuestaria acorde a los tiempos de quienes integran al ente legislativo. Esto nos permite apreciar la necesaria participación o involucramiento del ente legislativo en la ejecución de la sentencia de amparo tratándose de políticas públicas cuyo cumplimiento requieren de financiamiento no asignado a las autoridades responsables. Situación que implica un adecuado planteamiento estratégico en la demanda, presentarle alternativas al juez para que al emitir sentencia protectora, innove y permita tal circunstancia.

Si bien la ejecución de la sentencia de amparo, hoy permite la aplicación de medidas de apremio para su cumplimiento;<sup>64</sup> la imposición de multa, la destitución y la consignación de servidores públicos que representan a las autoridades responsables así como a la autoridad superior de aquellas que incumplen la sentencia ejecutoriada, aunado a la oportunidad de contar con prórroga de tiempo para el cumplimiento del amparo, estas resultan insuficientes, ante la necesidad de que los derechos protegidos lo sean a través de políticas con su respectivo financiamiento, pues aun cuando los entes públicos puedan eficientar

---

<sup>63</sup> Al respecto puede consultarse Tesis: P./J. 7/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p.6, y la Tesis: P. XX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Abril de 2002, Novena Época, p.12.

<sup>64</sup> Al respecto puede consultarse los artículos 192-198 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

el dinero asignado previamente y superar falsas concepciones del principio de legalidad presupuestario, la materialización de lo ordenado por usía se prolongaría en el tiempo conforme posibilite la ampliación presupuestaria o posteriores asignaciones anuales.

El derecho comparado permite apreciar que ante la situación actual normativa del juicio de amparo, es posible adoptar modalidades de sentencias atípicas de tipo unilateral, bilateral incluso dialógicas, para ello es necesario el adecuado planteamiento en su demanda para la protección de sus derechos afectados así también de la innovación por los jueces de sus sentencias para lograr mejor efectividad de sus resoluciones.

## V. CONCLUSIONES

Los derechos humanos son una prioridad en México, no solo por estar insertos en la máxima norma jurídica del país sino porque son una obligación que ha adquirido el propio Estado ante la comunidad internacional.

Ante una realidad desigualitaria en el país, con grandes y variados problemas nacionales se requieren acciones del Estado que permitan satisfacer las grandes carencias y necesidades de la sociedad, a través de servicios públicos, diseñando, aprobando y ejecutando políticas públicas con su debido financiamiento, para lograr su efectividad basada en perspectiva de derechos humanos conforme a estándares constitucionales e internacionales.

El descuido en la actualización de la institución presupuestaria, ha traído consigo que pese a la existencia del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos estos últimos no encuentren su satisfacción ante autoridades competentes, y recurran los justiciables a través del juicio de amparo a encontrar solución a la violación a sus derechos.

Así en la relación entre la garantía de amparo y el financiamiento de políticas públicas, permite el acceso de la judicialización de

la política, empero, la emisión de sentencia así como la ejecución de aquella al ordenar crear o mejorar políticas, los esfuerzos de la SCJN, se han limitado a la eficiencia del uso de recursos económicos dentro de la esfera primigenia de las autoridades responsables, no así a la causa y modalidades que motiva la inadecuada distribución de la riqueza a través de la aprobación del gasto público y la postergada discusión de la redistribución del PEF por indicación del guardián constitucional.

Lograr superar el rezago normativo al menos en la naturaleza del gasto público y los efectos relativos de la sentencia de amparo, permitiría la debida solución al problema y el anticipo de futuras tutelas judiciales, no obstante ello, en la actualidad el derecho comparado nos permite apreciar la existencia de alternativas susceptibles de adaptación para atender el presente conflicto.

Finalmente, la innovación en la solución de este tipo de controversias dependerá del planteamiento estratégico del justiciable, de las resoluciones progresistas de los jueces así como de la colaboración y cooperación de los demás entes públicos para brindar servicios que hagan efectivos los derechos de las personas.

## VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

### BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “Un extraño ataque a las ejecutorias de amparo: la insuficiencia presupuestaria de las autoridades administrativas”, en Nava Escudero, Oscar, Ortega Maldonado, Juan Manuel (Coordinadores), *Derecho Presupuestario (Temas selectos)*, México, Porrúa, 2006.

ÁLVAREZ LEDEZMA, Mario I, “Derechos Humanos y Políticas Públicas” en Rossi, Andrea, Zavala, Luis Eduardo (coords), *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México*, México, ITESM, 2010.

- ASTUDILLO, Cesar, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, González Pérez, Luis Raúl, Valadés Diego (Coordinadores), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2015, Tomo IV, Volumen 1.
- BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, 2009.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel et al., “La soberanía en la era de la globalización”, en Becerra Ramírez, Manuel, Müller Uhlenbrock, Klaus Theodor, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM-IIJ-Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2010.
- CARPIZO, Jorge, Carbonell, Miguel, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2010.
- Centro De Estudios Legales y Sociales (CELS), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)- XXI Siglo veintiuno Editores, 2008.
- CHAPOY BONIFAZ, Dolores Beatriz, *Gasto y financiamiento del Estado*, México, UNAM-IIJ, 2013.
- DÍAZ RIVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2009.
- DIXON, Rosalind, “Para fomentar el dialogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en Gargarella, Roberto (Compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Argentina, XXI Siglo Veintiuno Editores, 2014, p.68.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel, (Coordinador), *En busca de las normas ausentes*, México, UNAM-IIJ, 2007.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional-Adrus S.R.L., 2009.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, Salazar Ugarte, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, CONAPRED, 2011.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico” en Anglés Hernández, Marisol, Burgos Matamoros Mylai, Capdevielle Pauline, *Sin Derechos, exclusión y discriminación en el México actual*, Colección Líneas de investigación institucionales, México, UNAM, 2014.
- OCDE, *Getting it Right Prioridades Estratégicas para México*, Francia, Éditions OCDE, 2018.
- PARDO REBOLLEDO, Jorge Mario, “El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Cervantes Alcayde, Magdalena, et. al., (coordinadores) *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM-IIJ, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Roberto Gargarella (Compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Argentina, XXI Siglo veintiuno editores, 2014.
- URIBE ARZATE, Enrique, “Mecanismos e instrumentos para la justicia constitucional”, en Corzo Sosa, Edgar, *I Congreso internacional sobre justicia constitucional*, México, UNAM, 2009.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-IIJ-ITAM-CEAD, 2017.

#### REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Medición de la pobreza”, en: <[https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza\\_2016.aspx](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2016.aspx)>, consultado el día 16 de septiembre de 2018.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Población”, en: <<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/>>, consultado el día 16 de septiembre de 2018.

## REVISTAS

BLYBERG, Ann, “The case of the mislaid allocation: economic and social rights and Budget work”, *Sur.Magazine international journal on human rights*, Brasil, São Paulo, V. 6, N. 11, Dec., 2009, p.150.

VAZQUEZ, Daniel, De la Place Domitille, “Public Policies from a Human Rights Perspective: A Developing Field”, *Sur. Magazine international journal on human rights*, Brasil, São Paulo, v.8, n.14, jun. 2011, p.40.

ETO CRUZ, Gerardo, “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *Pensamiento Constitucional*, Perú, Año XV, N° 15, 2011, p.123.

## SENTENCIAS SUPRANACIONALES E INTERNACIONALES

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1998).

Sentencia Mendoza, Beatriz Silcia y otros c/Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo) emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, el 8 de julio de 2008, pp.1-29.

Sentencia T-025/04, Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros, contra la Red de Solidaridad Social y otros, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia el 22 de enero del 2004.

## TESIS Y JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Tesis: P./J. 24/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p.251.

- Tesis: P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 180.
- Tesis: P. LXXX/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 40.
- Tesis: II.2o.P.74 P, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVIII, Julio de 2003, p. 1024.
- Tesis: P. XX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, Abril de 2002, p.12.
- Tesis: IV.2o.A.56 A, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XIX, Enero de 2004, p. 1549.
- Tesis: P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p.1527.
- Tesis: P. XIV/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, p.1533.
- Tesis: P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p.43.
- Tesis: 2a. XII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 475.
- Tesis: P. LXVII/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p.535.
- Tesis: P./J. 5/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p.10.
- Tesis: P./J. 7/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p.6.
- Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p.420.
- Tesis: I.3°. (I Región) 19 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p.1207.
- Tesis: I.3o.(I Región) 20 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, p.1208.



- Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p.2620.
- Tesis: II.1o.T.6 L (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p.1301.
- Tesis: 1a. XLIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 644.



CONTRIBUCIONES DE LA PERSPECTIVA  
PRAGMADIALÉCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN EN  
LA ORIENTACIÓN DEL ACTUAR RAZONABLE DEL  
LEGISLADOR

*CONTRIBUTIONS OF THE PRAGMADIALECTICAL PERSPECTIVE ON  
ARGUMENTATION IN THE ORIENTATION OF THE REASONABLE  
BEHAVIOR OF LAW MAKERS*

YVONNE GEORGINA TOVAR SILVA<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** El presente artículo explora la manera en que la perspectiva pragmadialéctica de la argumentación, a través de su código de conducta para discutidores razonables, coadyuva a orientar el actuar razonable del legislador, al exhortarlo a considerar la relevancia la libertad discursiva, así como la debida argumentación en la labor legislativa.

Se estima que la razonabilidad del legislador es significativa para favorecer la confianza de la población en los integrantes del órgano legislativo, así como contar con leyes debidamente sustentadas por un aparato argumentativo, acorde a las exigencias del Estado de Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** *Pragmadialéctica, discusión crítica, razonabilidad, legislador, código de conducta para discutidores razonables.*

**ABSTRACT:** This paper aims to explore the way in which the pragmadialectic perspective of argumentation may guide the reasonable acting of law makers. It is noteworthy the code of conduct for reasonable discussants, which encourages law makers to consider the relevance of the discursive liberty, along with the due argumentation in the legislative labor.

---

<sup>1</sup> Doctora, Maestra y Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Magíster en Derecho Internacional: Comercio, Inversiones y Arbitraje, impartido por las Universidades de Chile y Heidelberg. Correo electrónico: <ygtosill@hotmail.com>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8897-6320>.

Fecha de Recepción: 9 de enero de 2019; Fecha de Aprobación: 8 de mayo de 2019.

It is estimated that the reasonableness of the law maker is significant in gaining the confidence of the population in the members of the legislative body, as well as having laws duly supported by an argumentative apparatus, in accordance with the requirements of the Rule of Law.

**KEY WORDS:** *Pragmadilectics, critical discussion, reasonableness, law maker, code of conduct for reasonable discussants*

**SUMARIO:** I. Panorama general; II. La legislación en el Estado de Derecho y la expectativa de razonabilidad del legislador; III. La discusión crítica en la perspectiva pragmadilectica de la argumentación; IV. El código de conducta para discutidores razonables como guía en el actuar del legislador en la discusión y aprobación de las leyes; V. Consideraciones finales; VI. Fuentes.

---

## I. PANORAMA GENERAL

**L**a sobrecarga legislativa, las presiones ejercidas por grupos sociales, políticos o económicos en el proceso legislativo, la percepción de que el órgano legislativo apruebe leyes sin mediar una discusión racional previa, el cuestionamiento en torno a la preparación de algunos miembros del órgano legislativo, entre otros factores enmarcados en la llamada crisis del Parlamento, apuntan a enfatizar la relevancia que adquiere la exigencia de estándares razonables en el actuar del legislador, susceptibles de traducirse en un adecuado respaldo argumentativo de la legislación discutida y aprobada que responda a las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho.

Si bien el orden jurídico regula las formalidades del proceso legislativo, así como los requisitos de profesionalización y de evaluación legislativa, la teoría del discurso es significativa para ofrecer líneas de reflexión adicionales en torno a la actividad argumentativa de los operadores jurídicos. En este marco, el código de conducta para discutidores razonables de la perspectiva pragmadilectica de la argumentación ofrece una herramienta tendiente a sensibilizar

que quienes participan en un discurso asuman la importancia de la libertad discursiva, así como el respaldo argumentativo de las posturas asumidas.

Para tales efectos, la primera parte del presente trabajo realiza una sucinta aproximación a la trascendencia de la ley en el Estado de Derecho y a la crisis del Parlamento, con la finalidad de apuntar a la importancia del actuar del legislador. En una segunda parte, se exploran las nociones de argumentación y el modelo de discusión crítica de la perspectiva pragmatialéctica de la argumentación. Finalmente, se expondrá la aplicación del código de conducta para discutidores razonables, como parte del modelo de discusión crítica, para enfatizar la relevancia de asegurar la libertad discursiva y el debido sustento argumentativo a las posturas sostenidas en el recinto parlamentario. Con esta exposición se pretende señalar la manera en que la teoría del discurso ofrece un marco teórico de reflexión para analizar la importancia de la razonabilidad de quienes intervienen en la toma de decisiones en el Estado de Derecho.

## II. LA LEGISLACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO Y LA EXPECTATIVA DE RAZONABILIDAD DEL LEGISLADOR

En términos generales, el Estado de Derecho presupone su actuación mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.<sup>2</sup> Bajo este modelo de Estado, se asume la supremacía de la Constitución, la cual además de establecer los límites sobre los cuales legislar,<sup>3</sup> guiar la interpretación legislativa y ser el fundamento de la legislación ordinaria,

---

<sup>2</sup> Cfr. Rafael De Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 122-123.

<sup>3</sup> Cfr. Giovanni Tarello, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 316.

se erige como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, en tanto que representa una norma directiva fundamental a seguir en la realización de los valores constitucionales, con lo cual la Constitución no sólo es una norma fundamental de garantía, sino que además es una norma directiva fundamental para los sujetos políticamente activos, ya sean públicos o privados.<sup>4</sup>

En este esquema, la ley adquiere un rol fundamental al delimitar la esfera de competencia del Poder Público, así como dar plenitud a los derechos fundamentales.<sup>5</sup> Bajo este supuesto, las leyes en sentido formal y material en un Estado de Derecho serán las encargadas de garantizar la libertad y seguridad jurídicas a todos aquellos que se encuentren sometidos al sistema jurídico y político,<sup>6</sup> lo que a su vez apunta a la exigencia de que la tarea legislativa se encuentre elaborada bajo los principios y valores que la norma fundamental reconoce,<sup>7</sup> así como a la pertinencia de que la ley se encuentre sustentada bajo una racionalidad comunicativa o lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética, en los términos expuestos por Atienza.<sup>8</sup>

Pese a la trascendencia de la ley en el Estado de Derecho, es posible advertir lo que se ha considerado como la crisis del Parlamento que involucra: que en la mayor parte de los Estados, dicha insti-

---

<sup>4</sup> Cfr. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, pp. 128-129.

<sup>5</sup> Cecilia Mora-Donato, *Constitución, Congreso, Legislación y Control. Coordinadas para legisladores en tiempos de reelección*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados. LXII Legislatura, 2015, p. 24.

<sup>6</sup> Cfr. Miguel Ángel Suárez Romero, “Estado constitucional y argumentación jurídica en sede legislativa”, en *Derechos y libertades*, núm. 28, época II, enero 2013, p. 152.

<sup>7</sup> Cfr. Miguel Ángel Suárez Romero, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La Argumentación Jurídica del Legislador*, México, Porrúa, 2015, p. 141.

<sup>8</sup> Para una exposición completa del tema, véase Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 26-40.

tución deja de ser un lugar de controversia racional, bajo el cual exista el convencimiento entre los parlamentaristas; el control del Parlamento por dirigentes de los partidos políticos, particularmente la del partido mayoritario; que el Parlamento en muchas ocasiones sólo ratifique las leyes propuestas por el Ejecutivo; la sobrecarga legislativa; la decisión del parlamentario predeterminada por un grupo político o que la discusión pública parlamentaria no sea fruto de una auténtica discusión sino, prácticamente siempre, de negociaciones previas que llevan a un pacto cuando no se ostenta por el grupo parlamentario la suficiente mayoría para aprobar la norma.<sup>9</sup> A lo anterior, se tendría que agregar la percepción en las deficiencias en la calidad de las leyes producidas, así como la desconfianza generalizada en las instituciones por parte de los ciudadanos,<sup>10</sup> lo que en conjunto conlleva a dudar del actuar del Poder Legislativo.

En el marco de esta llamada crisis del Parlamento se podría reflexionar en torno a tres aspectos, a saber: la necesidad de reforzar la calidad de las leyes, los intereses de terceras personas o grupos sobre el órgano legislativo y la necesidad de profesionalizar a los legisladores y asegurar que su actuar se enmarque dentro de los estándares de racionalidad y razonabilidad deseables en un Estado de Derecho. Para efectos del presente trabajo, únicamente esbozaremos algunas ideas en torno a los dos primeros aspectos, con la finalidad de centrarnos en la manera en que la pragmatialéctica puede orientar el actuar del legislador.

Por lo que concierne a la necesidad de reforzar la calidad de las leyes, junto con el análisis interno de los cinco niveles de racionalidad enunciados por Atienza, se podría valorar la necesidad de

---

<sup>9</sup> Cfr. Ángeles Galiana Saura, *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 78-91.

<sup>10</sup> En torno a la baja aprobación y problemática subyacente en el Poder Legislativo, véase Efrén Chávez Hernández, “Ética en el Poder Legislativo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año XXXIX, núm. 115, enero-abril 2006, pp. 101-109.

incorporar enfoques destinados a considerar el impacto legislativo,<sup>11</sup> el análisis del procedimiento formativo de la ley,<sup>12</sup> así como catálogos de preguntas para evitar la sobrerregulación y asegurar eficacia legislativa.<sup>13</sup> Un aspecto importante a destacar se vincula con la pertinencia de revalorar la argumentación jurídica en sede legislativa, que supone que previo al resultado legislativo debe existir un proceso argumentativo que justifique dichas normas.<sup>14</sup> En este tema, indica Suárez Romero que bajo el parámetro de racionalidad práctica, la producción normativa en sede legislativa se ha de desarrollar bajo los siguientes supuestos: un proceso dialógico en el que intervengan todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso con sus diversas ideologías; consensos basados con la opinión de esa mayoría representada; una creación normativa regida por reglas de procedimiento desde la presentación de la iniciativa, su discusión en comisiones y su aprobación en el pleno, y en la posibilidad de admitir la tesis de las múltiples posibilidades de regulación o generación de normas generales.<sup>15</sup> Adicionalmente, se tendrían que analizar los criterios de validez material de la norma jurídica, con la finalidad de determinar si los valores reconocidos en la norma jurídica son acordes al Estado de Derecho. Este tipo de análisis requeriría analizar el proceso legislativo y la legislación emitida con la finalidad de determinar la racionalidad intrínseca de las disposiciones emitidas por el órgano legislativo.

---

<sup>11</sup> Véase Eliseo Muro Ruiz, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 77-84.

<sup>12</sup> Véase Silvano Tosi, *Derecho parlamentario*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez et. al., México, Porrúa, 1996, p. 197.

<sup>13</sup> Véase Jorge Fernández Ruiz, *Poder Legislativo*, 2a. ed., México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 460-463.

<sup>14</sup> Cfr. Miguel Ángel Suárez Romero y Napoleón Conde Gaxiola, *Argumentación Jurídica*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 81.

<sup>15</sup> Cfr. Miguel Ángel Suárez Romero, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La Argumentación Jurídica del Legislador*, op. cit., p. 161.

En cuanto a la influencia de los factores reales de poder que inciden en el proceso legislativo, resultaría conveniente identificar si una negociación sólo ha buscado la maximización de intereses particulares, en cuyo caso, se estaría ante un producto legislativo inválido o ilegítimo, y si bien es cierto que en todo proceso parlamentario hay negociación, ésta ha de estar basada en un razonamiento imparcial que haga coincidir las distintas ideologías partidistas con los principios rectores del Estado democrático de Derecho.<sup>16</sup> En este caso el análisis legislativo invitaría a explorar la manera en que los intereses políticos, económicos, sociales y culturales buscan un reconocimiento en el Derecho, y a considerar los efectos sociales de la legislación.

Finalmente, se requiere un mayor compromiso por parte del legislador con su actuar en el Estado de Derecho, con la finalidad de contribuir a recuperar la confianza en el ciudadano en la labor en el órgano legislativo, así como mejorar el desarrollo de la actividad legislativa. Si bien la Constitución y la legislación secundaria determinan los requisitos para ser diputado o senador, así como el proceso realizado por éste en la creación de las normas jurídicas, y de cuya compatibilidad dependerá la plena racionalidad legislativa,<sup>17</sup> e igualmente existen propuestas dirigidas a la profesionalización legislativa<sup>18</sup> y evaluación del desempeño del legislador,<sup>19</sup> es significativo el actuar del legislador se realice bajo parámetros de

---

<sup>16</sup> Cfr. Miguel Ángel Suárez Romero y Napoleón Conde Gaxiola, *Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 85.

<sup>17</sup> Cfr. Miguel Ángel Suárez Romero, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional*, op. cit., p. 225.

<sup>18</sup> Véase Laura Valencia Escamilla, “Élites parlamentarias y profesionalización legislativa en México”, en *El cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, núm. 155, año 24, mayo-junio 2009, pp. 72-76.

<sup>19</sup> Véase Otto Granados Roldán, “Hacia un modelo de Evaluación Legislativa”, en *Pluralidad y Consenso. Revista del Instituto Belisario Domínguez. Senado de la República. LXI Legislatura*, México, año 3, núm. 19, junio 2012, pp. 67-79.

razonabilidad que incidan en el debido respeto por otras posturas políticas externadas en el recinto legislativo, así como argumentar y justificar debidamente una postura en torno a una ley.

Si consideramos la vertiente dialógica propia de la argumentación jurídica en sede legislativa, un aspecto significativo a considerar se vincula con la manera en que los sujetos que intervienen en el proceso legislativo están dispuestos a cooperar para lograr un acuerdo satisfactorio y debidamente basado en razones. Lo anterior ofrece una línea adicional de reflexión bajo la cual resultaría conveniente centrar la atención en el actuar del legislador a efecto de analizar hasta qué punto mantiene un compromiso con el diálogo respetuoso y la calidad argumentativa de su posicionamiento en torno a la conveniencia o no de aprobar determinada norma jurídica. Así, junto con el marco jurídico que regula el proceso legislativo es pertinente considerar la razonabilidad del legislador, para lo cual la teoría del discurso ofrece herramientas para orientar el actuar de los participantes del discurso.

En este esquema la perspectiva pragmadialéctica de la argumentación puede apoyar para reforzar la importancia de la razonabilidad del legislador, en tanto que su idea de argumentación como actividad verbal, social y racional reglamentada exhorta a reconsiderar que en el desarrollo de una discusión es significativo el comportamiento de quienes intervienen en la misma. Aterrizado en el ámbito jurídico, observaremos que junto con el análisis estructural y formal del discurso jurídico, también es importante realizar una evaluación del actuar de los sujetos que intervienen en la toma de decisiones en los órganos del Estado, tema que se explorará en el siguiente apartado.

### III. LA DISCUSIÓN CRÍTICA EN LA PERSPECTIVA PRAGMADIALÉCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN

#### 1. EL DESARROLLO DE LA PERSPECTIVA PRAGMADIALÉCTICA EN LA ESCUELA DE ÁMSTERDAM

La perspectiva pragmadialéctica surge con las investigaciones realizadas por Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, en la década de los setenta y ochenta,<sup>20</sup> en el Departamento de Comunicación Hablada, Teoría de la Argumentación y Retórica de la Universidad de Ámsterdam.<sup>21</sup> Dichos autores desarrollaron un modelo para analizar y evaluar las discusiones críticas, en el cual el análisis se enfoca en examinar los elementos que contribuyen a resolver una diferencia de opinión, a partir de la estructura de la argumentación,<sup>22</sup> la explicitación de premisas implícitas,<sup>23</sup> así como operaciones relacionadas con la reconstrucción del discurso.<sup>24</sup> Por su parte, en la evaluación se incorpora la construcción de una visión general analítica,<sup>25</sup> el examen de posibles inconsistencias lógicas y

---

<sup>20</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Peter Houtlosser, "The Development of the Pragma-dialectical Approach to Argumentation" en *Argumentation*, Ámsterdam, Países Bajos, vol. 17, núm. 4, 2003, p. 388; Frans H. van Eemeren, "The Pragma-Dialectical Theory under Discussion", en *Argumentation*, Ámsterdam, Países Bajos, vol. 26, 2012, p. 439.

<sup>21</sup> Cfr. Eveline Feteris, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 247-248.

<sup>22</sup> Véase Frans H. van Eemeren et. al., *Argumentación*, trad. de Roberto Marafioti, Buenos Aires, Biblos, 2006, pp. 69-83.

<sup>23</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 63-66.

<sup>24</sup> Véase Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría sistemática de la Argumentación. La Perspectiva Pragmadialéctica*, trad. de Celso López y Ana María Vicuña, Buenos Aires, Biblos, 2011, pp. 99-119.

<sup>25</sup> Véase Frans H. van Eemeren y Rob Grootendrost, *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, 2a. ed., trad. de Celso López y Ana María

pragmáticas del discurso para determinar la aceptabilidad de los enunciados argumentativos,<sup>26</sup> así como la violación a las reglas en una discusión crítica.<sup>27</sup> En este contexto, la corriente pragmatialéctica estudia la argumentación como un tipo de diálogo fuertemente sujeto a normas, el cual propone un sistema de reglas explícitas para el debate argumentativo.<sup>28</sup>

La propuesta de van Eemeren y Grootendorst parte del interés de estudiar el discurso argumentativo como una instancia de las comunicaciones y de las interacciones verbales normales que deben evaluarse conforme a ciertos estándares de razonabilidad.<sup>29</sup>

En la construcción del modelo de análisis y evaluación del discurso, las dimensiones pragmática y la dialéctica apuntan al uso del lenguaje argumentativo en el intercambio de perspectivas de quienes no sostienen la misma opinión,<sup>30</sup> así como en la manifestación de dudas o rechazo a un punto de vista,<sup>31</sup> y en donde la argumentación representa un intento por defender un punto de vista frente a las reacciones críticas del juez racional en una discusión reglada.<sup>32</sup> Así,

---

Vicuña, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 113-121.

<sup>26</sup> Véase Frans H. van Eemeren *et. al.*, *Argumentación, op. cit.*, pp. 95-117.

<sup>27</sup> Respecto a la violación de las reglas de una discusión crítica, Véase *Ibidem*, pp. 119-149.

<sup>28</sup> Cfr. Christian Plantin, *La argumentación*, trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2009, p. 20.

<sup>29</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Argumentación, Comunicación y Falacias, op. cit.*, p. 25.

<sup>30</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría sistemática de la Argumentación, op. cit.*, pp. 59-66.

<sup>31</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren *et. al.*, *Argumentación, op. cit.*, pp. 24-27.

<sup>32</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*, trad. de María Elena Molina, Cristián Santibáñez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo, Santiago, Editorial Universidad Diego de Portales, 2013, p. 65.

para la pragmadialéctica el estudio de la argumentación, además del análisis de los argumentos, requiere la participación efectiva de quienes intervienen en el discurso para resolver una diferencia de opinión de una manera razonable.

## 2. NOCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA PERSPECTIVA PRAGMADIALÉCTICA

En la postura pragmadialéctica, la argumentación se concibe como:

Una actividad verbal, social y racional, orientada a convencer a un crítico razonable de la aceptabilidad de un punto de vista mediante la presentación de una constelación de proposiciones que justifican o refutan la proposición expresada en este punto de vista.<sup>33</sup>

En general el aspecto verbal implica que la argumentación puede realizarse en forma oral o escrita; como actividad social, el avance argumentativo se dirige por definición a otros, y es una actividad racional, en tanto que se orienta a defender un punto de vista, de modo que se torna aceptable a un crítico que toma una actitud razonable.<sup>34</sup> La dinámica de la argumentación pragmadialéctica supone que un hablante o escritor presenta un punto de vista, en su carácter de protagonista, y un oyente o escritor expresa una duda con respecto al punto de vista, en su carácter de antagonista, y ambos tratan de descubrir si el punto de vista del protagonista es capaz de resistir la crítica del antagonista. La diferencia de opinión se resuelve cuando los argumentos presentados conducen al antagonista a aceptar el punto de vista defendido, o bien cuando el protagonista retira su punto de vista, como consecuencia de las reacciones críticas del antagonista.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*, op. cit., p. 13.

<sup>34</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren et. al., *Argumentación*, op. cit. p. 17.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 133-134.

De lo expuesto se observa que en la resolución de una diferencia de opinión adquiere particular importancia el empleo del lenguaje en la expresión de argumentos, la justificación de los argumentos, así como la relevancia de considerar la razonabilidad de los sujetos que intervienen en la discusión. El estudio que la pragmadialéctica realiza de los sujetos en el proceso discursivo exhorta a considerar que junto con las estructuras formales y argumentativas empleadas, también es dable atender a la racionalidad y razonabilidad de quienes intervienen en una discusión. Así, la pragmadialéctica ofrece líneas que apuntan a reflexionar que dentro del Derecho, junto con las estructuras argumentativas, también puede ser significativo el actuar de quienes intervienen en la creación de normas jurídicas.

### 3. MODELO IDEAL DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA

Para Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, la discusión crítica se concibe como:

Un intercambio de perspectivas, en el que las partes involucradas en una diferencia de opinión intentan sistemáticamente determinar si el o los puntos de vista en discusión son o no defendibles frente a las dudas u objeciones críticas.<sup>36</sup>

El modelo de la discusión crítica de los representantes de la Escuela de Ámsterdam tiene como presupuesto la existencia de un racionalista crítico<sup>37</sup> que procede sobre la base de la falibilidad fundamental del pensamiento humano, el cual asume la idea de un sistemático escrutinio crítico de todos los campos del pensamiento y de la actividad humana, como punto de partida para la resolu-

<sup>36</sup> Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>37</sup> La concepción del racionalista crítico responde a un intento de van Eemeren y Grootendorst de alejarse de los enfoques geométrico y antropológico de la razonabilidad, que proponen los lógicos, Perelman o Toulmin. Sobre el particular, Véase *Ibidem*, pp. 125-132.

ción de los problemas.<sup>38</sup> Así, mientras que lo racional alude al uso de la razón, lo razonable designa el uso de la razón de un modo apropiado, situado en un contexto de comunicación e interacción, dentro del cual el carácter crítico de la razonabilidad se centra en la discusión.<sup>39</sup>

Frente a la idea del consenso como medio de integrar la disidencia por la eliminación racional de una de las opiniones en conflicto,<sup>40</sup> la pragmadialéctica señala que las discusiones argumentativas están destinadas a alcanzar un acuerdo razonable,<sup>41</sup> basado en un procedimiento que supone la resolución de las diferencias de opinión (validez del problema) en combinación con su aceptabilidad para quienes forman parte de la discusión (validez convencional).<sup>42</sup> De esta manera, el convencimiento a otro individuo ha de basarse en la aceptabilidad de un punto de vista,<sup>43</sup> lo cual se logra sobre la base de un intercambio de argumentos y críticas reglamentado y libre de impedimentos.<sup>44</sup>

Así, la razonabilidad adquiere una particular connotación ya que además de referir al adecuado uso de la razón, implica situarse en un contexto de comunicación e interacción en el cual las partes realizan un intercambio de argumentos, bajo ciertas reglas del discurso, lo cual se estima que puede ser significativo para incorporarse en el recinto legislativo, dada la dinámica de discusión que se encuentra presente en el proceso legislativo.

---

<sup>38</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 132.

<sup>39</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren, *Maniobras Estratégicas en el Discurso Argumentativo*, trad. de Cristián Santibañez Yáñez y María Elena Molina, Madrid-México, Plaza y Valdés Editores, 2012, pp. 65-69.

<sup>40</sup> Cfr. Christian Plantin, *La argumentación*, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>41</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren *et. al.*, *Argumentación*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 18.

<sup>44</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*, *op. cit.*, p. 65.

## A. ETAPAS DE DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

Con la pragmadialéctica, la argumentación se estudia como un proceso-producto, que se distingue del enfoque lógico que aborda la argumentación como un producto-orientado.<sup>45</sup> Como proceso-producto, la intervención de los participantes se contextualiza en una serie de etapas en la resolución de una controversia, y que son:

- Etapa de Confrontación: En esta etapa se establece que existe una disputa, para lo cual se presenta y se pone en duda un punto de vista.<sup>46</sup>
- Etapa de Apertura: Se busca resolver la disputa mediante una discusión argumentativa reglamentada, en la cual una parte toma el rol de protagonista y antagonista.<sup>47</sup> Igualmente, las partes intentan descubrir cuánto terreno común comparten y determinar si existe una base sustantiva y procedimental para un intercambio significativo de opinión.<sup>48</sup>
- Etapa de Argumentación: Refiere a que el protagonista presenta sus argumentos a favor de sus puntos de vista, dirigidos a superar sistemáticamente las dudas del antagonista o a refutar las reacciones críticas del antagonista; por su parte, el antagonista investiga la aceptabilidad de la argumentación y externa las reacciones o dudas correspondientes.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*, op. cit., pp. 48-49.

<sup>46</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 55.

<sup>47</sup> Cfr. *Ídem*.

<sup>48</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*, op. cit., p. 67.

<sup>49</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 67-68.

- Etapa de Clausura: Se establece si la disputa ha sido o no resuelta. La disputa se resuelve a favor del antagonista si se retira el punto de vista inicial, en tanto que si se retira la duda, la disputa ha quedado resuelta en favor del protagonista.<sup>50</sup>

En sí, se observa que la pragmadialéctica retoma la dinámica aristotélica de la dialéctica, bajo la cual un proponente se enfrenta a un oponente ante un público cuyas reacciones arbitran el debate,<sup>51</sup> con la particularidad de que dicha perspectiva enmarca esa dinámica en una serie de etapas y enunciación de los actos que realizarán los participantes, tendiente generar una expectativa de actuación razonable de los participantes en la discusión.

## B. LAS REGLAS DE DISCUSIÓN CRÍTICA Y CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES

Frans van Eemeren y Rob Grootendorst estiman que un procedimiento que promueve la resolución de una diferencia de opinión no puede estar únicamente confinado a las relaciones lógicas por medio de las cuales las conclusiones son inferidas a partir de las premisas, sino que debe consistir en un sistema de regulaciones que cubra los actos de habla necesarios para la realización de una discusión crítica encaminada a resolver una diferencia de opinión.<sup>52</sup> De esta manera, una teoría de la argumentación requiere formular un procedimiento de discusión que proporcione una visión general de las reglas para la conducción de una discusión crítica, cuyo propósito, aseguran, no es maximizar el acuerdo sino poner a prueba

---

<sup>50</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Argumentación, Comunicación y Falacias*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>51</sup> Cfr. Christian Plantin, *La argumentación*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>52</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*, *op. cit.*, p. 134.

puntos de vista que están siendo disputados de la manera más crítica posible, mediante una discusión crítica sistemática acerca de si éstos son sostenibles o no.<sup>53</sup>

En este tenor, se advierte que la postura en comentario resalta la naturaleza procedimental de la interacción entre los participantes en una discusión, con lo cual se excluiría del objeto de análisis los aspectos materiales y sustantivos propios de la discusión.

En el procedimiento de discusión desarrollado por la pragmadialéctica, las reglas de la discusión crítica y el código de conducta para discutidores razonables se erigen como instrumentos significativos en la resolución de un conflicto. Las reglas de discusión crítica implican una regulación metódica del discurso, cuya combinación integra un procedimiento de discusión dialéctico, que señala la estructura del proceso de resolución de una diferencia de opinión y especifica los actos de habla que cumplen un rol en el proceso.<sup>54</sup> Por lo que concierne al código de conducta para discutidores razonables, éste busca clarificar las funciones que cumplen los participantes, las contribuciones que ayudan a resolver la disputa y las reglas que contribuyen a la resolución racional.<sup>55</sup> El código aludido constituye una lista de prohibiciones de pasos o movimientos de un discurso o texto argumentativo que impiden u obstruyen la resolución de una diferencia de opinión.<sup>56</sup>

Tanto las reglas de discusión crítica como el código de conducta para discutidores razonables buscan garantizar la libertad de los participantes en el discurso, la precisión en los puntos de partida de la discusión crítica, la defensa por medios argumentativos y relevantes los puntos de vista iniciales, no distorsionar ni exagerar las premisas implícitas a la otra parte, asumir la propia responsabilidad por las premisas implícitas para examinar críticamente la argumentación, no

<sup>53</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 181-182.

<sup>54</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 64.

<sup>55</sup> Cfr. Eveline T. Feteris, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>56</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*, *op. cit.*, p. 184.

presentar falsamente algo como si fuera un punto de partida aceptado o negar falsamente que algo sea un punto de partida aceptado, cuidar la validez de una argumentación y el esquema argumentativo, así como asegurar que los participantes en el discurso crítico establezcan correctamente el resultado, basado en las defensas concluyentes de los puntos de vista o las expresiones de duda.<sup>57</sup> La diferencia se aprecia en que mientras las reglas de discusión crítica se basa en el desenvolvimiento del discurso, el código de conducta para discutidores razonables se centra en el análisis de la intención de los participantes de colaborar o no con la diferencia de opinión. Con esta herramienta, la pragmadialéctica permite advertir que también es relevante la consideración de los sujetos que buscar resolver una diferencia de opinión.

En este tenor, la argumentación ya no sólo se restringe a una serie o cadena de enunciados, sino que, además, adquieren especial protagonismo los actores de la argumentación (el orador, el proponente, el auditorio), la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad (persuadir, resolver diferencias de opinión, etc.) y las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en la misma.<sup>58</sup> Se podría agregar incluso la nota expresada por Atienza en el sentido de que en la concepción pragmática se asume un compromiso social, ya que las premisas se encuentran representadas por aquellas tesis aceptadas por otro u otros, a diferencia de la concepción material, en la cual el compromiso lo es con uno mismo (con la verdad o con la corrección de las creencias, decisiones y acciones), por cuanto a que la deliberación en este supuesto es un proceso individual, que no depende de la aceptación de nadie, sino de que sean consistentes con ciertas normas o valores o con ciertos datos de la experiencia.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> En torno a la enunciación íntegra de las reglas de discusión crítica de la pragmadialéctica, Véase *ibidem* pp. 137-154. Asimismo, para la referencia a las reglas del código de conducta para discutidores razonables, Véase *Ibidem*, pp. 184-189.

<sup>58</sup> Cfr. Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2009, pp. 248-249.

<sup>59</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 256-257.

Así, el modelo pragmadialéctico enfatiza el rol de los participantes en el discurso, cuyo comportamiento razonable ha de permitir alcanzar la solución a una controversia, con la debida argumentación, uso de lenguaje y sólidas conclusiones.

Aun si reconoce que efectivamente no toda la argumentación en Derecho es del tipo dialéctico, como ha indicado Atienza,<sup>60</sup> la pragmadialéctica apunta a considerar que quien argumenta no se encuentra aislado, sino que ante todo requiere considerar a su interlocutor a quien le tiene que exponer la argumentación que sustenta el punto de vista, y quien en su momento se encuentra facultado para externar los cuestionamiento y dudas a ese punto de vista.

En este contexto, es posible reflexionar en torno a la pertinencia de considerar el actuar de quien interviene en un discurso, lo cual genera una expectativa de razonabilidad de los sujetos participantes. Aquí resultaría conveniente explorar los alcances del código de conducta para discutidores razonables de la pragmadialéctica para indagar la manera en que dicha herramienta puede orientar el actuar del legislador, susceptible de incidir en la generación de un producto legislativo que responda a las necesidades del Estado de Derecho.

#### **IV. EL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES COMO GUÍA EN EL ACTUAR DEL LEGISLADOR EN LA DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DE LEYES**

##### **1. LA RAZONABILIDAD DEL LEGISLADOR EN LA DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DE LEYES**

Como se mencionó en el apartado anterior, el modelo de análisis y evaluación de la perspectiva pragmadialéctica apunta a considerar el estudio de la discusión crítica, como un procedimiento reglamentado (reglas de discusión crítica) al cual habrán de ajustarse

---

<sup>60</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 285-286.

los participantes de dicha discusión, quienes asumen determinadas obligaciones para el adecuado desenvolvimiento de la discusión (código de conducta para discutidores razonables). Ese énfasis en los sujetos que intervienen en la discusión apunta a considerar la posibilidad de valorar el empleo del código de conducta para discutidores razonables como herramienta para reforzar la importancia del actuar razonable del legislador.

En este esquema, la aplicación jurídica de la pragmatialéctica conlleva la concepción de la argumentación jurídica como una discusión crítica, específica e institucionalizada,<sup>61</sup> sujeta a determinados límites normativos, lo que significa que junto con la razonabilidad discursiva, es necesario contextualizar la participación del sujeto en una discusión dentro de un marco jurídico determinado. Al aterrizar el tema en el proceso legislativo, en el caso de México la regulación de dicho proceso se encuentra contemplada en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y en el Reglamento Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Con lo anterior, la teoría del discurso puede aportar elementos de orientación en el actuar del legislador, al mejorar la toma de decisiones en el Estado de Derecho, a través del intercambio de opiniones respetuoso y debidamente argumentado que contribuyan a fomentar y enriquecer el diálogo en el Estado de Derecho, así como en generar una confianza en la población en la actividad del legislador.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Véase Eveline Feteris, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica, Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*, op. cit., p. 257; Harm Kloosterhuis, "The Rule of Law and the Ideal of a Critical Discussion", en Christian Dahlman y Eveline Feteris (ed.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Heidelberg, Nueva York, Londres, Springer, 2003, p. 74; Yvonne Georgina Tovar Silva, *La perspectiva pragma-dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador*, 2017, Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 66-74.

<sup>62</sup> En el ámbito jurídico, las reglas de discusión crítica de la pragmatialéctica han sido objeto de diversas aplicaciones en el análisis de la argumentación con-

De la vinculación del modelo de discusión crítica de la pragmadialéctica con el proceso legislativo, se aprecia que la interacción entre miembros de distintas facciones políticas representadas en el órgano legislativo durante la fase de discusión y aprobación de la ley es el marco adecuado para identificar la relevancia de la razonabilidad en la conducción del intercambio de puntos de vista tendientes a justificar o refutar la conveniencia de aprobación de una iniciativa, la importancia de la calidad argumentativa en la discusión y la pertinencia de realizar la aprobación de la ley, sustentada en un aparato argumentativo.

Asimismo, dentro de la fase de discusión se puede identificar genéricamente que el rol de protagonista, en términos pragmadialécticos, lo asumirán los legisladores que estén a favor de la aprobación una iniciativa de ley, quienes buscarán defender mediante argumentos la conveniencia de esa iniciativa, frente a los antagonistas, que en este caso estarán representados por aquellos legisladores que se oponen a la iniciativa de ley, quienes habrán de sustentar las dudas y objeciones en torno al texto de la iniciativa. En este diálogo, la aprobación de la ley se dará si los legisladores que asumen el rol de protagonistas sustentan el referido proyecto de ley, frente a las dudas y objeciones formuladas por los antagonistas.

---

tenida en decisiones judiciales o en el proceso legislativo, como se aprecia de las obras de Eveline Feteris, Henrike Jansen, Peter Kloosterhuis, Maarten Henket y Paul van den Hoven. Sobre el particular, Véase Eveline T. Feteris, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*, op. cit., pp. 49 y siguientes; Harm Kloosterhuis, “Reconstructing Complex Analogy Argumentation in Judicial Decisions: A Pragma-dialectic perspective”, en *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005, pp. 473-481; José Plug, “Reconstructing and Evaluating Genetic Arguments in Judicial Decisions”, en *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005, pp. 448-456; José Plug, “Institutional Boundaries on the Evaluation of Argumentation in Legislative Discussions”, en *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*, Oxford, Inglaterra, vol. IV, núm. 1, 2010, pp. 59-65.

Bajo este esquema, el empleo de la pragmatialéctica invita a considerar los alcances de las reglas del código de conducta para discutidores razonables referentes a la libertad (regla 1), la argumentación (reglas 2 a 8) y el adecuado uso del lenguaje (regla 10) en la etapa de discusión, así como la regla de conclusión (regla 9) en la etapa de aprobación de la ley. Dada la formulación del código de conducta para discutidores razonables, las diez reglas se abordarán en conjunto, por lo que en su caso, se dejará para otro momento el cuestionamiento que en su caso podría existir en torno a dichas reglas. Así, junto con el procedimiento formal que regula la discusión en el proceso legislativo, previsto dentro del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título Segundo de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los artículos 95 a 134 del Reglamento para el Gobierno Interior de Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, es significativo considerar la razonabilidad de los legisladores como elemento significativo para atenuar el problema de la crisis del parlamento referido al inicio del presente trabajo, en tanto que a través de la razonabilidad es posible fomentar el diálogo democrático, que a su vez incida en la mejora del producto legislativo y en evitar que las leyes sean producto de imposiciones.

## 2. REGLA DE LA LIBERTAD

El código de conducta para discutidores razonables postula la regla de la libertad (regla 1) -por cierto presente en otras posturas de la teoría del discurso-<sup>63</sup> referente a que los discutidores no pueden impedirse uno al otro presentar puntos de vista o ponerlos en duda, lo

---

<sup>63</sup> Sobre el particular, Véase Jürgen Habermas, “Acerca del uso de la razón práctica”, en *Quórum*, México, 2a. época, año IV, núm. 36, septiembre-octubre 1995, p. 19; Robert Alexy, “Discourse Theory and Human Rights”, en *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Inglaterra, vol. 9, núm. 3, septiembre 1996, p. 211.

cual implica considerar la existencia de una diferencia de opinión y en qué consiste esa diferencia, regla que es relevante para las etapas de apertura, confrontación y argumentación de la discusión crítica en la postura pragmatialéctica.<sup>64</sup>

Dicha regla puede adquirir relevancia en dos sentidos: tanto para guiar el actuar razonable del legislador en el marco de la discusión, al exhortarlo a que escuche los posicionamientos a favor y en contra de una iniciativa de ley, así como para respetar los cuestionamientos que realice la ciudadanía en torno al sentido de las discusiones de un determinado proyecto de ley.

Inmersa en el proceso legislativo, la regla de libertad implica que dentro del recinto parlamentario, junto con el seguimiento de las formalidades previstas en el marco jurídico, se respete el derecho de cualquier legislador de cuestionar y oponerse al proyecto de ley sometido a consideración.

En este contexto, la primera regla del código de conducta para discutidores razonables puede coadyuvar a que el legislador asimile la importancia que adquiere el Parlamento como un “componedor” o “conciliador” de intereses, que para Cecilia Mora-Donatto, conlleva atribuirle las características de 1) ser un órgano colegiado integrado por representantes de las diversas fuerzas políticas y en donde se intentan conciliar las distintas opiniones, o por lo menos ser debatidas y estatuidas desde la diversidad de posiciones; 2) ser el lugar donde encuentran cabida las expresiones más diversas de partidos o movimientos políticos, incluyendo los minoritarios, y 3) ser la institución de enlace entre el Estado y la comunidad.<sup>65</sup>

La violación a esta regla conllevaría el entorpecimiento de la libre expresión de las ideas en las deliberaciones y toma de decisiones parlamentarias y, con ello, la autenticidad de la represen-

---

<sup>64</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una teoría sistemática de la argumentación*, op. cit., p. 184.

<sup>65</sup> Cfr. Cecilia Mora-Donatto, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control. Coordinadas para legisladores en tiempos de reelección*, op. cit., p. 35.

tación, que a su vez se relaciona con la inviolabilidad del estatus parlamentario.<sup>66</sup>

Un arista adicional de la regla de la libertad del código de conducta para discutidores razonables, se vincula con que los integrantes del órgano legislativo deben estar conscientes de que su actuar se encuentra sujeto a un continuo cuestionamiento no sólo por parte de otras fuerzas políticas presentes en el órgano legislativo, sino también por parte de los ciudadanos que se sientan afectados por el sentido de la disposición. Ese cuestionamiento podría ser significativo para valorar las repercusiones sociales de la norma jurídica y en su caso, incorporar aquellos posicionamientos tendientes a mejorar el sentido de la ley. En este marco, se aprecia que la regla de la libertad puede motivar un interés por parte de la ciudadanía de involucrarse con la actividad legislativa, al saber que puede cuestionar y formular críticas, propuestas y observaciones a determinado proyecto.

Así, la regla de libertad expone la pertinencia de considerar la intervención de todos los interesados en la creación, reforma o derogación de una norma jurídica. Aquí, la regla de la libertad permite ampliar la visión del legislador, al exhortarlo a una apertura al diálogo con otros sujetos que defiendan ideas distintas, así como la consideración de las posibles repercusiones de la norma jurídica en el Estado como tal.

### 3. REGLAS DE ARGUMENTACIÓN

Una de las exigencias del Estado Constitucional apunta a que cualquier ente de producción normativa tendrá que justificar sus decisiones por medio de procedimientos racionales y a través de un uso

---

<sup>66</sup> Cfr. Jorge Fernández Ruiz, *Poder Legislativo*, *op. cit.*, pp. 272-273.

argumentativo del lenguaje, que permita a dicha norma o decisión producida alcanzar su plena validez jurídica.<sup>67</sup>

La actividad argumentativa en el proceso parlamentario se aprecia en la exposición de motivos, dictámenes y debates que conducirán a la justificación de la decisión jurídica,<sup>68</sup> que exigen que el legislador exponga las razones que lo llevaron a aprobar una determinada pieza normativa, lo cual a su vez permitirá que la ley sea un eficaz y legítimo instrumento de dirección social.<sup>69</sup>

Bajo las nociones delineadas de la perspectiva pragmadialéctica enunciadas, la argumentación en sede legislativa se puede considerar como un proceso realizado por los integrantes del órgano legislativo dirigido a la aceptabilidad de la conveniencia de una creación, modificación o derogación de una norma jurídica, con el respectivo respaldo argumentativo, que permita considerar la conveniencia para el Estado de una determinada regulación.

En este esfuerzo por dar un respaldo argumentativo, nuevamente adquiere relevancia el código de conducta para discutidores razonables, el cual postula como obligaciones:

- La defensa de un punto de vista por parte del protagonista cuando se les solicita hacerlo (Regla 2).<sup>70</sup>
- Asegurar que los ataques contra los puntos de vista estén correctamente relacionados con el punto de vista presentado por el protagonista (Regla 3). En ese contexto se requiere analizar la defensa y en su caso ataque concluyente

---

<sup>67</sup> Miguel Ángel Suárez Romero, “Estado constitucional y argumentación jurídica en sede legislativa”, en *Derechos y libertades*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>68</sup> *Cfr.* Miguel Ángel Suárez Romero y Napoleón Conde Gaxiola, *Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>69</sup> *Cfr.* Cecilia Mora-Donatto, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control. Coordinadas para legisladores en tiempos de reelección*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>70</sup> *Cfr.* Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmadialéctica*, *op. cit.*, p. 184.

al punto de vista planteado, en tanto que una diferencia de opinión no puede ser resuelta si el antagonista critica, en realidad, un punto de vista diferente y, como consecuencia, el protagonista defiende un punto de vista diferente.<sup>71</sup>

- Contar con una argumentación relevante en la defensa o ataque de los puntos de vista, lo cual supone evitar recurrir a instrumentos retóricos como el *pathos* o el *ethos*, en lugar del *logos*, o presentar argumentos irrelevantes (Regla 4).<sup>72</sup>
- Asegurar el examen crítico de la argumentación, incluyendo aquellas partes que han permanecido implícitas en el discurso o texto (Regla 5), lo cual implica considerar si se ha defendido o atacado adecuadamente el contenido proposicional o la fuerza de justificación o refutación de la argumentación.<sup>73</sup> Las premisas implícitas, corresponden a aquellos elementos de la argumentación que son dejados de lado o no expresados, pero que están presentes implícitamente en la argumentación.<sup>74</sup>
- El uso apropiado de los puntos de partida, de manera que ninguna de las partes puede presentar algo como si fuera un punto de partida aceptado si no lo es (Regla 6).<sup>75</sup>
- Determinar si los puntos de vista que son defendidos en un discurso o texto se siguen lógicamente de una argumentación presentada (Regla 7).<sup>76</sup> Dicha Regla advierte que el carácter formalmente concluyente del razonamiento se sujeta a una validez lógica.

---

<sup>71</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 185.

<sup>72</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>73</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 186.

<sup>74</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren *et. al.*, *Argumentación, op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>75</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmatodialéctica, op. cit.*, p. 186.

<sup>76</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 186-187.

- Asegurar la adopción de esquemas argumentativos apropiados y su aplicación correcta (Regla 8), aspecto que igualmente se vincula con una validez intersubjetiva, así como con el ataque y defensa concluyente de los puntos de vista.<sup>77</sup>

En general, la argumentación será un factor clave en la evaluación de la exposición de motivos, dictámenes y debates que se susciten en el proceso legislativo, en tanto que se exige que se defiendan adecuadamente la postura asumida, sustentada en parámetros racionales y lógicos, por encima de aquellos de carácter emotivo.

En este marco, la razonabilidad esperada del legislador apuntará a generar una expectativa de que éste defiendan mediante argumentos la pertinencia de aprobar una iniciativa de ley, y no dejarse guiar solamente por simpatías (o en su caso aversiones) con quien presentó la iniciativa de ley, ni por presiones externas. Bajo estas reglas, la discusión de los legisladores ha de basarse en una argumentación relevante y evitar emplear una argumentación sin relación con el punto de vista en discusión, realizar ataques contra la persona o incurrir en la manipulación indebida de los sentimientos o emociones de la audiencia para lograr la aprobación de una ley, o en su caso, para rechazarla.

Asimismo, se observa que bajo la razonabilidad pragmatialéctica se exige mantener una congruencia entre el texto de la iniciativa de ley y los posicionamientos a favor de su aprobación, por parte del protagonista, o en su caso, del adecuado cuestionamiento a la conveniencia de la aprobación de la ley, si se trata del antagonista. Al efecto, se requiere profundizar en la contundencia de los posicionamientos a favor y en contra de la adopción de una determinada ley, a fin de valorar si los posicionamientos a favor, efectivamente están revestidos de una fuerza justificatoria aceptable, y por ende, se ha justificado la necesidad de aprobar la iniciativa de ley, o si en

---

<sup>77</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 187-188.

su caso, la refutación cuenta con más sustento, lo cual ameritaría desechar dicha iniciativa.

Un aspecto adicional a considerar del seguimiento del código de conducta para discutidores razonables, se vincula con que el legislador ha de estar consciente de la relevancia de seguir la lógica en la discusión y aprobación de leyes. En este esquema, la lógica advertiría que por una parte el razonamiento debe estar sistematizado y basado en deducciones e inducciones válidas. Igualmente, requeriría del análisis de la validez formal, en tanto que el legislador tendría que velar que la iniciativa de ley sea acorde a los valores contenidos en la Constitución, lo cual resultaría significativo para coadyuvar con la concreción de la racionalidad lógico-formal de la legislación.

Así, el énfasis en los aspectos argumentativos indirectamente motivará al legislador a cuidar el tipo de argumentación a emplear en su labor, para dar solidez y coherencia al producto legislativo.

#### 4. REGLA DE CONCLUSIÓN

La regla novena del código de conducta para discutidores razonables supone que “una diferencia de opinión sólo se resuelve si las partes están de acuerdo en que la defensa de los puntos de vista en discusión ha sido exitosa o no.”<sup>78</sup> Esta regla concierne propiamente a la etapa de conclusión, que en el proceso legislativo supondrá que no se pueda crear, reformar o derogar una norma jurídica, si no se ha defendido adecuadamente la postura asumida con argumentos claros, que permitan advertir la conveniencia o no de aprobar determinado proyecto de ley. En este esquema se requiere analizar si se presentaron defensas concluyentes por parte de los protagonistas para justificar la aprobación de la ley. En caso de que se advierta que se presentaron defensas no concluyentes, o los cuestionamientos del antagonista resulten procedentes, se tendría que rechazar

---

<sup>78</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 188.

el proyecto de ley, en tanto que no cuenta con el debido respaldo argumentativo exigido para los órganos de poder público en el Estado de Derecho.

En el caso del legislador, sería pertinente considerar adicionalmente el tema del consenso,<sup>79</sup> o la pretensión de corrección<sup>80</sup>, en tanto que para la pragmatialéctica, dichos temas no adquieren un énfasis significativo, lo cual ameritaría un estudio distinto en otro momento.

En todo caso, es conveniente apreciar que bajo la regla de conclusión se busca asegurar que se verifique que la creación, modificación o derogación de una norma jurídica sea el resultado de una adecuada argumentación, en la cual se ha permitido la participación libre (y agregaríamos respetuosa) de los interesados en un determinado proceso legislativo. Nuevamente se aprecia que el aparato argumentativo es un indicador considerable para determinar si la ley adoptada ha obedecido a un auténtico proceso deliberativo o si en su caso es una imposición, supuesto último en el cual, la ciudadanía tendrá que interponer los medios de defensa correspondientes.

## 5. REGLA GENERAL DE USO DEL LENGUAJE

Finalmente, la décima regla refiere al uso del lenguaje, bajo la cual “los discutidores no pueden usar ninguna formulación que sea insuficientemente clara o confusamente ambigua y no pueden malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte.”<sup>81</sup> El

---

<sup>79</sup> En torno al consenso, Véase Jürgen Habermas, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. de Ramón Vilá Vernis, Barcelona, Paidós, 2003, p. 24.

<sup>80</sup> Acerca de la pretensión de corrección, Véase Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 415-449.

<sup>81</sup> Cfr. Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Una teoría sistemática de la argumentación*, *op. cit.*, p. 188.

objetivo de dicha regla es evitar los malos entendidos que surgen de formulaciones poco claras, vagas o equívocas en el discurso o texto, ya que un problema de formulación o de interpretación puede conducir a una “pseudodiferencia” o “pseudorresolución” de opinión.<sup>82</sup>

Esta regla exhorta a que el legislador emplee adecuadamente el lenguaje al deliberar en el recinto parlamentario y no incurra en malas interpretaciones para obtener una ventaja injustificada. Asimismo, dicha regla se amplía al momento de redactar las leyes, como parte de la racionalidad lingüística de la ley, que corresponde a una de las exigencias de la seguridad jurídica, que supone que la norma jurídica debe redactarse de manera inteligible, mediante un lenguaje sencillo y fácilmente comprensible para todos a los que va dirigido su mandato.<sup>83</sup>

Como se puede apreciar, la perspectiva pragmatialéctica proporciona estándares para reforzar el actuar razonable del legislador que le permita convencerse de la trascendencia de la libertad en el discurso jurídico, con la consecuente consideración de los destinatarios de la norma jurídica, la relevancia que adquiere la argumentación en la creación, modificación o derogación de normas jurídicas, así como el adecuado uso del lenguaje, lo cual en conjunto permitirá que los miembros del órgano legislativo respondan a las expectativas propias del Estado de Derecho y refuercen la confianza de la población en la labor legislativa.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Bajo la concepción de la argumentación como una actividad verbal, social y racional destinada a la resolución de una controversia, la perspectiva pragmatialéctica permite advertir la importancia que

---

<sup>82</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>83</sup> Cfr. Ángeles Galiana Saura, *La legislación en el Estado de Derecho*, op. cit., pp. 96-97.

reviste la razonabilidad en el actuar de los participantes en una discusión.

En este esquema el código de conducta para discutidores razonables de la pragmatialéctica representa una herramienta para orientar el actuar del legislador particularmente en la etapa de discusión y aprobación de una ley, en tanto que refuerza la conveniencia de permitir la libertad discursiva tendiente a favorecer el diálogo democrático, aporta elementos para evaluar si fue satisfactoria o no la argumentación desarrollada en el proceso legislativo, así como si la aprobación de la iniciativa de ley fue congruente con las posturas externadas en la discusión. Aunado a lo anterior, el referido código puede ser auxiliar para reforzar la racionalidad lingüística de la ley, en tanto que exhorta a emplear debidamente el lenguaje en la defensa o expresión de dudas y objeciones a la conveniencia de aprobar el texto legislativo.

Así, la teoría jurídica contemporánea ofrece elementos de reflexión en torno a la importancia que adquiere la razonabilidad de los sujetos que intervienen en una discusión y redimensionar la trascendencia del diálogo en la mejora del producto legislativo, lo cual a su vez permitirá contribuir a consolidar la seguridad jurídica en el Estado de Derecho y mejorar la confianza de la población en los integrantes del órgano legislativo.

## VI. FUENTES

### 1. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010.

ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

- , *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2009.
- DE ASÍS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Poder Legislativo*, 2a. ed., México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FETERIS, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996.
- GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. de Ramón Vilá Vernis, Barcelona, Paidós, 2003.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control. Coordinadas para legisladores en tiempos de reelección*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados. LXII Legislatura, 2015.
- MURO RUIZ, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- PLANTIN, Christian, *La argumentación*, trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2009.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La Argumentación Jurídica del Legislador*, México, Porrúa, 2015.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Argumentación Jurídica*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TOSI, Silvano *Derecho parlamentario*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez et. al., México, Porrúa, 1996.

- TOVAR SILVA, Yvonne Georgina, *La perspectiva pragma-dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador*, 2017, Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México.
- VAN EEMEREN, Frans H., *Maniobras Estratégicas en el Discurso Argumentativo*, trad. de Cristián Santibañez Yáñez y María Elena Molina, Madrid-México, Plaza y Valdés Editores, 2012.
- y Grootendrost, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, 2a. ed., trad. de Celso López y Ana María Vicuña, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.
- , *Los actos de habla en las discusiones argumentativas. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*, trad. de María Elena Molina, Cristián Santibañez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo, Santiago, Editorial Universidad Diego de Portales, 2013.
- , *Una Teoría sistemática de la Argumentación. La Perspectiva Pragmadialéctica*, trad. de Celso López y Ana María Vicuña, Buenos Aires, Biblos, 2011.
- *et. al.*, *Argumentación*, trad. de Roberto Marafioti, Buenos Aires, Biblos, 2006.

## 2. HEMEROGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, en *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Inglaterra, vol. 9, núm. 3, septiembre 1996
- CHÁVEZ HERNÁNDEZ, Efrén, “Ética en el Poder Legislativo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año XXXIX, núm. 115, enero-abril 2006.

- FETERIS, Eveline T., “The judge as a critical antagonist in a Legal Process: A pragma-dialectical perspective”, en McKerrow, Raymie E. (ed.), *Argument and the Postmodern challenge: Proceedings of the Eight Sca/Afa Conference on Argumentation*, Annandale, Virginia, National Communication Association, 1993.
- GRANADOS ROLDÁN, Otto, “Hacia un modelo de Evaluación Legislativa”, en *Pluralidad y Consenso. Revista del Instituto Belisario Domínguez. Senado de la República. LXI Legislatura*, México, Año 3, núm. 19, junio 2012.
- HABERMAS, Jürgen, “Acerca del uso de la razón práctica”, en *Quórum*, s/t, México, 2a. época, Año IV, núm. 36, septiembre-octubre 1995.
- KLOOSTERHUIS, Harm, “Reconstructing Complex Analogy Argumentation in Judicial Decisions: A Pragma-dialectic perspective”, en *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005.
- KLOOSTERHUIS, Harm, “The Rule of Law and the Ideal of a Critical Discussion”, en Christian Dahlman y Eveline Feteris (ed.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Heidelberg, Nueva York, Londres, Springer, 2003.
- PLUG, José, “Institutional Boundaries on the Evaluation of Argumentation in Legislative Discussions”, en *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*, Oxford, Inglaterra, vol. IV, núm. 1, 2010.
- , “Reconstructing and Evaluating Genetic Arguments in Judicial Decisions”, en *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, noviembre 2005.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, “Estado constitucional y argumentación jurídica en sede legislativa”, en *Derechos y libertades*, núm. 28, época II, enero 2013.
- VALENCIA ESCAMILLA, Laura, “Élites parlamentarias y profesionalización legislativa en México”, *El cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, México, núm. 155, año 24, mayo-junio 2009.
- VAN EEMEREN, Frans H., “The Pragma-Dialectical Theory under Discussion”, en *Argumentation*, Ámsterdam, Países Bajos, vol. 26, 2012.

—— y Houtlosser, Peter, “The Development of the Pragma-dialectical Approach to Argumentation” en *Argumentation*, Ámsterdam, Países Bajos, vol. 17, núm. 4, 2003.

### 3. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.



## HACIA UNA TIPOLOGÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL TRANSNACIONAL

*TOWARDS A TYPOLOGY OF TRANSNATIONAL JUDICIAL DIALOGUE*

RODRIGO BRITO MELGAREJO<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** Este artículo ofrece una tipología sobre la forma en que los jueces constitucionales usan precedentes extranjeros al resolver casos, a fin de determinar si al recurrir a resoluciones de tribunales de otros países los órganos jurisdiccionales actúan de manera apropiada en su labor de interpretación constitucional, así como para determinar cuándo recurren a esta herramienta interpretativa y cuáles son las implicaciones y parámetros en cada caso.

**PALABRAS CLAVE:** *diálogo judicial, precedentes extranjeros, jueces constitucionales, interpretación constitucional.*

**ABSTRACT:** This article provides a typology of the uses of foreign precedents by constitutional judges in deciding cases in order to provide insight into whether these precedents can be appropriately used in constitutional interpretation, when and what the stakes and parameters are in each case.

**KEYWORDS:** *judicial dialogue, foreign precedents, constitutional judges, constitutional interpretation.*

**SUMARIO:** I. Comunicación judicial y proceso dialógico. II. Los factores que favorecen el diálogo entre los tribunales. III. La importancia del diálogo entre tribunales. IV. Elementos para una tipología del diálogo judicial transnacional. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

---

<sup>1</sup> Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, así como Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. <r.brito@icloud.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-0786-1543>>.

Fecha de recepción: 10 de diciembre de 2018; fecha de aprobación: 9 de febrero 2019.

## I. COMUNICACIÓN JUDICIAL Y PROCESO DIALÓGICO

**L**a forma en que entendemos la protección de los derechos ha cambiado radicalmente a partir de la apertura que los jueces constitucionales han tenido respecto de otras experiencias en los últimos años. Cada vez son más los órganos de control que voltean la mirada hacia la forma en que otros tribunales están resolviendo casos similares a los que ellos deben enfrentarse, generándose así una comunicación transjudicial a partir de la generación de una especie de diálogo que encuentra uno de sus fundamentos más sólidos en la idea de que la emergencia de problemas que en su evolución, pero, sobre todo, en su solución posible tienen una dimensión y una naturaleza que supera los confines estatales, muchas veces impone a los actores que participan en este nuevo escenario buscar respuestas en criterios que no sólo se encuentran en las normas nacionales. Surge entonces la necesidad de un intercambio de ideas entre las distintas jurisdicciones nacionales que tiende a provocar una convergencia en los distintos sistemas jurídicos. Este hecho ha sido producto de una serie de fenómenos que favorecen la circulación de principios comunes (al menos en los ordenamientos liberal-democráticos) y, al mismo tiempo, dotan a estos principios de una fuerza expansiva que les permite convertirse en referentes aplicables, bajo ciertas condiciones, en otros sistemas.

Esa situación ha provocado una dicotomía caracterizada por planteamientos que parecieran contraponerse, pero que, dado el contexto actual, conviven dotando de cierta complejidad a los sistemas jurídicos. Por un lado, existen elementos ideológicos, religiosos, históricos, económicos, climáticos, geográficos, sociológicos y culturales que determinan una identidad nacional sobre la que se construyen normas e instituciones que regulan la vida de los individuos; pero por otra parte, los seres humanos, debido a las concurrencias que se presentan en el mundo jurídico, van acogiendo cada vez

con mayor fuerza una concepción universal de la idea de justicia y, en consecuencia, consideran difícil justificar la existencia de respuestas diversas a problemas idénticos.<sup>1</sup> La dicotomía planteada ha provocado un aumento en el interés por la forma en que son tratados los casos que se resuelven en otros países, lo que tiene como consecuencia que, en la práctica jurídica interna de los Estados, las resoluciones dictadas por los órganos de control de otros países sean revalorizadas.

La llamada “globalización judicial”, por tanto, se afianza día con día a través de distintos canales de comunicación que los jueces constitucionales utilizan para encontrar soluciones mejor argumentadas en los procesos que se ven obligados a resolver.<sup>2</sup> De esta forma, a través de una mayor comunicación con otros órganos jurisdiccionales, cada vez son más los tribunales que interactúan entre sí, no sólo tomando como referencia los casos resueltos por otros jueces o en otras instancias, sino también ofreciendo sus propios razonamientos para participar en un proceso que está cambiando de la simple recepción al diálogo entre órganos jurisdiccionales.<sup>3</sup> Este proceso dialógico ha adquirido mayor fuerza debido a que los problemas comunes y las necesidades globales que enfrentan los Estados, han hecho crecer la necesidad de conocer no sólo las reglas escritas o la doctrina que se crea en el mundo académico, sino también las reglas operacionales, los modelos de sentencia y las técnicas

---

<sup>1</sup> Canivet, Guy, “La pratica del diritto comparato nelle corti supreme”, en Markesinis, Basil y Fedtke, Jörg, coords., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 214 ss.

<sup>2</sup> La globalización judicial, según Slaughter, describe un proceso de interacción judicial que supera fronteras al intercambiar ideas y cooperar en casos que implican tanto el derecho nacional como el internacional. Véase Slaughter, Anne-Marie, “Judicial globalization”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999-2000, p. 1104.

<sup>3</sup> L’Heureux-Dubé, Claire, “The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Journal*, vol. 34, 1998, pp. 17 ss.

de razonamiento de los que se valen otros órganos jurisdiccionales. El diálogo, entonces, busca acabar con cualquier autismo por parte de unos tribunales que en nuestros días deben necesariamente interpretar los derechos en red por la misma naturaleza transversal y global de su objeto.<sup>4</sup> De hecho, son muchos los factores que, cada vez con mayor fuerza, fomentan la práctica dialógica entre los órganos jurisdiccionales.

## II. LOS FACTORES QUE FAVORECEN EL DIÁLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES

Hoy en día son muchos los factores que hacen posible el diálogo entre los tribunales constitucionales. Esos factores pueden ser de carácter general o propios del país en el que se intenta poner en práctica la comunicación entre órganos jurisdiccionales y, en no pocas ocasiones, influyen considerablemente en la práctica judicial. Entre los factores generales, la migración de las ideas constitucionales y la expansión del control de constitucionalidad pueden considerarse como elementos que favorecen el diálogo transjudicial. El primero de estos elementos es fundamental, pues cada vez son más los países que comparten valores liberal-democráticos y, en consecuencia, gran parte de las instituciones y concepciones que éstos generan. Ciertas ideas cardinales como la protección de los derechos humanos, la división de poderes, el pluralismo, etc., son tomadas y compartidas por muchos Estados, lo que ha dado como resultado la creación de una concepción axiológica de los textos constitucionales en la que se marcan contenidos mínimos para que una Constitución pueda ser considerada como democrática.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 192-195.

<sup>5</sup> En este sentido Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, t. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 859 ss.

Ahora bien, por lo que respecta al segundo elemento es necesario señalar que al extenderse la idea de que hablar de un Estado liberal-democrático significa también referirse a ciertos estándares mínimos de carácter constitucional y a la existencia de un sistema de control con el que se asegure la vigencia de la norma fundamental, el número de tribunales constitucionales que pueden considerarse verdaderamente democráticos aumentó de manera importante en las últimas décadas. Además, si se toma en cuenta que muchos de estos órganos de control han comenzado a trabajar bajo la nueva perspectiva que aportó el constitucionalismo de la posguerra y que su jurisprudencia (producto en algunos casos de varias décadas de experiencia) se ha basado en estas ideas, es evidente que el escepticismo hacia el material que ofrece la comparación jurídica comienza a diluirse.<sup>6</sup>

Una consecuencia de la circulación de tópicos en materia constitucional y del surgimiento de un buen número de tribunales constitucionales, es que éstos deben enfrentar problemas muy similares, lo que favorece el diálogo entre diversos órganos de control. En el ámbito de los derechos humanos, por ejemplo, diversos órganos jurisdiccionales se han pronunciado sobre temas como el aborto, la libertad de expresión, las prácticas religiosas y la libertad de conciencia o la equidad de género. Además, las jurisdicciones constitucionales se han ocupado también de cuestiones estructurales como el federalismo y la distribución del poder. Estas materias, son sólo una muestra de la manera en que, al revisar temas constitucionales, los órganos jurisdiccionales de control están tratando problemas parecidos que pueden servir como referentes en la labor interpretativa que llevan a cabo.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Cfr. Ackerman, Bruce, "The rise of world constitutionalism", *Yale Law School Occasional Papers*, núm. 4, 1996, p. 2.

<sup>7</sup> Véase en este sentido Barak, Aharon, "A judge on judging. The role of a Supreme Court in Democracy", en *Harvard Law Review*, núm. 116, 2002-2003, p. 110.

Las semejanzas en estos temas tienen al menos dos fuentes:<sup>8</sup> un compromiso con las normas constitucionales comunes y la necesidad de aplicarlas a desarrollos culturales, sociales, políticos y económicos comparables. Esto porque aun cuando muchos de los sistemas constitucionales que existen reflejan importantes diferencias relacionadas con la lengua, con su estructura o su historia, generalmente están comprometidos con los mismos principios básicos del Estado constitucional. En el ámbito de los derechos fundamentales esta situación se acentúa debido a que existen textos que pueden considerarse modélicos (como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o la Declaración de Derechos norteamericana de 1797) y que han influenciado un gran número de constituciones o han sido parte fundamental en la elaboración de declaraciones de derechos e instrumentos de carácter internacional que son vinculantes en muchos países y que han servido también como fuentes de inspiración en la concepción de instrumentos regionales de protección de derechos.<sup>9</sup> En pocas palabras, muchas veces los ciudadanos de distintos Estados encuentran garantizados similares derechos, que las instituciones deben proteger actuando de manera similar (aunque con los matices que emergen de las diferencias propias de cada nación).

Debe considerarse también que, en ocasiones, los Estados no sólo comparten los mismos principios básicos dentro de sus sistemas constitucionales, sino que también afrontan los mismos retos al aplicar esos principios a la realidad de la cultura contemporánea, pues en este siglo el desarrollo económico y tecnológico, los cambios demográficos, los asuntos políticos, sociales, culturales y religiosos, así como los sucesos mundiales, a menudo rebasan las fronteras na-

---

<sup>8</sup> Cfr. Rahdert, Mark C., “Comparative constitutional advocacy”, en *American University Law Review*, vol. 56, núm. 3, 2006, pp. 565.

<sup>9</sup> Rosenfeld, Michael, “Constitutional migration and the bounds of comparative analysis”, *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 67, 2001, pp. 69 ss.

cionales creando la misma clase de fricciones constitucionales. Por este motivo, los desarrollos jurisprudenciales frecuentemente toman senderos similares.

Por otra parte, los jueces constitucionales utilizan con frecuencia los mismos procesos analíticos al tratar los casos a los que se enfrentan. Conceptos como ponderación, proporcionalidad o racionalidad, se presentan como instrumentos interpretativos que se usan en diversos países. Es verdad que en ocasiones estos principios tienen significados o aplicaciones diversas en los distintos sistemas de control que existen o que muchas veces pueden encontrarse otros que no se ven reflejados en figuras afines en otros países; sin embargo, es un hecho que hoy en día puede hablarse de la existencia de una base común en los procesos de análisis dentro de los sistemas de control.

Si a esto sumamos que los tribunales constitucionales están alcanzando niveles de profesionalismo cada vez más homogéneos, el uso del método comparativo como herramienta en la interpretación se hace más simple. Además, los intercambios y encuentros entre jueces de distintas naciones, así como los congresos y simposios sobre el tema organizados en el mundo académico, favorecen también el diálogo entre los tribunales constitucionales.

Debe decirse además, que otros factores generales que contribuyen al uso del método comparativo en la interpretación son la creación de organizaciones instituciones internacionales que ofrecen y analizan distintos materiales de derecho comparado, el tratamiento que se da a este tema en las escuelas de derecho, así como la creciente accesibilidad a las decisiones de los tribunales constitucionales y la creación de oficinas, dentro de la organización de estas instituciones jurisdiccionales, que dan seguimiento a las decisiones de otros órganos de control.

Ahora bien, por lo que se refiere a los factores propios de cada Estado que favorecen el diálogo judicial transnacional, es necesario comentar que las naciones con sistemas de control incipiente, por

ejemplo, pueden ser más propensas al diálogo debido a que el uso del derecho comparado como herramienta o método interpretativo puede dotar de legitimidad a las decisiones de sus tribunales constitucionales y constituir una fuente importante de referencias tanto en lo que concierne a los procesos decisionales como a sus consecuencias. Esto, sin embargo, no implica que en el diálogo participen sólo aquellos países que buscan tomar prestados conceptos o argumentos que han sido construidos por los tribunales de las democracias consolidadas, pues en muchas ocasiones también toman parte en él aquellos Estados que cuentan con una tradición jurídica fuerte y un sistema jurídico lo suficientemente afianzado como para resolver los casos que se les presentan, pero que, a pesar de ello, intentan saber en qué forma han sido resueltos casos similares fuera de sus fronteras.

Es evidente entonces que la apertura al diálogo dependerá de muchos factores de carácter interno (*v. gr.* Preparación de los jueces constitucionales, apertura normativa al derecho comparado, procedimientos de control, factores históricos, etc.) y que determinarán su propensión a la deliberación comparativa. Lo que es importante subrayar es que en la mayor o menor apertura de los órganos jurisdiccionales de control al uso del derecho comparado no solamente influyen factores externos de carácter general, sino también aspectos particulares que determinarán la factibilidad y los costos que eventualmente puede implicar para los jueces constitucionales el uso del método comparativo como canon de interpretación.

Ahora bien, si es cierto que cada vez son más los factores que favorecen el diálogo transjudicial, no puede pasarse por alto que la idea de diálogo jurisdiccional es una noción que, aunque no es nueva, sí puede considerarse bastante imprecisa y, para convertirse en una verdadera categoría jurídica en vez de una simple intuición, es necesario que se ofrezcan elementos que permitan a los operadores jurídicos comprender de mejor manera los alcances y bondades de las construcciones argumentativas basadas en procesos

dialógicos. Por ello, en las páginas siguientes se ofrecerán algunos insumos para la construcción de una tipología de comunicación judicial, atendiendo a la manera en que puede emplearse el diálogo judicial transnacional.

### III. LA IMPORTANCIA DEL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

La palabra diálogo encuentra entre las acepciones contempladas en el Diccionario de la Real Academia Española, la imagen de “discusión o trato en busca de avenencia”.<sup>10</sup> De esto se deduce de manera bastante evidente, como señala Laurence Burgogues-Larsen, que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación.<sup>11</sup> Ahora bien, para los órganos jurisdiccionales, el concepto de diálogo conlleva, ante todo, la necesidad de justificar sus resoluciones fundamentándolas en argumentos suficientes. Esto es así pues:

Tradicionalmente, los tribunales decidían principalmente a partir de su autoridad, por lo que argumentaban poco sus resoluciones. No se veían llamados a sustentar la solución adoptada, ni tampoco justificaban que fuera la mejor entre otras opciones jurídicamente posibles. En cambio, en el nuevo derecho público, los tribunales deben argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión. Tal justificación representa un elemento primordial en este modelo de derecho público, pues la

---

<sup>10</sup> Estos señalamientos corresponden a la tercera acepción de la palabra, consultable en <www.rae.es>.

<sup>11</sup> Burgogues-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 29-30.

autoridad del ente jurisdiccional en sí misma no basta para sustentar el fallo.<sup>12</sup>

Pero además de su importancia desde el punto de vista argumentativo, el diálogo jurisprudencial, como fenómeno contemporáneo, al implicar la interacción entre tribunales de distintas jurisdicciones, busca un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes acordes a los principios universales del derecho democrático.<sup>13</sup> De esta forma, la existencia de un diálogo jurisdiccional permite reforzar la legitimidad de las decisiones que se toman, facilitando su obediencia, lo que conecta con la filosofía de la democracia deliberativa, pues supone la existencia de varias autoridades que se encuentran comprometidas en un sistema de garantía de los derechos.<sup>14</sup> Esto es así pues si bien, como se ha mencionado, tras conversar puede “alcanzarse un acuerdo entre los sujetos afectados, o un matizado disenso, pendiente de nuevos encuentros, o incluso un flagrante desacuerdo [...], en todo caso, se admite comúnmente entre las partes del sistema que todo diálogo produce al menos un *recíproco enriquecimiento* de las argumentaciones”.<sup>15</sup> No obstante, en ocasiones, la forma en que se produce el diálogo no es la mejor para fomentar ese enriquecimiento y, por ello, es conveniente encontrar elementos que permitan construir una tipología de comunicación judicial transnacional.

---

<sup>12</sup> Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en Fix-Fierro, Héctor, Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela, coords., *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 14.

<sup>13</sup> Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. XIII.

<sup>14</sup> García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 196.

<sup>15</sup> *Idem*.

#### IV. ELEMENTOS PARA UNA TIPOLOGÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL TRANSNACIONAL

Si se toman en cuenta los usos y formas en que los jueces refieren sentencias extranjeras en sus resoluciones podemos encontrar algunos elementos para la conformación de una tipología de esta forma de comunicación judicial transnacional. En este sentido, y para comenzar con lo obvio, puede señalarse que una cita, presumiblemente, anticipa un contenido de interés para el lector. Esto significa que los jueces emplean las citas o referencias en su actuación por una razón específica: por su congruencia, por el rigor del análisis que en ella se emplea, por lo adecuado de sus conclusiones, por el estatus de un juez o de un tribunal o porque quieren persuadir a un auditorio específico de lo apropiado de los argumentos que desarrollarán.<sup>16</sup> Sin embargo, existen diferentes formas en que los jueces utilizan las citas a sentencias extranjeras y de ello depende el peso que éstas tienen tanto dentro como fuera del tribunal que las utiliza.

##### 1. ATENDIENDO A LAS RAZONES DE SU UTILIZACIÓN

En primer lugar, el recurso a jurisprudencia extranjera puede clasificarse tomando en cuenta los motivos por los que los jueces constitucionales recurren a las sentencias extranjeras. En este sentido, las citas pueden ser utilizadas por los jueces para demostrar un conocimiento básico de la materia que deben tratar. Al referir casos que son muy conocidos en una materia determinada, el juez envía el mensaje de que conoce los argumentos que, sobre el tema que examina, se han desarrollado en otras jurisdicciones. Esto hace que el juez, siempre que realice la referencia de manera adecuada, sea visto como una persona preparada.

---

<sup>16</sup> McCormick, Peter y Praskach, Tammy, "Judicial Citation, the Supreme Court of Canada, and the Lower Courts: A Statistical Overview and the Influence of Manitoba", *Manitoba Law Journal*, vol. 24, núm. 2, 1996-1997, p. 338.

Además, los jueces también pueden emplear las citas a precedentes extranjeros para situar el análisis que deben llevar a cabo en el contexto de principios y estándares establecidos por la comunidad internacional. Así, los tribunales refieren diversos casos resueltos en otras jurisdicciones para crear un horizonte de reconocimiento y, de esta manera, preparar y orientar su argumentación.<sup>17</sup>

Los tribunales usan también las sentencias extranjeras para integrar sus pautas interpretativas o agregar contenidos al derecho nacional. A través del uso de material jurisprudencial extra-sistémico, los jueces pueden implementar principios de interpretación que han sido empleados en otras jurisdicciones y, con ello, analizar los problemas que se les presentan desde una óptica diversa para entenderlos mejor y encontrar soluciones adecuadas al contexto local. Además, el uso de sentencias extranjeras también puede tener una vertiente funcionalista a partir de la cual los integrantes de los órganos jurisdiccionales encuentran diversas formas de resolver problemas comunes en las decisiones de otros jueces, obteniendo con ello el máximo provecho de la deliberación comparativa. De esta manera, el uso de precedentes extranjeros también sirve como una fuente de sugerencias para perfeccionar el derecho nacional.<sup>18</sup> Y es que cuando el derecho de un determinado país debe ser completado colmando las lagunas que en éste existen o corrigiendo las

---

<sup>17</sup> Lollini, Andrea, “La circolazione degli argomenti: método comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudaficana”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 1, 2007.

<sup>18</sup> Rosenkrantz, Carlos F. ha señalado al respecto que: “Constitutional authorities sometimes use foreign law [...] as a source of legal innovation and knowledge. Foreign constitutional materials may liberate, helping us to jettison the conviction of false necessity that usually accompanies those who have been intellectually bred in the context of fixed institutions. An entire new range of ideas and possibilities may open up when we look abroad. New ways to deal with protracted and common problems may appear feasible.” Rosenkrantz, Carlos F., “Against borrowings, and other nonauthoritative uses of foreign law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 2, 2003, p. 288.

imprecisiones o divergencias que en él se encuentran, una forma de modernizarlo puede ser recurriendo al método comparativo en la interpretación del texto constitucional.

Las citas a jurisprudencia extranjera también pueden usarse para añadir peso y credibilidad a los argumentos que se analizan, haciéndolos más persuasivos y, por tanto, más aceptables para el auditorio al que están dirigidos.<sup>19</sup> Las soluciones que los principales sistemas extranjeros dan a cuestiones delicadas que implican argumentos controvertidos (por ejemplo de índole ética o religiosa) son un importante punto de referencia para los tribunales nacionales que afrontan problemas en los que está interesada una opinión pública dividida. Calabresi y Zimdahl identifican las resoluciones a las que los tribunales dan este uso como “*logical reinforcement cases*”.<sup>20</sup> Bajo este esquema, los tribunales generalmente se basan en fuentes locales para llegar a su decisión, pero recurren al material extranjero para mostrar que su interpretación no es irracional o peculiar, con lo que añaden fuerza a sus resoluciones y, en cierto sentido, también las legitiman.

Los tribunales constitucionales en ocasiones utilizan también las sentencias extranjeras de manera probatoria. Esto puede suceder de manera negativa cuando, por ejemplo, un juez en un voto particular ofrece una interpretación divergente respecto a la de la

---

<sup>19</sup> Ganesh Sitaraman, sobre este punto, ha dicho que: “The use of foreign law for persuasive reasoning argues that different nations may face similar situations and therefore one judge’s analysis of a situation may be helpful to another judge elsewhere. These ‘parallel rules’ provide justification for considering foreign law. Persuasive reasoning involves a judge considering the argumentation or logic of a foreign decision and using that argument in his decision. The foreign case is not authoritative, but merely provides an example of an intelligent person reasoning through a legal problem perhaps similar to an academic article that seeks to analyze a problem and suggest an answer.” Sitaraman, Ganesh, “The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, núm. 2, 2009, p. 676.

<sup>20</sup> Calabresi, Steven y Zimdahl Stephani, “The Supreme Court and foreign sources of law: Two hundred years of practice and the juvenile death penalty decision”, *William and Mary Law Review*, vol. 47, 2005-2006, p. 899.

mayoría para mostrar su desacuerdo con la resolución tomada; o bien en sentido positivo, cuando el tribunal o incluso un juez (en un voto concurrente) aporta argumentos tomados de una decisión extranjera para probar su hipótesis. Este esquema argumentativo está muy ligado al que acabamos de analizar y se basa, como señala Lollini, en la afirmación “incluso en el extranjero piensan así”. Los jueces, por tanto, con el fin de reforzar una cierta interpretación afirman que ésta corresponde, se alinea o coincide con las de otro juez extranjero. Por lo tanto, el uso de parámetros extra-sistémicos tiene una función de reforzamiento de carácter retórico-probatorio.<sup>21</sup> En el ámbito de la comparación probatoria se da un segundo esquema que se concreta en la afirmación: “visto que en el extranjero piensan así.... entonces” también nosotros atribuimos el mismo significado. Este esquema se diferencia del anterior porque a través de él se identifica un modelo hermenéutico extranjero al cual reconducir, posteriormente, la interpretación local. En este caso el fenómeno tiene consecuencias más problemáticas, pues existe un muy amplio número de interpretaciones que pueden tomarse en cuenta para desentrañar el “significado” de una norma constitucional o de los cuales derivar esquemas argumentativos. Por este motivo, en este segundo esquema, la discrecionalidad del juez juega un papel muy importante. Sin embargo, los peligros que puede implicar esta práctica son muchos pues el hecho de tomar el significado de los enunciados normativos internos de forma directa y automática de parámetros extrasistémicos significa indirectamente incorporar una “pseudo- fuente” al sistema nacional, ya que con esta práctica se produce una dinámica consecencial: la interpretación de un determinado enunciado constitucional deriva automáticamente del parámetro extranjero mediante un procedimiento de subsunción de un caso particular a un precedente extra-sistémico.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Lollini, Andrea, *op. cit.*, p. 499.

<sup>22</sup> *Ibidem.*

Los tribunales también pueden citar precedentes extranjeros para establecer proposiciones fácticas que demuestren que una solución determinada ha funcionado en otros lugares. De esta forma, a través del análisis de los efectos que ha tenido una determinada sentencia en el extranjero, se puede saber si la finalidad de dictar una resolución determinada se cumple utilizando los argumentos que el tribunal piensa emplear.<sup>23</sup> A partir de este uso también puede encontrarse una vertiente negativa o de resistencia, que se presenta cuando los jueces utilizan los precedentes extranjeros para darse cuenta de lo que no debe hacerse, pues las consecuencias de una determinada solución puede provocar problemas o simplemente porque la solución tomada en otros países no puede aplicarse al contexto local.<sup>24</sup>

Los jueces constitucionales en ocasiones usan también las sentencias extranjeras para ponderar determinadas soluciones con el fin de saber cuál es la más adecuada o si alguna de ellas puede aplicarse al contexto local. Bajo este esquema, los jueces toman en consideración propuestas de interpretación extranjeras diversas y ponderan las soluciones que sobre un problema determinado se han dado, delimitando la oscilación interpretativa para considerar o excluir de su razonamiento ciertos argumentos. A través de esta técnica, el tribunal busca la mejor interpretación entre varios esquemas ar-

---

<sup>23</sup> Sobre este punto véase Fontana, David, “Refined comparativism in constitutional law”, *UCLA Law Review*, núm. 49, 2001-2002, p. 555.

<sup>24</sup> Según señala Rosenkrantz “Negative borrowing is a consequence of focusing on the ‘failures of other constitutional regimes’. The reason for the rejection varies. Sometimes, it is done with a clear awareness of categorical differences between countries [...] At other times, differences in culture or national pride underlie the decision to refuse to resort to foreign models. Finally, a decision not to borrow may follow from a deep conviction about the implausibility of a given constitutional scheme. This motive is what Professor Scheppele calls ‘aversive constitutionalism’, where the construction of a constitutional text and a constitutional culture is based on the rejection of a particular conception of a constitution.” *Cfr.* Rosenkrantz, Carlos F., *op. cit.*, p. 289.

gumentativos contrapuestos y determina si ésta es aplicable al caso que debe resolver o si alguno o ninguno de estos esquemas puede(n) aplicarse al contexto local.<sup>25</sup> De esta forma, el uso de sentencias extranjeras puede servir también para enfatizar que los hechos particulares de un caso requieren una solución propia.

Los tribunales constitucionales, a través del uso de jurisprudencia extranjera, también intentan demostrar el desarrollo de un incipiente *ius commune*. Haciendo un recuento de las soluciones dadas en ciertos países, los jueces constitucionales en ocasiones tratan de determinar cuáles son los valores que rigen en las sociedades democráticas. Se dan casos también en los que a través del uso de material jurisprudencial extra-sistémico, los tribunales constitucionales intentan construir postulados de justicia global y reaccionar ante presiones externas. En estos supuestos, los tribunales constitucionales actúan como defensores transnacionales de ciertos valores.

Finalmente, las sentencias extranjeras pueden usarse también para entablar un diálogo entre jueces, aportando elementos argumentativos o de interpretación que son empleados por otras jurisdicciones, pero también tomando en cuenta la forma en que resuelven determinados problemas otros órganos jurisdiccionales de control.

## 2. ATENDIENDO A LA FRECUENCIA

La segunda clasificación que podemos hacer del recurso a sentencias extranjeras por parte de los jueces tiene que ver con la frecuencia en que los jueces recurren a esta práctica. En este grupo pueden darse

---

<sup>25</sup> Choudhry señala al respecto que: “Through a process of interpretive self-reflection, courts may conclude that domestic and foreign assumptions are sufficiently similar to one another to warrant the use of comparative law. Conversely, courts may conclude that comparative jurisprudence has emerged from a fundamentally different constitutional order; this realization may sharpen an awareness of constitutional difference or distinctiveness.” Choudhry, Sujit, *Globalization in search of justification: Toward a theory of comparative constitutional interpretation*, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 828.

diversas hipótesis dependiendo del grado en que los tribunales recurren a jurisprudencia extranjera. Partiendo de uno de los extremos de la gradación, la primera hipótesis que se presenta es el no uso de precedentes extranjeros en la actividad interpretativa. Los tribunales, en este supuesto, ignoran por completo el derecho extranjero, pues no lo consideran útil al momento de llevar a cabo su labor interpretativa. En este caso se encuentran actualmente sólo pocos sistemas cerrados, pues el diálogo judicial transnacional tienen día a día con mayor fuerza hacia la universalización.

En un segundo grado podríamos encontrar el uso críptico o clandestino de sentencias extranjeras. Este uso, como señala Palermo, es un terreno difícil y resbaloso, pues en ausencia de citas expresas faltan pruebas inmediatas del razonamiento comparativo que realizan los jueces, y, sin embargo, la observación de los fenómenos de circulación de soluciones y técnicas jurisdiccionales con los lentes del método comparado ayudan a encontrar la operatividad que tiene el análisis comparado a fin de resolver controversias concretas.<sup>26</sup> Y es que en muchos casos en el trabajo de los jueces, a pesar de no existir una referencia explícita a precedentes extranjeros, se nota la influencia de resoluciones extra-sistémicas. El uso inexpresso del derecho extranjero, sin embargo, muchas veces es difícil de determinar y no en pocas ocasiones da al observador un excesivo margen de discrecionalidad para indicar (sobre todo en los ordenamientos que comparten la misma evolución liberal democrática) si principios, fórmulas, *rationes decidendi* o soluciones de diverso tipo son producto del trabajo de los tribunales locales o tienen su origen en una recepción pasiva.<sup>27</sup> Es por esta razón que el uso clandestino

---

<sup>26</sup> Palermo, Francesco, “La Corte costituzionale austriaca e la comparazione giuridica”, en Ferrari, Giuseppe Franco y Gambaro, Antonio (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, p. 144.

<sup>27</sup> Orrù, Romano, “La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l’esperienza portoghese”, en Ferrari, Giuseppe Franco y Gambaro, Antonio, *op. cit.*, p. 5.

ha sido criticado por personajes como Slaughter, quien ha señalado que el peor de todos los mundos sería que los jueces estuvieran muy influenciados, pero de manera secreta, por otras fuentes jurídicas.<sup>28</sup>

En un tercer grado se incluirían a las referencias explícitas a material extranjero que, a su vez, pueden dividirse en diversas categorías. La primera de ellas es definida por Alessandro Somma como el uso ornamental de la jurisprudencia extranjera.<sup>29</sup> En este caso la cita culta, meramente ocasional, o *en passant*, sirve sólo para reforzar la convicción del juez de la bondad de la solución citada a manera de *obiter dictum*, pero no lo conduce a la solución que, de cualquier forma, habría encontrado por su cuenta aplicando el derecho nacional.<sup>30</sup> En esta categoría

---

<sup>28</sup> Slaughter, Anne Marie, “A brave new judicial world”, en Ignatieff, Michael, (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 297.

<sup>29</sup> Somma, Alessandro, “Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti”, en Alpa, Guido (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milán, 2006.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Sobre este tipo de citas Sitaraman señala que: “Judges might cite foreign law or international law because they like a particular turn of phrase used. This type of citation is similar to cases in which the Court cites great works of literature [Barnicy vs. Vopper Rehnquist, Dissenting, C.J., “Although the Court recognizes and even extols the virtues of this right to privacy, these are ‘mere words’]. W. Shakespeare, *Troilus and Cressida*, act V, sc. 3, overridden by the Court’s newfound right to publish unlawfully acquired information of public concern”] or pop music [Sprint Comm vs. APCC Services, Inc., (2008) Roberts, C.J. dissenting, ‘The absence of any right to substantive recovery means that respondents cannot benefit from the judgment they seek and thus lack Article III standing’. ‘When you got nothing, you got nothing to lose’ Bob Dylan, *Like a Rolling Stone*, on Highway 61 Revisited (Columbia Records 1965)], and like citations of literature or music, this type of citation does not offend any significant values. It does not undermine expressive, democratic, or institutional competency values because the court is merely using words not their underlying reasoning, and the sources themselves are not authoritative. That Bob Dylan or William Shakespeare used the phrase is not the reason the court is adopting a certain rule. Nor is quoting language methodologically troubling. It is unnecessary to have a deep or broad knowledge of the foreign nation’s laws merely to restate a phrase. Indeed, quoting language

pueden incluirse, además de citas precisas, referencias generales (*v. gr.* a “jurisprudencia extranjera”, a “los tribunales constitucionales de los países democráticos”, o a “la jurisprudencia de los países liberal-democráticos”) que, muchas veces son poco útiles para un tribunal que pretenda utilizarlas y que en ocasiones crean problemas o confusiones a quienes toman en consideración estas referencias.

Los tribunales constitucionales también pueden emplear las sentencias extranjeras *ad abundantiam*. En estos casos, el uso tiene una finalidad que ayuda a la decisión. Los jueces a través de este esquema pueden añadir valor interpretativo a sus resoluciones, demostrar la construcción de una *opinio communis* o hacer patente la coincidencia de sus argumentos con los de la comunidad internacional.

El uso expreso de jurisprudencia extranjera también puede clasificarse de conformidad con la investigación comparativa que los jueces llevan a cabo. En este caso, se pone en consideración el grado de dominio con el que los jueces constitucionales se valen del método y de los instrumentos de la comparación. Rinella observa que en esta clasificación se toman en cuenta las hipótesis en las que la Corte revisa la legislación y la jurisprudencia extraña al ordenamiento jurídico de su país, para encontrar argumentos que le ayuden a sostener una determinada interpretación. La técnica empleada por la Corte varía en relación con el fin que se persigue, razón por la cual la investigación comparativa en ocasiones resulta puntual y sistemática, mientras que en otras es sumaria o fragmentaria.<sup>31</sup>

Los tribunales constitucionales a veces emplean también las sentencias extranjeras señalando de manera puntual el fin que desean perseguir a través del recurso al argumento comparativo, mientras

---

might actually prove to have benefits without drawbacks in that it signals to other nations that prominent American jurists read their opinions.” Sitaraman, Ganesh, *op. cit.*, pp. 664 y s.

<sup>31</sup> Rinella, Angelo, “La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia”, en Ferrari, Giuseppe Franco y Gambaro, Antonio, *op. cit.*, p. 392.

que en otras ocasiones el objetivo del uso del derecho comparado puede deducirse sólo en vía interpretativa y de acuerdo con el hilo conductor de la argumentación.<sup>32</sup>

La forma abierta en que se usan referentes jurisprudenciales extra-sistémicos también puede clasificarse de conformidad con los ordenamientos que un tribunal escoge al momento de llevar a cabo el análisis comparativo. Las razones que inducen a los jueces a referirse a algunos ordenamientos más que a otros son demasiado diversas y no siempre fundadas en motivos técnicos-jurídicos. En ocasiones pueden influir razones genealógicas (como la influencia de un ordenamiento en la proyección de otro o la importancia que tiene para países que han sido colonias de otras naciones el derecho que se aplicaba en ellos antes de su independencia) o incluso factores totalmente extraños a la dimensión jurídica como el prestigio internacional de un ordenamiento, el idioma en que están disponibles los materiales a los que se hará referencia o el currículo de los jueces constitucionales, sólo por mencionar algunos casos.<sup>33</sup>

Las referencias a sentencias extranjeras también pueden tener como finalidad demostrar algo. En estos casos las referencias tienen un carácter expresivo que intenta dejar claras ciertas situaciones. Por ejemplo, después de la caída de regímenes totalitarios, los tribunales constitucionales pueden encontrar en la jurisprudencia extranjera argumentos que hagan evidente que se ha roto con el pasado y que la voluntad de reconstruir un nuevo orden constitucional está presente en sus decisiones.

El uso expreso de material extranjero puede clasificarse también, de acuerdo con las sentencias que se tomen en cuenta, en diacrónico y sincrónico. Si éstas son actuales, la comparación será sincrónica, pero si sirven como referencias históricas, entonces el uso será diacrónico.

---

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> *Ibidem.*

También existen casos en los que el recurso a sentencias extranjeras es más problemático. El más obvio se presenta cuando la jurisprudencia de otros países se usa de manera errónea, debido a un equívoco o a una falta de entendimiento del precedente. Otro uso problemático se presenta cuando el tribunal otorga demasiada autoridad al precedente extranjero. En estos casos, el peso que los tribunales dan a los recursos extra-sistémicos es exagerado al grado que se siguen sin el menor análisis las decisiones de otros tribunales (más como un acto de fe que como resultado de un estudio comparativo). Además de estos casos, los jueces pueden recurrir a sentencias extranjeras por agregación, es decir, sin llevar a cabo un adecuado estudio comparativo, pero recurriendo al simple “consenso numérico” para sostener su posición.

Por otra parte, es necesario señalar que los tribunales también pueden hacer uso de sentencias extranjeras de manera indirecta, esto es, remitiendo a la jurisprudencia constitucional anterior que contiene referencias a sentencias extranjeras. Éste es, sin duda, uno de los supuestos en los que la sintonía de la jurisprudencia del tribunal local con la jurisprudencia extranjera se hace más evidente pues, a través de la remisión, los jueces constitucionales admiten (aunque no siempre expresamente) haber hecho suya en un momento anterior la jurisprudencia extranjera respecto de un determinado tema.

### 3. ATENDIENDO A SU JUSTIFICACIÓN

La tercera clasificación que podemos hacer del uso de sentencias extranjeras está ligada con su justificación. Desde este punto de vista, el recurso a jurisprudencia de otros países se justifica cuando la ley local y la extranjera están unidas por una relación genealógica; cuando los tribunales extranjeros operan en el contexto de procedimientos confiables y por lo tanto no es irracional dar cierto grado de autoridad a las decisiones adoptadas por esos órganos de control; cuando el consenso internacional sugiere una línea que es

posible seguir; cuando un problema es común a muchos países y la comparación puede servir para encontrar soluciones homólogas siempre que existan las condiciones necesarias para llevarla a cabo; cuando la solución tiene un fin económico que excede los límites del sistema jurídico en que es aplicada, o cuando existe un diálogo marcado sobre cierto tema y se quiere participar en él. El uso de sentencias extranjeras puede clasificarse también de acuerdo con las causas que hacen que éste sea común<sup>34</sup> o en virtud de los operadores jurídicos que propician esta práctica.<sup>35</sup>

Las combinaciones que pueden darse entre estos esquemas son muy variadas y, debido a que no existen reglas para elegir una forma en la que deben emplearse las sentencias extranjeras, los usos y el modo en que éstas se utilizan depende completamente del operador jurídico que recurre a ellas y, por tanto, en el caso de los tribunales, del valor que éstos órganos jurisdiccionales deseen darle al método comparativo.

## V. CONCLUSIONES

La tipología ofrecida sobre el uso de sentencias extranjeras que realizan los jueces tiene como fin abonar al desarrollo teórico de una práctica que puede ser una herramienta cargada de futuro en la labor interpretativa que llevan a cabo los tribunales constitucionales. Y puede serlo porque, si somos objetivos, debemos tener en cuenta que en nuestro actuar casi siempre buscamos fuentes que nos sirvan como inspiración y estímulo; fuentes que nos muestren el camino

---

<sup>34</sup> Entre estas causas podemos señalar la existencia de un pluralismo marcado y simétrico (como en el caso de Canadá), la presencia de un plurilingüismo estructural (como sucede en Suiza) o el desarrollo de una fase de transición hacia la democracia o de descolonización acelerada (como en Sudáfrica).

<sup>35</sup> Los jueces constitucionales pueden utilizar por iniciativa propia los materiales extranjeros, o pueden verse condicionados a analizarlos cuando los propone alguna de las partes en el procedimiento o un tercero (*v. gr.* los *amici curiae*).

que debemos tomar para no partir de cero y que nos ayuden a resolver los problemas que enfrentamos. Si esto es así, entonces todo aquello que puede ofrecer al juez material serio para su trabajo debería ser considerado un instrumento útil en su actividad.

El material jurisprudencial extranjero, en este sentido, ofrece una gran cantidad de argumentos que pueden ser valiosos pues, como señalan Abrahamson y Fischer, las opiniones extranjeras pueden ofrecer puntos de vista importantes que de otra manera no serían tomados en cuenta.<sup>36</sup> Esta idea, al parecer, ha sido acogida por varios órganos de control y hoy en día son muchos los tribunales que están participando en el diálogo judicial transnacional, contribuyendo así a la creación de un consenso internacional sobre ciertas materias que cada vez adquiere más peso. Con ello gana fuerza también la idea planteada por Zagrebelsky de optar por un derecho constitucional abierto en el que los jueces constitucionales interactúen para desarrollar, de una mejor manera, sus funciones. En este constitucionalismo abierto, sin embargo, el uso de sentencias extranjeras no significa la humillación de las constituciones nacionales, pues lo que se busca a través de esta práctica no es construir un caballo de Troya para afirmar una dictadura universalista de los derechos, sino emplear un importante instrumento que nos ayude a comprender mejor nuestras propias constituciones, dándoles un sentido a través de un marco de fondo en el cual pueden asumir un significado preciso desde la perspectiva de un determinado momento histórico.<sup>37</sup> Entonces, para participar correctamente en la apertura del constitucionalismo debemos tener presente, como señala Häberle, que la individualidad culturalmente captada de un Estado no debe ser anulada por el “medio” o el “vehículo” de la comparación constitucional o de los derechos, pues entonces la pluralidad correría el riesgo de verse reducida a uniformidad. Las similitudes

<sup>36</sup> Abrahamson, Shirley S. y Fischer, Michael J., “All the world’s a courtroom: judging in the new millennium”, *Hofstra Law Review*, vol. 26, 1997-1998, p. 287.

<sup>37</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008, p. 404.

textuales externas no deben ocultar las diferencias que proceden del contexto cultural de la Constitución que se interpreta y, por tanto, los contenidos (de derechos fundamentales) que se reciben por la vía de la comparación jurídica deben ser repensados en el contexto “propio” del Estado constitucional receptor.<sup>38</sup>

Para lograr este cometido, los jueces deben emplear la jurisprudencia extranjera como los trabajadores de la construcción emplean los andamios, es decir, como instrumentos en los que pueden apoyarse para llegar más lejos y para facilitar su trabajo, pero que nunca son parte de la obra final y que de ninguna manera condicionan la forma de lo que se construye.<sup>39</sup> La recepción entonces no puede ser mecánica y, por tanto, es necesario conocer las diversas formas en que se está empleando el uso de sentencias extranjeras, pues si no se recurre a ellas de manera adecuada, esta práctica no podrá rendir los beneficios que es capaz de ofrecer.

## VI. FUENTES

ABRAHAMSON, Shirley S. y Fischer, Michael J., “All the world’s a courtroom: judging in the new millennium”, *Hofstra Law Review*, vol. 26, 1997-1998.

ACKERMAN, Bruce, “The rise of world constitutionalism”, *Yale Law School Occasional Papers*, núm. 4, 1996.

AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

BARAK, Aharon, “A judge on judging. The role of a Supreme Court in Democracy”, en *Harvard Law Review*, núm. 116, 2002-2003.

---

<sup>38</sup> Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., t. IV, Porrúa, México, 2006.

<sup>39</sup> La metáfora es tomada de Rosenkrantz, Carlos F., *op. cit.*, p. 295.

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en Fix-Fierro, Héctor, Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela, coords., *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- CALABRESI, Steven y Zimdahl Stephani, “The Supreme Court and foreign sources of law: Two hundred years of practice and the juvenile death penalty decision”, *William and Mary Law Review*, vol. 47, 2005-2006.
- CANIVET, Guy, “La pratica del diritto comparato nelle corti supreme”, en Markesinis, Basil y Fedtke, Jörg, coords., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bolonia, Il Mulino, 2009.
- CHOUHRY, Sujit, *Globalization in search of justification: Toward a theory of comparative constitutional interpretation*, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, t. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FONTANA, David, “Refined comparativism in constitutional law”, *UCLA Law Review*, núm. 49, 2001-2002.
- GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.
- HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5<sup>a</sup> ed., t. IV, Porrúa, México, 2006.

- L'HEUREUX-DUBÉ, Claire, "The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist Court", *Tulsa Law Journal*, vol. 34, 1998.
- LOLLINI, Andrea, "La circolazione degli argomenti: método comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 1, 2007.
- MCCORMICK, Peter y Praskach, Tammy, "Judicial Citation, the Supreme Court of Canada, and the Lower Courts: A Statistical Overview and the Influence of Manitoba", *Manitoba Law Journal*, vol. 24, núm. 2, 1996-1997.
- ORRÙ, Romano, "La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese", en Ferrari, Giuseppe Franco y Gambaro, Antonio (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- PALERMO, Francesco, "La Corte costituzionale austriaca e la comparazione giuridica", en Ferrari, Giuseppe Franco y Gambaro, Antonio (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- RAHDERT, Mark C., "Comparative constitutional advocacy", en *American University Law Review*, vol. 56, núm. 3, 2006.
- RINELLA, Angelo, "La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia", en Ferrari, Giuseppe Franco y Gambaro, Antonio (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- ROSENFELD, Michael, "Constitutional migration and the bounds of comparative analysis", *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 67, 2001.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., "Against borrowings, and other nonauthoritative uses of foreign law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 2, 2003.

- SITARAMAN, Ganesh, “The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, núm. 2, 2009.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “A brave new judicial world”, en Ignatieff, Michael, (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005.
- , “Judicial globalization”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999-2000.
- SOMMA, Alessandro, “Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti”, en Alpa, Guido (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milán, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.

# **ESTUDIOS JURÍDICOS**



## EL CONFLICTO DEL TESTIGO DE IDENTIDAD RESERVADA CON EL ADECUADO DERECHO DE DEFENSA

*THE CONFLICT OF THE ANONYMOUS WITNESS WITH THE ADEQUATE  
RIGHT OF DEFENSE*

ARISTÓTELES AGUSTÍN GONZÁLEZ VELÁZQUEZ<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** En los procesos penales existe la necesidad de brindar protección a los testigos ante posibles represalias, uno de estos métodos implica el uso del testigo de identidad reservada, del cual la defensa y el acusado desconocen su identidad, por lo que resulta importante determinar si este tipo de testigo limita o no el ejercicio del derecho de defensa.

**PALABRAS CLAVE:** *Testigo, identidad, reservada, principio, presunción, inocencia.*

**ABSTRACT:** In criminal proceedings there is a need to provide protection to witnesses against possible reprisals, one of these methods involves the use of the reserved identity witness, of which the defense and the accused are unaware of their identity, so it is important to determine if this type of a witness limits the exercise of the right of defense or not.

**KEYWORDS:** *Witness, protected, principle, presumption, innocence.*

**SUMARIO:** I. Sistema acusatorio penal en México; II. Código Nacional de Procedimientos Penales; III. Principios del proceso penal; IV. Etapas del proceso penal; V. Reserva de los actos de investigación; VI. Testigos de identidad reservada; VII. El conflicto del testigo de identidad reservada con el derecho de defensa; VIII. Conclusión; IX. Fuentes.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Maestro en Gestión Pública Aplicada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Juez de Control y de Juicio Oral Penal del Estado de Aguascalientes, México. En proceso de titulación de la Maestría en Derecho Constitucional por la UNAM. Docente de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana. <juezaristoteles@gmail.com>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0693-0263>

Fecha de Recepción: 11 de febrero de 2019; Fecha de Aprobación: 24 de mayo de 2019.

## I. SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN MÉXICO

A través de la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, publicada en el Diario Oficial de la Federación en el decreto por el que se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, México adoptó un cambio significativo en el proceso penal, al cambiar del modelo semi-inquisitivo a un sistema de corte acusatorio y oral.

La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública aparecida en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 es la propuesta de cambio más importante al sistema de justicia penal, desde que el Constituyente de 1916-1917 buscó remediar los vicios y las corruptelas de la justicia porfirista y estableció un nuevo proceso penal que transformó las instituciones existentes hasta ese momento.<sup>2</sup>

La razón que condujo a este cambio derivó de la participación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo internacional dependiente de la Organización de Estados Americanos el cual realizó un dictamen sobre la evaluación y diagnóstico del estado de la justicia penal en México, concluyendo que reflejaba un estado crítico al presentarse una excesiva concentración de facultades del Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, falta de entrenamiento, de capacitación para la investigación, de incentivos para la profesionalización en la investigación y corrupción, situaciones que provocaron la conclusión de que el sistema penal tradicional en México era un sistema injusto e ineficaz.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Natarén, C., Ramírez, B. (2011). *Litigación oral y práctica forense penal*. México: Oxford University Press, p. XI.

<sup>3</sup> Nieves, J. (2011). Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, intermediación, contradicción, concentración. En *Introducción y características generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal* (pp. 32-34). México: Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación.

Ineficaz por los pobres números de aplicación y resolución efectiva de casos. Injusto desde el punto de vista cualitativo, porque la falta de observancia de determinados principios impedía el ejercicio pleno de los derechos, tanto del procesado como, en su caso, desde la perspectiva de la víctima (presunción de inocencia, defensa adecuada, publicidad, intermediación, etc).<sup>4</sup>

De esta manera, el sistema semi-inquisitivo estaba repleto de vicios y carecía de legitimación, y en general la sociedad no percibía con buenos ojos este sistema, ya que:

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 las 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 en 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.<sup>5</sup>

En contraparte al sistema semi-inquisitivo, el sistema acusatorio pretende ser garantista, transparente, en el que se establezca un equilibrio entre las partes procesales, propio de un Estado democrático de derecho, y en el que prevalezca la acusatoriedad y la oralidad como características que lo diferencien del sistema anterior.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.54.

<sup>5</sup> Morales, J. (2015). *Proceso penal acusatorio y litigación oral*. México: Rehtikal, pp. 89-90.

<sup>6</sup> Zamudio, R. (2011). Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, intermediación, contradicción, concentración. En *El*

## II. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Como consecuencia de la implementación del sistema acusatorio penal en el ámbito constitucional, fue necesaria la creación de una norma secundaria procedimental penal, misma que en un primer momento estuvo delegada como una facultad de los Congresos estatales para legislar en materia procesal penal; sin embargo, la falta de homogeneidad y armonización en estos cuerpos normativos condujo a la necesidad de establecer una estrategia que permitiera una armonización a través de la confección de una legislación única para toda la República.

En ese orden de ideas, el 5 de marzo de 2014, fue publicado el Código Nacional de Procedimientos Penales, de observancia general en toda la República Mexicana, por delitos de competencia tanto federal como local.

La norma procesal nacional instituye los parámetros que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El sistema de justicia penal tiene, además de estos fines constitucionales, la tarea de proteger a las personas de actos arbitrarios por parte de los actores que pudieran violar sus derechos humanos, es en este contexto en donde aparecen las reglas de exclusión de la prueba que protegen los derechos humanos por sobre el esclarecimiento de los hechos o la libertad inmediata de las personas

---

*nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, p.55. México: Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación.

detenidas ilegalmente, que protege la libertad personal por sobre el fin de procurar que el culpable no quede impune.<sup>7</sup>

De esta forma, quedaron abrogados todos los ordenamientos procedimentales penales con los que contaban las entidades federativas, logrando homogeneizar los procesos penales a través de la aplicación de un código único, lo cual incluso favorece al momento en que se generan criterios de interpretación por los tribunales federales, sin pasar por alto que la doctrina también se ve beneficiada al avocarse al análisis de una sola norma procedimental penal.

### III. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 Constitucional, el proceso penal acusatorio y oral, se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, los cuales de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales consisten en lo siguiente:

| PRINCIPIOS EN<br>EL PROCEDIMIENTO | FUNCIÓN  |
|-----------------------------------|--|
| a) Principio de publicidad        | Las audiencias serán públicas, no sólo para las partes, sino también al público en general.  |
| b) Principio de contradicción     | Las partes pueden conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte. |

<sup>7</sup> López, A., Pina, V., & Jiménez, A. (2016). *Policía investigadora y derechos humanos en el sistema penal acusatorio*. México: Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, p.23.

---

| <b>PRINCIPIOS EN<br/>EL PROCEDIMIENTO</b> | <b>FUNCIÓN</b>   |
|---|--|
| c) Principio de continuidad               | Las audiencias se deben llevar a cabo en forma continua, sucesiva y secuencial.  |
| d) Principio de concentración             | Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión.  |
| e) Principio de inmediación               | Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia. |

---

Cada uno de los principios señalados está sujeto a las excepciones que la propia ley establece.

Ahora bien, cabe destacar para los efectos de este ensayo la importancia del principio de contradicción, ya que reviste un derecho de defensa, para conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, siendo que nada debería ser ocultado al imputado para que se defienda con igualdad procesal al conocer a cabalidad los datos que obran en la acusación; derecho incluso establecido a rango constitucional en el artículo 20, apartado B, fracción VI, el cual establece como uno de los derechos de toda persona imputada el

que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

#### IV. ETAPAS DEL PROCESO PENAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el procedimiento penal comprende tres etapas fundamentales:

| ETAPAS  | OBJETO   |
|---|--|
| a) Etapa de investigación                       | Esta etapa se divide en dos:<br>1. Investigación inicial.- que comienza con la presentación de la denuncia y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de Control para que se formule imputación.<br>2. Investigación complementaria.- que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación. |
| b) Etapa intermedia o de preparación del juicio | Que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio.   |
| c) Etapa de juicio                              | Que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.   |

La etapa de investigación, tiene como finalidad el realizar indagaciones para analizar si existen suficientes datos que revelen la existencia de un hecho posiblemente constitutivo de un delito.

### La etapa intermedia o de preparación a juicio:

Tiene como objetivo que, una vez formulada la acusación, el juez de preparación resuelva cualquier incidencia previa al juicio oral; precise los hechos que se darán por ciertos y no serán discutidos por acuerdo de las partes; depure y establezca aquellos que serán materia de las teorías del caso de acusación y defensa en el juicio oral; vigile el ofrecimiento de pruebas y admita solamente los que sean válidos; y resuelva sobre la posibilidad de terminar anticipadamente el proceso.<sup>8</sup>

En la etapa de juicio, ante un Tribunal de enjuiciamiento se desahogan las pruebas admitidas en la etapa intermedia, y se valorará si se encuentra o no acreditada la responsabilidad penal del acusado; el Tribunal puede ser Unitario (conformado por un solo juez) o Colegiado (conformado por tres jueces), los cuales no deben haber conocido de las etapas previas (etapa inicial e intermedia) para evitar su contaminación en el asunto, buscando privilegiar su imparcialidad.

Existe otra etapa que no menciona el Código que es la de ejecución de penas y medidas de seguridad (una vez que se dicta sentencia condenatoria), la cual está regulada por la Ley Nacional de Ejecución Penal, se le define a la ejecución penal como la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución y las sentencias firmes de condena dictadas en procesos penales. Es decir, como la actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden, a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal firme.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Morales, J. (2015). *Proceso penal acusatorio y litigación oral*. México: Rehtikal, p. 335.

<sup>9</sup> Benavente, H. (2011). *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, p.71.

## V. RESERVA DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Tal como fue señalado, de acuerdo al derecho constitucional previsto en el artículo 20, apartado B, fracción VI, tanto el imputado como su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante el juez, podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

Es importante resaltar que la propia Constitución fija un parámetro en el cual ya no resulta posible que se mantengan en reserva a la defensa y al procesado las actuaciones de la investigación; es decir, cuando se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarlo. De ese mismo modo, el artículo 218 del Código Nacional, establece los mismos alcances constitucionales.

Sin embargo, ambas disposiciones establecen que esto se encuentra sujeto a las excepciones expresamente señaladas en la ley.

La razón fundamental para que la defensa y el imputado conozcan las actuaciones de la investigación, radica en el derecho que tiene el imputado a una defensa técnica, material y letrada, incluso sobre este principio, la Primera Sala ha establecido que:

La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren

en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público.<sup>10</sup>

De esta manera, es que un ejercicio adecuado de la garantía de defensa, requiere enfrentar la acusación en igualdad de condiciones y con posibilidad de conocer y contradecir toda prueba de imputación.<sup>11</sup>

## VI. TESTIGOS DE IDENTIDAD RESERVADA

Uno de los casos en que se mantiene reservada la información de los actos de investigación, consiste en el empleo de testigos de identidad reservada, ya que es indudable que uno de los temas que más aquejan a nuestro país es la inseguridad, ante el elevado índice de violencia e impunidad y que es percibido por la sociedad como un indicador de ineficacia en las instituciones públicas.

No se ignora, desde el bien común, que del mismo modo por el que todos tenemos la obligación de denunciar y/o declarar contra hechos ilícitos, por el bien de la comunidad y las personas, es igualmente claro que en mucho esa obligación causa un riesgo.<sup>12</sup>

Ante estas circunstancias, se ha hecho innegable la necesidad de brindar protección a los testigos que deponen en contra del acu-

---

<sup>10</sup> Registro No. 165999. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Noviembre de 2009. Página: 406. Tesis: 1ª. CXCVIII/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. *DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA.*

<sup>11</sup> Morales, J. (2011). *Sistema de derecho penal acusatorio adversarial en México*. México: Ángel Editor, p. 301.

<sup>12</sup> Benavente, H., Hidalgo, J. (2014). Código nacional de procedimientos penales comentado. México: Flores, p.799.

sado, y sobre todo en el proceso acusatorio donde predomina la oralidad y la inmediación, ya que esto conlleva a que las partes tengan conocimiento directo de la persona que declara en contra del acusado al rendir testimonio en una audiencia pública, con el riesgo que esto implica para el testigo, al estar sujeto a amenazas o represalias que en no pocas ocasiones culmina incluso en atentados contra la integridad o la vida del testigo o la de sus familiares.

Por ello, nuestro país ha implementado mecanismos para brindar protección a los testigos con la finalidad de que puedan sentirse seguros de rendir su declaración para esclarecer los hechos posiblemente constitutivos de un delito, uno de ellos representa la protección de los testigos de identidad reservada, los cuales se desconoce su nombre y sus datos generales por parte de la defensa y el acusado, y únicamente los conoce la fiscalía.

Esta reserva en la identidad del testigo ha sido arduamente criticada por los defensores del derecho de defensa, ya que consideran que esto representa una violación flagrante a los derechos del procesado para contrarrestar la acusación, al suponer que no es posible defender adecuadamente al imputado si se desconoce la identidad de la persona que rinde el testimonio en su contra, incluso consideran cuestionable el alcance que se otorgue a la valoración de esta prueba por el Órgano jurisdiccional.

Sin embargo, no se debe pasar por alto que la prueba testimonial, es sin duda la prueba más común e importante en el sistema probatorio; su importancia y frecuencia en la práctica judicial es notoriamente conocida, y se refiere al testimonio de las personas a las que les constan los hechos que son materia del caso, estando obligados a rendir testimonio, salvo las excepciones constitucionales y legales<sup>13</sup>, ante ello, es deber del Estado salvaguardar el anonimato e integridad del testigo que declara en contra del procesado hasta

---

<sup>13</sup> Aguilar, M. (2014). La prueba en el proceso penal acusatorio. México: Bosch, p.36.

que legalmente se estime que dicha medida de protección no resulta ser necesaria, además de que al brindar esta seguridad se está garantizando la investigación y no se genere impunidad.

En relación con las acciones que debe emprender nuestro país en el combate a la delincuencia, el 15 de noviembre de 2000, se efectuó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, misma que fue aprobada por México, obligándose a adoptar las medidas de protección de testigos y víctimas del delito.

Al haber firmado este compromiso, México tuvo que emprender las medidas legislativas para dejar patente esta colaboración con la procuración de justicia, motivos por los que en la reforma constitucional de 2008 de la cual ya se ha hablado en líneas anteriores, se adicionó al artículo 20 constitucional, el deber del Ministerio Público de garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso, además de que tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

Incluso la protección a los testigos fue establecida en el artículo 367 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecerse que el Ministerio Público o la autoridad que corresponda adoptarán las medidas que fueren procedentes para conferir la debida protección a víctimas, ofendidos, testigos, antes o después de prestadas sus declaraciones, y a sus familiares y en general a todos los sujetos que intervengan en el procedimiento, sin menoscabo de lo dispuesto en la legislación aplicable; por su parte, el artículo 370 del mismo ordenamiento, establece que en caso de ser necesario, los peritos y otros terceros que deban intervenir en el procedimiento para efectos probatorios, podrán pedir a la autoridad correspondiente que adopte medidas tendentes a que se les brinde la protección prevista para los testigos, en los términos de la legislación aplicable.

La ley a la cual se hace referencia, es la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, la

cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de junio de 2012, ante el creciente índice de delincuencia organizada, el cual se ha convertido en un tema de seguridad nacional, y que va de la mano con mayor representatividad con los delitos de homicidio, extorsión, secuestro y trata de personas.

De acuerdo a dicho ordenamiento, sus disposiciones son de orden público y de observancia general y tienen por objeto establecer las medidas y procedimientos que garanticen la protección y atención de personas intervinientes en el procedimiento penal, cuando se encuentren en situación de riesgo o peligro por su participación o como resultado del mismo.

Una de las medidas de protección que se desprenden de los artículos 16 y 18 de la ley en cita, consiste en la medida de seguridad, que tiene como finalidad primordial, brindar las condiciones necesarias de seguridad para preservar la vida, la libertad y/o la integridad física de los testigos, por lo que el Agente del Ministerio Público, podrá solicitar la reserva de la identidad en las diligencias que intervenga la persona protegida, imposibilitando que en las actas se haga mención expresa a sus nombres, apellido, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que lo ponga en evidencia, incluso el uso de métodos que imposibiliten la identificación visual o auditiva de la persona, en las diligencias en que intervenga, y atendiendo al principio de temporalidad previsto en el artículo 5, fracción IV, de dicho ordenamiento legal, esta medida esta sujeta a un periodo determinado, en función de analizar si continúan los factores o circunstancias que motivaron el acceso de la persona al Programa Federal de Protección de Personas.

No solo en esta ley se hace mención del deber de garantizar la protección a los testigos, sino que también encuentra sustento en el artículo 34 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que establece que la Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y

demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esa ley, así se requiera.

De lo anterior, es posible establecer que, por razones de lucha en contra de la delincuencia organizada, se ha justificado la utilización del testigo protegido, con el consecuente anonimato de su identidad, esto con la evidente finalidad de proteger y salvaguardar la integridad del testigo, lo cual también repercute en el resguardo de la información que el testigo aporta para esclarecer los hechos posiblemente constitutivos de un delito.

Así mismo, cabe precisar que no se debe confundir al testigo protegido o de identidad reservada con el testigo colaborador, ya que este último si bien también no se encuentra exento de la protección que brinda el Estado, este testigo hace referencia al miembro de un grupo delictivo que presta ayuda en la investigación y persecución de otros integrantes del mismo grupo delincencial.

#### VII. EL CONFLICTO DEL TESTIGO DE IDENTIDAD RESERVADA CON EL DERECHO DE DEFENSA

Como ya ha quedado establecido, nos encontramos con dos intereses contrapuestos, por una parte, el derecho de defensa, representado en el acceso a la totalidad de los registros de la investigación por parte de la defensa y el imputado, el cual consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción<sup>14</sup>, y por otra parte la obligación permanente del Estado Mexicano para brindar protección a los testigos a través del anonimato de sus datos personales y de este modo garantizar la recepción y preservación de la prueba.

---

<sup>14</sup> Cruz, O. (2015). *Defensa a la Defensa y Abogacía en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 3.

Es evidente el impacto que genera para el ejercicio de defensa el empleo de los testigos de identidad reservada, por las siguientes circunstancias que podemos establecer en cada una de las etapas del proceso:

- a) En la etapa de investigación La defensa debe recabar los actos de investigación para preparar la defensa del procesado, lo cual implica que tiene un término, ante ello, si la defensa desconoce el nombre de los testigos que deponen en contra del acusado, se encontrará en dificultades para realizar los actos de investigación que desvirtúen la acusación.
  
- b) En la etapa intermedia Se dificulta a la defensa el controvertir la idoneidad y pertinencia del medio de prueba para solicitar su exclusión.
  
- c) En la etapa de juicio Si la defensa desconoce los datos personales de los testigos, difícilmente podrá cuestionar la veracidad de sus dichos;  
Cuando los testigos comparezcan a rendir su testimonio, tanto la defensa como el imputado no podrán ver el comportamiento de los testigos al momento de contestar las preguntas, es decir, limita el acceso para verificar el comportamiento del testigo en audiencia, como el lenguaje corporal;  
Existen casos en los que se dicta sentencia condenatoria bajo el empleo de testigos de identidad reservada, por lo que la valoración de estos testimonios puede ser cuestionable.

Sobre este tema, existe un antecedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Norín Catrimán y otros, sentencia dictada el 29 de mayo de 2014, este caso tiene su antecedente en la imputación de delitos de terrorismo a integrantes del pueblo Mapuche en Chile, ocurridos en 2001, en el que el Ministerio Público entablo acusación ante el Tribunal Oral en lo penal de Angol, en contra de Patricia Roxana Troncoso Robles, Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Segundo Aniceto Norín Catriman.<sup>15</sup>

La Corte Interamericana estableció en la sentencia del Caso Norín Catrimán y otros, que la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa, puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio, y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.<sup>16</sup>

Si bien reconoce la Corte Interamericana que la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa, es importante destacar, que estableció que esto tiene relación con el deber del Estado de garantizar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal, lo cual puede justificar la adopción de medidas de protección.<sup>17</sup>

Pero al adoptarse estas medidas de protección, la Corte Interamericana también estableció medidas de contrapeso a favor del derecho de defensa, como las siguientes:

---

<sup>15</sup> Muñoz, C. (2015). *El testigo protegido como prueba en el juicio oral: el caso del pueblo Mapuche y la ley antiterrorista*. Chile: Universidad Austral de Chile, p. 17.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, p. 85.

<sup>17</sup> *Idem*.

- a) La autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración;
- b) Debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración;
- c) La condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada, de lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa;
- d) Las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica. Siendo que la determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada.<sup>18</sup>

Bajo estos mismos estándares, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió el amparo en revisión 338/2012, y del cual derivó la siguiente tesis aislada:

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 86-87.

## TESTIGOS PROTEGIDOS. MEDIDAS PARA NO AFECTAR EL DERECHO DE DEFENSA DEL INculpADO EN LOS CASOS EN QUE EXISTA DECLARACIÓN DE AQUÉLLOS.

Las declaraciones de los testigos protegidos no pueden tener, apriorísticamente, un valor preponderante, pues están condicionadas a la constatación de efectividad/utilidad por parte de las autoridades jurisdiccionales; de ahí que dichas declaraciones constituyen meros indicios susceptibles de administrarse con otros medios de prueba. Ahora bien, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien por un lado la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa y, por otro, el deber de las autoridades de garantizar los derechos a la vida e integridad de los testigos sin rostro puede justificar la adopción de medidas de protección de aquéllos, en dichos supuestos debe analizarse si las reservas de identidad se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional, y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo. Así, la afectación al derecho de defensa debe estar contrarrestada por medidas de contrapeso, por ejemplo, que: i) la autoridad judicial conozca la identidad del testigo y que tenga la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio para que pueda formar su impresión sobre la confiabilidad del testigo y su declaración; y, ii) la defensa tenga una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso; debe destacarse que, aun cuando se adopten medidas de contrapeso que parecerían suficientes, la condena no puede estar fundada sólo o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada.<sup>19</sup>

En ese orden de ideas, comparto el criterio que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que adoptó la

---

<sup>19</sup> Registro No. 2010355. Localización: Décima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Noviembre de 2015. Página: 994. Tesis: 1ª. CCCXXVII/2015. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. TESTIGOS PROTEGIDOS. MEDIDAS PARA NO AFECTAR EL DERECHO DE DEFENSA DEL INculpADO EN LOS CASOS EN QUE EXISTE DECLARACIÓN DE AQUÉLLOS.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien es cierto el uso de los testigos de identidad reservada limita el ejercicio del derecho de defensa, encuentra sustento en la obligación del Estado para brindar protección a los testigos y esa protección solo se puede garantizar en ciertos casos a través de la reserva de la identidad y de los datos personales del testigo, sin embargo, como ha quedado establecido, no se deja en estado de indefensión a la defensa, ya que se deben adoptar medidas de contrapeso para garantizar su ejercicio, e incluso al momento de hacer la valoración de las pruebas, la sentencia de condena no puede estar fundada sólo en las declaraciones realizadas por los testigos de identidad reservada.

Estas medidas de contrapeso que se han adoptado y de acuerdo a las etapas de investigación que ya fueron abordadas en este ensayo, podemos establecer que en la etapa de investigación si bien la defensa y el procesado no podrán conocer la identidad del testigo, esto no es impedimento para que tenga acceso a la entrevista y pueda conocer que es lo que manifestó el testigo; en la etapa intermedia podrá controvertir la idoneidad y pertinencia del medio de prueba para solicitar su exclusión a través de la información que rindió el testigo en la entrevista, con la limitante de continuar en reserva la identidad del testigo; en la etapa de juicio la defensa tendrá libertad de interrogar al testigo, con la salvedad de que no podrá conocer su identidad o hacerle preguntas relacionadas con la misma, sin embargo, el Órgano jurisdiccional si conocerá la identidad del testigo y tendrá la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio, para que se forme la impresión sobre la confiabilidad de su dicho, además, otra de las medidas de contrapeso en la etapa de juicio es que el Órgano jurisdiccional no puede condenar al acusado únicamente con base en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada, lo anterior con la finalidad de que no sea desproporcional el empleo de esta figura en detrimento de la defensa.

### VIII. CONCLUSIÓN

Podemos concluir que en los procesos penales existe la necesidad de brindar protección a los testigos ante posibles represalias, además de que es una obligación del Estado garantizar su integridad, y como consecuencia proteger la información que sirve para esclarecer un posible hecho constitutivo de un delito, razones por las cuales se emplea la figura del testigo de identidad reservada en nuestro país, ante el creciente índice de delincuencia que se ha convertido en un tema de prioridad nacional.

En relación al empleo del testigo de identidad reservada con el ejercicio del derecho de defensa, está claro que nos encontramos con dos intereses contrapuestos de igual valía, e inevitablemente al salvaguardar uno de ellos se limita el otro, por lo que ante el interés social que representa la salvaguarda de los ciudadanos que se encuentran obligados a rendir testimonio es necesario limitar el ejercicio del derecho de defensa, pero adoptando medidas de contrapeso como las que fueron señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con las cuales se garantice el ejercicio de defensa de la manera más proporcional posible.

### IX. FUENTES

- NATARÉN, C., Ramírez, B. (2011). *Litigación oral y práctica forense penal*. México: Oxford University Press.
- NIEVES, J. (2011). Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, intermediación, contradicción, concentración. En *Introducción y características generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal*. México: Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación.
- MORALES, J. (2015). *Proceso penal acusatorio y litigación oral*. México: Rehtikal.

- ZAMUDIO, R. (2011). Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, intermediación, contradicción, concentración. En *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México: Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación.
- LÓPEZ, A., Pina, V., & Jiménez, A. (2016). *Policía investigadora y derechos humanos en el sistema penal acusatorio*. México: Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia.
- BENAVENTE, H. (2011). *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*.
- MORALES, J. (2011). *Sistema de derecho penal acusatorio adversarial en México*. México: Ángel Editor.
- BENAVENTE, H., Hidalgo, J. (2014). *Código nacional de procedimientos penales comentado*. México: Flores.
- AGUILAR, M. (2014). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. México: Bosch.
- CRUZ, O. (2015). *Defensa a la Defensa y Abogacía en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- MUÑOZ, C. (2015). *El testigo protegido como prueba en el juicio oral: el caso del pueblo Mapuche y la ley antiterrorista*. Chile: Universidad Austral de Chile.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal.*
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.*

## **T**RADUCCIONES



## EL DERECHO Y LA INJUSTICIA EXTREMA<sup>1</sup>

### LAW AND EXTREME INJUSTICE

JÚLIO AGUIAR DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

---

**RESUMEN:** mi propósito en este ensayo consiste en reflexionar en torno al argumento de la injusticia extrema (Fórmula de Radbruch), enfocándome tanto en las teorías no-positivistas del derecho de Gustav Radbruch y Robert Alexy como en los argumentos positivistas de H. L. A. Hart y Brian Bix, para así proponer algunos argumentos para defender la corrección de la tesis que reconoce la Fórmula de Radbruch como un elemento del concepto del derecho, pero no como una prescripción para la decisión judicial.

**PALABRAS CLAVE:** *Robert Alexy, Gustav Radbruch, Fórmula de Radbruch, Decisión judicial.*

**ABSTRACT:** my purpose in this essay is to reflect on the argument of the extreme injustice (the Radbruch Formula), focusing on both the non-positivist theories of Gustav Radbruch and Robert Alexy's law and the positivist arguments of H. L. A. Hart and Brian Bix, in order to propose some arguments to defend the correctness of the thesis that recognizes the Radbruch formula as an element of the concept of law, but not as a prescription for judicial decision.

---

<sup>1</sup> Traducción del portugués de Alejandro Nava Tovar, Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y Profesor de Filosofía del Derecho en el Posgrado en Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI 1). ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-5770-5998>>.

<sup>2</sup> Profesor-investigador de la Universidade Federal de Ouro Preto y de la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil). Una primera versión de este ensayo fue escrita durante una estancia posdoctoral en la Universidad de Kiel (Alemania) y presentada en el *Seminario Superior de la Cátedra de Filosofía del Derecho y Derecho Público de la Universidad de Kiel*, en julio de 2013. Mis agradecimientos a los profesores Robert Alexy y Stanley L. Paulson, a la Sra. Andrea Neisius y a mi colega Alejandro Nava Tovar. También quiero agradecer a la CAPES, a la Universidade Federal de Ouro Preto y a la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, por su apoyo durante la realización de mi estancia posdoctoral.

Fecha de recepción: 13 de diciembre de 2018; fecha de aprobación: 13 de marzo de 2019.

**KEYWORDS:** Robert Alexy, Gustav Radbruch, Radbruch Formula, Judicial Decision.

**SUMARIO:** I. Introducción II. La Fórmula de Radbruch en el contexto de la filosofía del derecho de Radbruch: la especificidad de la normatividad del derecho III. El papel de la Fórmula de Radbruch en el concepto de derecho de Alexy IV. La Fórmula de Radbruch según la tesis de Brian Bix V. Conclusión VI. Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

**H**ay dos funciones posibles para la Fórmula de Radbruch, sintetizada por Robert Alexy mediante la expresión “la injusticia extrema no es derecho”. La Fórmula de Radbruch puede ser tomada, en primer lugar, como una propuesta conceptual sobre la naturaleza del derecho (más específicamente, como un elemento del concepto del derecho) y, en segundo lugar, puede ser tomada como una prescripción para la decisión judicial. Al considerarse estas dos funciones como puntos de partida, pueden presentarse cuatro tesis diferentes. Primera: la Fórmula de Radbruch es comprendida como una propuesta conceptual sobre la naturaleza del derecho y también como una prescripción para la decisión judicial. Segunda: la Fórmula de Radbruch es rechazada como una propuesta conceptual sobre la naturaleza del derecho y también como una prescripción para la decisión judicial. Tercera: la Fórmula de Radbruch es rechazada como una propuesta conceptual sobre la naturaleza del derecho, pero es admitida como una prescripción para la decisión judicial. Cuarta, y aquí agotamos las posibilidades: la Fórmula de Radbruch es admitida como una propuesta conceptual sobre la naturaleza del derecho, pero es rechazada como una prescripción para la decisión judicial (estas posibilidades pueden visualizarse fácilmente en la tabla incluida al final de este texto). Mi propósito en este ensayo consiste en reflexionar en torno al argumento de la injusticia extrema (Fórmula de Radbruch), enfocándo-

me en las teorías del derecho de Gustav Radbruch y Alexy, y así proponer algunos argumentos para defender la corrección de la última de las cuatro tesis presentadas, a saber, la tesis que reconoce la fórmula Radbruch como un elemento del concepto del derecho, pero no como una prescripción para la decisión judicial. En este sentido, empezaré con el tratamiento de la Fórmula de Radbruch en el contexto mismo de la filosofía del derecho de Radbruch. Mi objetivo principal en este momento es mostrar que la Fórmula de Radbruch no debe interpretarse como la prueba de una supuesta ruptura de Radbruch, después de la Segunda Guerra Mundial, con su también supuesta afiliación original con el positivismo jurídico. A diferencia de los que defienden la tesis de la existencia de una especie de conversión de Radbruch que va del positivismo al iusnaturalismo (o no-positivismo), considero que Radbruch desarrolla una teoría del derecho no-positivista consistente a lo largo de toda su obra. Esta comprensión refuerza el entendimiento de que, en la teoría del derecho de Radbruch, la Fórmula de Radbruch tiene, sobre todo, el significado de un elemento del concepto del derecho. Ella es, en esencia, un aspecto central de la respuesta de Radbruch a la cuestión de la normatividad específica del derecho. Luego paso al análisis de la Fórmula de Radbruch en la teoría del derecho de Alexy. En este punto, sostengo que, aunque en Alexy la Fórmula de Radbruch desempeñe tanto la función de elemento del concepto de derecho, así como una función de prescripción para la decisión judicial, sería mejor, teniendo en cuenta en particular los argumentos de la democracia y de la seguridad jurídica, que no tuviera la función de prescripción para la decisión judicial. Por último, examino la tesis propuesta por Brian Bix, quien admite la validez de la Fórmula de Radbruch como prescripción para la decisión judicial, pero le niega la función de un elemento del concepto del derecho. Sobre este último tópico, mi intención es analizar y refutar los dos argumentos propuestos por Bix para sustentar sus tesis respectivas: el argumento del contexto y el argumento de la perspectiva.

## II. LA FÓRMULA DE RADBRUCH EN EL CONTEXTO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE RADBRUCH: LA ESPECIFICIDAD DE LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO

La naturaleza conceptual de la Fórmula de Radbruch, entendida como un elemento fundamental de la normatividad específica del derecho, puede verse claramente cuando es analizada la Fórmula de Radbruch en el contexto de la crítica de Radbruch al positivismo jurídico. Según Radbruch:

El positivismo cree haber demostrado la validez de las leyes cuando estas leyes tienen el poder suficiente para ser establecidas. Pero mientras el poder puede fundamentar una obligación, jamás podrá fundamentar un deber o la validez jurídica. Más bien, la validez jurídica y la obligación están fundamentadas en un valor, el cual es inherente a la ley.<sup>3</sup>

En esta sección puede verse la razón básica por la que Radbruch se niega a aceptar al positivismo jurídico como una teoría adecuada del derecho. Radbruch se opone al positivismo jurídico porque éste no es capaz de explicar el deber de la obligación.<sup>4</sup> Este es el punto.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal“, en, Paulson, Stanley, L, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 219.

<sup>4</sup> “La moral apenas puede fundamentar la fuerza de la obligación del derecho. De los preceptos del derecho como imperativos, como manifestaciones de la voluntad, se puede, como se ha mostrado, derivar un deber (*Müssen*), pero nunca un deber ser (*Sollen*). Sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica y de obligaciones jurídicas cuando el imperativo jurídico esté acompañado por la conciencia individual con la fuerza de la obligación moral.” Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller, 2003, p. 47.

<sup>5</sup> Vale la pena señalar aquí, conforme lo observa Paulson, que no es acertado inferir, a partir de los escritos de Radbruch publicados después de la Segunda Guerra Mundial, algo así como una defensa de una teoría causal que asigna la responsabilidad al positivismo por la catástrofe nazi. Para Radbruch el positivismo jurídico debe ser rechazado como una teoría del derecho no porque sea una teoría nazi del derecho (lo que simplemente no se ajusta a los hechos), sino porque no

La Fórmula de Radbruch es un intento de abordar específicamente este problema. Este problema puede ser expuesto por la pregunta: ¿cómo debe fijarse el aspecto normativo específico del derecho positivo? La respuesta que Radbruch sugiere para esta pregunta aparece en su forma completa en sus escritos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pero ella ya había aparecido, en parte, en sus escritos antes de esta guerra. Esta respuesta incluye la afirmación de un principio regulativo —la idea del derecho— en el núcleo de la normatividad del derecho.

La manera en que yo entiendo en su configuración final este principio regulativo, situado en el núcleo de la normatividad del derecho, se encuentra desarrollado en dos principios relacionados entre sí: en primer lugar, como un principio regulativo del derecho y, en segundo lugar, como un principio regulativo en cuanto expresión del límite inferior de la manifestación del principio regulativo ideal para conferirle a la norma jurídica su carácter normativo específico, necesario para la constitución de su naturaleza jurídica específica, que llegará a ser conocido, más tarde, como la Fórmula de Radbruch.

Estos dos elementos definen el horizonte de la normatividad específica del derecho positivo, lo que, a su vez, es un elemento esencial del concepto de derecho. Tanto en los escritos anteriores como en los escritos posteriores de la Segunda Guerra Mundial Radbruch ofrece una respuesta única al problema de la normatividad específica del derecho positivo, una respuesta que, como se ha visto, constituye la revelación de un principio regulativo que se desarrollará, por una parte, como la idea del derecho y, por otra parte,

---

es capaz, como se ha visto, de explicar el deber de la obligación. Cfr. Paulson, Stanley, L., “Lon Fuller, Gustav Radbruch y las tesis positivistas”, en, Paulson, Stanley L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 53-100. Acerca del error de atribuirle al positivismo la función de base teórica para la concepción nazi del derecho, cfr. Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 99.

como la Fórmula de Radbruch, la cual sostendrá que una injusticia extrema no es derecho, lo cual de esta forma marcará los límites de la juridicidad.

Sin embargo, la novedad que aparece en los escritos posteriores a la Segunda Guerra Mundial es la búsqueda de los aspectos sustantivos de la injusticia extrema. En *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Arbitrariedad legal y derecho supralegal)* de 1946, al tiempo que reconoce la imposibilidad de trazar una línea de demarcación exacta entre una injusticia extrema, que lleva a la negación misma del carácter jurídico de una norma positiva, y una injusticia no extrema, que no es todavía suficiente para la negación de la naturaleza jurídica de una norma positiva, Radbruch propone las siguientes aproximaciones: a) una ley que desprecia los principios básicos del derecho natural expresado en las declaraciones de derechos humanos y civiles, no es derecho; b) una ley que desprecia la justicia como fin del derecho positivo, particularmente a través de una traición de la igualdad, no es derecho; c) una ley que niega a los seres humanos sus derechos humanos, especialmente a través de la negación del reconocimiento de su condición humana, no es derecho; d) una ley que impone la misma pena a muy diferentes clases de delitos, sin atención a la gravedad específica de cada uno de los delitos, no es derecho. Estos contenidos no sólo son injustos, son extremadamente injustos, y por lo tanto llevan a la negación de la naturaleza jurídica de la ley en la cual se presenten.<sup>6</sup>

La atención de Radbruch para la definición de los aspectos sustanciales de la injusticia extrema, sin embargo, no implica el abandono de la seguridad jurídica en la forma de abandono de la doctrina de la vinculación del juez al derecho positivo. En este punto en particular, mi interpretación es diferente de la interpretación de Stanley L. Paulson, una vez que, de acuerdo con Paulson: “[E]n sus escritos

---

<sup>6</sup> Cfr. Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en, Paulson, Stanley, L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 213-225.

de posguerra, Radbruch pone el criterio basal [la idea del derecho] a trabajar, liberándolo de las ataduras impuestas por la doctrina de la vinculación del juez al derecho positivo.”<sup>7</sup> Por lo tanto, Paulson entiende que Radbruch en sus escritos de posguerra rompió con la doctrina de la vinculación del juez al derecho positivo.

La cuestión aquí es la definición de lo que significa en la práctica una teoría no-positivista. Si puesta en práctica significa necesariamente tener la Fórmula de Radbruch como una prescripción para la decisión judicial, rechazando así la doctrina de la vinculación del juez a la ley, entonces, de hecho, la teoría no-positivista de Radbruch sólo puede interpretarse como si hubiera sido puesta en práctica a partir de sus escritos publicados después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, creo que es posible que la teoría no-positivista Radbruch pueda implementarse sin tener que ser aplicada como una prescripción para la decisión judicial. Creo que es posible argumentar que la Fórmula de Radbruch es, de hecho, un elemento esencial del concepto del derecho y, al mismo tiempo, que ella no puede ser entendida como una prescripción para la decisión judicial. La combinación de estas dos proposiciones, sin embargo, no quiere decir, y esto me parece ser un resultado práctico, que los jueces están obligados a aplicar las leyes extremadamente injustas (de hecho, los jueces no están obligados a aplicar las leyes extremadamente injustas porque una injusticia extrema no es derecho), ni que no deben ser culpables los jueces por la aplicación de una ley extremadamente injusta. Por lo tanto, la Fórmula de Radbruch no cancela ni debilita la doctrina de la vinculación del juez a la ley, ya que no le da al juez el poder de decidir como juez, qué leyes son derecho y qué leyes no son derecho en virtud de su contenido extremadamente injusto.

---

<sup>7</sup> Paulson, Stanley, L., “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, en, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, No. 1 (2006): 17-40. p. 38.

Es necesario, sin embargo, dejar claro que el conflicto entre una ley con un contenido extremadamente injusto (es decir, una injusticia extrema) y la vinculación del juez a la ley es un conflicto necesariamente trágico. Frente a este conflicto, un juez tiene el deber de resistir a la injusticia legal. Este deber de resistencia, como lo comprende Radbruch, se deriva del hecho de que el “ethos del juez debe ser dirigido a la justicia a cualquier precio, incluso al precio de su propia vida.”<sup>8</sup> Este deber de resistencia, sin embargo, no significa que el juez puede, o debe, declarar la nulidad de una ley sobre la base de su contenido extremadamente injusto. La cuestión aquí no es una cuestión de inconstitucionalidad de la ley. Esto no es un problema que puede resolverse dentro de los límites de la interpretación de las normas constitucionales. Ante una injusticia extrema, no hay posibilidad de respuesta por parte de la interpretación de la Constitución (en caso de ser posible una respuesta dentro de los marcos de la interpretación de la Constitución, o mejor, si el presunto contenido de una ley extremadamente injusta puede llevar a la cancelación de la misma ley debido a su inconstitucionalidad, entonces esta ley no puede ser tomada como un ejemplo de injusticia extrema en sentido estricto). Por lo tanto, entiendo que frente a un caso de injusticia extrema en sentido estricto, el concepto no-positivista de derecho de Radbruch no deja al juez otra alternativa que renunciar a su cargo. No hay solución, desde el punto de vista de la interpretación del derecho, para este problema. Ante una injusticia extrema, el juez se encuentra en la situación de ser, al mismo tiempo, tanto la persona que tiene el deber de conciencia de considerar todas las leyes adecuadamente promulgadas como leyes válidas, es decir, como derecho, como también la persona que tiene un deber de conciencia de considerar como una injusticia extrema una ley adecuadamente promulgada con un contenido extremadamente

---

<sup>8</sup> Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en, Paulson, Stanley, L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 224.

injusto. En este caso, es como si el juez y el criminal por convicción se encontrasen fusionados en una sola persona. Radbruch señala:

(...) ante un juez, obligado por su conciencia a considerar todo el derecho establecido como derecho vigente puede ponerse un acusado, también obligado por su conciencia a considerar como no válido, aunque establecido, el derecho injusto o inadecuado a su fin. El derecho puede hacer valer su poder frente a él, pero nunca demostrar su validez. Este caso de “delincuente por convicción” se evidencia como un caso realmente trágico precisamente porque para él no hay solución.<sup>9</sup>

La confrontación de un juez con una injusticia extrema también puede ocurrir de otra manera. Un juez puede confrontarse con la afirmación de que una determinada ley debidamente establecida y eficaz, parte de un orden legal del pasado, nunca poseyó, debido a la injusticia extrema de su contenido, un carácter legal. Este fue, de hecho, el argumento presentado contra el Decreto Onceavo de la Ley de Ciudadanía del Reich del 25 de noviembre 1941.<sup>10</sup> Una vez más, no creo que la Fórmula de Radbruch otorga al juez la facultad de declarar que una ley, correctamente establecida y eficaz, no tenía carácter legal debido a la extrema injusticia de su contenido. Este tipo de declaración presupone un poder que no se le puede asignar a un juez (o incluso a una Corte Suprema de Justicia) sin que se ponga en riesgo no sólo la seguridad jurídica sino también la dignidad de la ley, porque, como observa Radbruch, “la ley tiene valor no sólo como una precipitación de la justicia, sino también como una garantía de la seguridad jurídica y es predominantemente en este último sentido que se le ha encomendado al juez”.<sup>11</sup> Este poder debe residir únicamente en el órgano legislativo. Al tener en cuenta

---

<sup>9</sup> Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller, 2003, p. 85.

<sup>10</sup> 11 Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941.

<sup>11</sup> Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller, 2003, p. 182.

esta situación particular, el juez debe reconocer que sólo los que tienen el poder de hacer leyes pueden tener la facultad de declarar que una ley debidamente promulgada no es derecho debido a la injusticia extrema de su contenido.

¿Esto significa que mi interpretación de la Fórmula de Radbruch conduce a su autor al positivismo jurídico? ¿O acaso, teniendo en cuenta la teoría ampliamente aceptada, aunque errónea, de que Radbruch experimentó una conversión del positivismo jurídico al iusnaturalismo natural después de la Segunda Guerra Mundial, esto significa que mi interpretación lo conduce de nuevo al lado del positivismo jurídico? No lo creo. De hecho, siguiendo por el camino abierto por Paulson, Ralf Dreier y otros, estoy convencido de que Radbruch nunca fue un iuspositivista.<sup>12</sup> Por lo tanto, no me parece correcto decir que ha sido objeto de una especie de conversión del positivismo al iusnaturalismo. Él no fue un juspositivista antes y, por esa razón, simplemente no podía convertirse en un no-positivista después de la guerra. Un criterio basal neokantiano, como Paulson lo designó, ya se muestra desarrollado como un principio regulativo en el concepto de derecho de Radbruch en sus escritos anteriores a la guerra y se mantiene presente —aún más notablemente— en sus escritos publicados después de la Segunda Guerra Mundial. La Fórmula de Radbruch es esencialmente el resultado del desarrollo de este criterio basal neokantiano. Por lo tanto, parece claro que Radbruch sostiene que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta conexión ya la sostiene Radbruch en su trabajo an-

---

<sup>12</sup> En este sentido cfr., Paulson, Stanley L., “Ein Ewiger Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist – Teil 1” *Juristen-Zeitung*, 2008: 105-115; “Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?”, en, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, No. 3, 1995: 489-500; “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, en, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, No. 1 (2006): 17-40; Kaufmann, Arthur, *Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*; München, Piper, 1987; Wolf, Erik, “Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?”, en, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 45, 1959, 481-503.

terior a la guerra y la seguirá sosteniendo en su trabajo posterior a la guerra, lo que lo pone, antes y después de la guerra, en el campo no-positivista.

Uno también puede preguntarse si esta interpretación del concepto de derecho de Radbruch lo conduce hacia el ámbito del no-positivismo superincluyente (bajo la clasificación propuesta por Alexy).<sup>13</sup> Una vez más, entiendo que este no es el caso. La tesis de que la Fórmula de Radbruch no debe ser tomada como una prescripción para la decisión judicial no implica la negación de la existencia de una conexión clasificatoria entre el derecho y la moral. Aunque defendiendo la tesis de que un juez (poder judicial) no es competente para declarar que una norma concreta regularmente promulgada y socialmente eficaz no es derecho debido a la extrema injusticia de su contenido, esto no conduce a ningún cambio en el estatus de no-derecho de dicha ley. Una injusticia extrema no es derecho, aunque el juez (poder judicial) no sea competente para hacer tal declaración. Esto significa, en términos prácticos, que esta ley no debe observarse ni cumplirse, lo cual lleva al reconocimiento de las consecuencias prácticas de la conexión entre el derecho y la moral.<sup>14</sup>

Al tener en cuenta la teoría del derecho de Radbruch en su integridad (y prestando atención a la importancia de la conservación de una unidad lógica a lo largo del desarrollo de su obra), parece claro que la negación de la función de la Fórmula de Radbruch en cuanto prescripción para la decisión judicial es una condición bien justificada para una interpretación coherente de la teoría jurídica

---

<sup>13</sup> Cfr. Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, en, *Ratio Juris*, Vol. 23, no. 2, 2010, p. 176.

<sup>14</sup> Según Paulson, sin embargo, una teoría no-positivista del derecho no es puesta en práctica si no se le da al juez la facultad de aplicar la Fórmula de Radbruch como una prescripción para la decisión judicial. Cfr. Paulson, Stanley, L., “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, p. 32.

de Radbruch.<sup>15</sup> En la siguiente sección, voy a examinar el papel de la Fórmula de Radbruch en el concepto de derecho propuesto por Alexy.

### III. EL PAPEL DE LA FÓRMULA DE RADBRUCH EN EL CONCEPTO DE DERECHO DE ALEXY

La esencia de la Fórmula de Radbruch en la teoría del derecho de Alexy consiste en ser un elemento del concepto de derecho. La función de esta fórmula, así como se observa en la teoría de Radbruch, es la de fundamentar la normatividad específica del derecho. Alexy identifica dos elementos específicos en el terreno de la normatividad del derecho: la pretensión de corrección y el argumento de la injusticia. Estos dos elementos pueden interpretarse, por analogía, como los dos elementos en los cuales se desarrollan el principio regulativo en la teoría de Radbruch: la idea del derecho y la injusticia extrema. El carácter de estos elementos como elementos de la normatividad específica del derecho no se explica sólo por el hecho de que la pretensión de corrección se toma en conjunto

---

<sup>15</sup> Mucho más debería decirse con la finalidad de defender correctamente la tesis de una teoría del derecho coherente e integralmente no-positivista en Radbruch, especialmente teniendo en cuenta la dificultad de la cuestión del “relativismo de Radbruch”. A partir de la propuesta de una distinción entre valores (*Werte*) y juicios de valor (*Werturteilen*), Marc André Wiegand apoya la tesis de que una reivindicación tradicional de la irracionalidad de los valores en Radbruch debería interpretarse como dirigida no a los valores, sino a los juicios de valor, una interpretación más adecuada respecto al concepto de derecho de Radbruch y, también, a su neokantismo. En este sentido, cfr. Wiegand, Marc, *Unrichtiges Recht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 30-31. Especialmente en relación al neokantismo de Radbruch, cfr. Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, p. 29-32. También, para considerar el “relativismo de Radbruch” con el fin de ponerlo en consonancia con un no-positivismo coherente, cfr. Von der Pfordten, Dietmar, “Radbruch as an Affirmative Holist. On the Question of what Ought to Be Preserved of his Philosophy”, *Ratio Juris*, 21, 2008, p. 399.

con el argumento de la injusticia, sino también por el hecho de que tanto la pretensión de corrección como también el argumento de la injusticia están conectados con los elementos clásicos de la promulgación de acuerdo con el ordenamiento y de la eficacia social. En el concepto de derecho de Alexy, la Fórmula de Radbruch es la expresión de la normatividad específica del derecho. Ella es la expresión misma de la teoría de la tesis de la conexión.

Como ya se ha dicho, la Fórmula de Radbruch puede y debe entenderse como un elemento de una proposición conceptual acerca del derecho y no como una prescripción para la decisión judicial. La pregunta ahora es: ¿hay buenas razones para negarle a la Fórmula de Radbruch la función de prescripción para la decisión judicial, incluso en el contexto del concepto no-positivista de derecho de Alexy? Creo que hay dos razones aquí: la democracia y la seguridad jurídica.

La objeción a un concepto no-positivista del derecho basada en la democracia se basa en la idea de que, según Alexy, “el concepto no-positivista de derecho lleva consigo el riesgo de que el juez, apelando a la justicia, va a oponerse a las decisiones del legislador democráticamente legitimado”.<sup>16</sup> En defensa de un concepto no-positivista de derecho, en el cual la Fórmula de Radbruch también posee la función de una prescripción para la decisión judicial, Alexy afirma:

Esta objeción pierde su fuerza si se considera que el concepto no-positivista de derecho sólo permite la eliminación del carácter legal en casos de extrema injusticia. Sólo toma efecto en un contexto nuclear. El control de la Corte Constitucional sobre violaciones de los derechos constitucionales fundamentales en Estados democráticos va mucho más allá de ese ámbito nuclear. Por lo tanto, para presentar un argumento de la democracia o de la división de poderes en contra de la tesis débil de la vinculación defendido aquí, tendría

---

<sup>16</sup> Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Múnich, Karl Alber, 1992, p. 97.

que rechazarse todo control de constitucionalidad de compromiso del legislador con los derechos fundamentales.<sup>17</sup>

Una vez que un juez en un Estado democrático de derecho establece que una ley particular que se ha establecido correctamente no es (o no era) derecho en virtud de su contenido extremadamente injusto, esto constituye, en mi opinión, una violación de la democracia. Tal decisión es incompatible con la democracia. Es cierto, como señala Alexy, que “el control de la Corte Constitucional sobre violaciones de los derechos constitucionales fundamentales en Estados democráticos va mucho más allá”<sup>18</sup> del umbral de la extrema injusticia. Si es así, sin embargo, la conclusión debe ser la afirmación de la imposibilidad de que se produzca una injusticia extrema en un Estado democrático de derecho. Sin embargo, si se acepta la posibilidad de aparición de una injusticia extrema en un Estado democrático de derecho, entonces debe aceptarse también que, por alguna razón, el control de la Corte Constitucional en relación con violaciones de los derechos fundamentales no puede evitar la injusticia extrema. En este sentido, la crítica que surge del argumento de la democracia contra el uso de la Fórmula de Radbruch como prescripción para la decisión judicial no depende del rechazo de cualquier conexión del legislador con los derechos fundamentales que pueda someterse al control judicial, y parece ser el caso de que un concepto no-positivista del derecho, en el cual la Fórmula de Radbruch desempeña tal función de prescripción para la decisión judicial, se encuentre, de hecho, en contradicción con la democracia.

El otro argumento en contra de la utilización de la Fórmula de Radbruch como prescripción para la decisión judicial es la seguridad jurídica. Según Alexy, “un argumento contra el concepto no-positivista de derecho señala que este concepto pone en peligro

---

<sup>17</sup> Alexy, *Robert, op. cit.*, p. 97.

<sup>18</sup> Alexy, *Robert, op. cit.*, p. 97.

la seguridad jurídica.”<sup>19</sup> Alexy, sin embargo, entiende que, debido a la aplicación del principio del reconocimiento, puede preservarse la seguridad jurídica sin rechazar el empleo de la Fórmula de Radbruch como prescripción para la decisión judicial. Alexy dice:

Si existen juicios de justicia fundamentables racionalmente, puede entonces decirse que quien, sobre la base de una fundamentación racional, ve que una acción es injusta reconoce esto. Ahora bien, vale el siguiente enunciado: cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro es su conocimiento. Este enunciado vincula el aspecto material con el epistemológico.<sup>20</sup>

Aunque la definición de una injusticia extrema pueda orientarse hoy por los derechos humanos, el reconocimiento de la injusticia extrema no es necesariamente sencillo. La injusticia extrema del Onceavo Decreto de la Ley de Ciudadanía del Reich, por ejemplo, no fue inmediatamente reconocida por los jueces y otras autoridades judiciales y administrativas. Ésta tomó tiempo y un cambio político radical para que se pudiera tener en cuenta la injusticia extrema de este decreto.

La razón de esta dificultad se debe, al menos en parte, al hecho de que la injusticia extrema se expresa necesariamente en la forma de una ley establecida correctamente. Una injusticia extrema no es simplemente un terrible acto de injusticia, o un crimen, o una violación de los derechos humanos. Injusticia extrema —en sentido estricto, es decir, injusticia extrema como un elemento del concepto de derecho— sólo puede presentarse en la forma de una ley debidamente establecida con un contenido extremadamente injusto. El hecho de que este contenido extremadamente injusto se encuentre en una ley debidamente establecida es exactamente lo que hace que sea difícil reconocer una injusticia extrema. Pero esta dificultad, al mismo tiempo, es evidencia de la idoneidad de la Fórmula de Ra-

---

<sup>19</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 90.

<sup>20</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 91.

dbbruch como un elemento del concepto de derecho. Si el derecho fuera un sistema de normas neutrales desde el punto de vista moral, sería más fácil reconocer una injusticia extrema. Tan pronto no exista algún valor moral específico del derecho, los valores morales, solamente reflejados por el derecho, brillarían como estrellas en la noche en el desierto, no oscurecidos por las luces de la ciudad. Esto explica por qué la propuesta de H. L. A. Hart suena tan razonable a primera vista.<sup>21</sup> Al eliminar del concepto de derecho su normatividad específica, que es necesariamente un elemento de carácter moral, parece que se vuelve más fácil la identificación de los casos en los que el derecho es simplemente el vehículo de la injusticia y, por lo tanto, parece que se vuelve más fácil resistir a las injusticias legales. Retirar la normatividad específica del derecho del conjunto de los elementos del concepto de derecho parece ser no sólo correcto desde el punto de vista epistemológico, sino también correcto desde el punto de vista moral. Habría entonces una razón moral para la tesis de la separación entre derecho y moral. Una razón moral, por lo tanto, para el propio positivismo.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Cfr. Hart, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», en, *Harvard Law Review* 71, 1957-1958, p. 620.

<sup>22</sup> “En tanto que los seres humanos puedan ganar suficiente cooperación de algunos otros para que puedan dominar a los demás, ellos van a utilizar a las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Los hombres malvados promulgarán normas perversas que otros cumplirán. Lo que sin duda es más que necesario con el fin de hacer que los hombres lúcidos enfrenten el abuso del poder oficial, es preservar el sentido de que la certificación de algo como legalmente válido no es concluyente sobre la cuestión de la obediencia, y que, por más grande que sea la aura de majestad o autoridad que el sistema oficial podría tener, sus demandas deben al final presentarse bajo el escrutinio moral. Este sentido, que hay algo que está fuera del sistema oficial haciendo referencia a lo que en última instancia el individuo tiene que resolver respecto al problema de la obediencia, seguramente es más probable que se mantenga vivo con quienes estamos acostumbrados a pensar que las normas jurídicas pueden ser injustas, que entre aquellos que piensan que no hay nada injusto en cualquier lugar que pueda tener el *estatus* de derecho”. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 210.

No obstante, el problema con esta tesis es el mismo que enfrentamos al intentar tirar al bebé con el agua del baño. Nadie pone en duda el hecho de que la iluminación nocturna de las ciudades afecta a la observación de las estrellas, pero no es una opción apagar las luces de la ciudad para observar mejor las estrellas. Del mismo modo, es imposible eliminar la normatividad específica del derecho sin hacer desaparecer el derecho mismo. Lo que hace el derecho vinculante es parte de lo que es el derecho.

Puede que no sea fácil, por tanto, el reconocimiento de una injusticia extrema. Esto, sin embargo, no parece ser un argumento a favor de la teoría de la separación (*Trennungsthese*), según lo propuesto por Hart, pero, por otra parte, a mí me parece un argumento en contra del uso de la Fórmula de Radbruch como una prescripción para la decisión judicial, porque si la injusticia extrema no tiene necesariamente la marca de la evidencia, entonces no parece aceptable afirmar que la Fórmula de Radbruch entendida como prescripción para la decisión judicial sólo conduce a una pérdida mínima de la seguridad jurídica.

#### IV. LA FÓRMULA DE RADBRUCH SEGÚN LA TESIS DE BRIAN BIX

Brian Bix afirma que la Fórmula de Radbruch tiene la función de prescripción para la decisión judicial. Según Bix, “sería más benevolente leer a la(s) fórmula(s) de Radbruch como prescripciones para la decisión judicial que en vez de leerlas como proposiciones descriptivas, conceptuales o analíticas respecto a la naturaleza del derecho.”<sup>23</sup> En este sentido, Bix presenta dos argumentos: (1) el argumento del contexto y (2) el argumento de la perspectiva. Con estos dos argumentos, Bix tiene la intención de mostrar que la Fórmula de Radbruch no está dirigida para resolver el problema de la naturaleza del derecho. En primer lugar, porque ella fue utilizada

---

<sup>23</sup> Bix, Brian, «Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis», en, *American Journal of Jurisprudence*, 56, 2008, p. 57.

como una prescripción para la decisión judicial (lo que llamo el argumento de contexto). En segundo lugar, porque ella fracasa cuando uno la toma como un elemento del concepto de derecho (lo que llamo el argumento de la perspectiva). En consecuencia, de acuerdo con Bix, la Fórmula de Radbruch no funciona como una crítica hacia el positivismo jurídico. Al no estar dirigida a las cuestiones sobre la naturaleza del derecho, Bix asume que la Fórmula de Radbruch debe entenderse como una prescripción para la decisión judicial. Sin embargo, esto no puede ser más que una conjetura, una vez que Bix no ofrece ningún argumento preciso para apoyar esta tesis.

El primer argumento de Bix para demostrar que la Fórmula de Radbruch tiene esencialmente el significado de una prescripción para la decisión judicial consiste en explorar el contexto en el que han aparecido los escritos de Radbruch, y, más tarde, los de Alexy, directamente relacionados con la tesis que vino a ser conocida como la Fórmula de Radbruch.

Desde una perspectiva superficial, no hay duda de que, sea lo que sea, la Fórmula de Radbruch (o las fórmulas Radbruch) en realidad funcionan como instrucciones a los jueces sobre la forma de resolver los casos. Como se mencionó anteriormente, la decisión del tribunal (por los tribunales de Alemania Occidental en relación con los actos supuestamente realizados bajo la autorización de las leyes nazis) constituyen el contexto en el que Radbruch presenta su fórmula (o fórmulas) en sus artículos de posguerra. Decisiones similares adoptadas por los tribunales de la Alemania reunificada, evaluando actos supuestamente realizados bajo la autorización del derecho de la Alemania oriental, forman el contexto para algunas de las discusiones de Alexy acerca de su versión de la Fórmula de Radbruch.<sup>24</sup>

Estoy de acuerdo con Bix en que la Fórmula de Radbruch fue aplicada por los tribunales de Alemania Occidental y, también, más tarde por los tribunales de la Alemania reunificada, pero eso no

---

<sup>24</sup> Bix, Brian, *op. cit.*, p. 52.

significa necesariamente que ella deba ser definida como una prescripción para las decisiones judiciales. Un pie de cabra se puede utilizar para abrir una puerta y, de hecho, pies de cabra se utilizan ocasionalmente para abrir las puertas. Sin embargo, este hecho no funciona como argumento para decir que un pie de cabra debe definirse fundamentalmente como una clave. Lo mismo puede decirse de la Fórmula de Radbruch. Del hecho de que se le utilizó como una prescripción para las decisiones judiciales no se sigue que ella deba ser definida como una prescripción para la decisión judicial. El argumento del contexto propuesto por Bix simplemente no justifica tal conclusión.

Por otra parte, teniendo en cuenta los mismos textos en los que la reflexión sobre la Fórmula de Radbruch aparece, tanto en escritos de Radbruch como de Alexy, puede observarse que las reflexiones se desarrollan en textos destinados de manera decisiva a la investigación del concepto de derecho. En los escritos de Radbruch, la Fórmula de Radbruch se presenta en un artículo titulado “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*” (“Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”), de 1946, esencialmente dedicado al concepto de derecho. En los textos de Alexy, aunque se presente ahí una reflexión más intensa sobre la aplicación de la Fórmula de Radbruch como una prescripción para la decisión del tribunal, el debate más profundo sobre el tema se encuentra en un libro dedicado a la investigación del concepto y la validez del derecho.<sup>25</sup>

Así, una vez considerados los escritos mismos en los que la Fórmula de Radbruch es desarrollada, tanto en textos de Radbruch como en textos de Alexy, lo que se observa es que ella es examinada no en textos destinados principalmente a la cuestión de la aplicación del derecho, sino en textos orientados hacia el problema del concepto de derecho.

---

<sup>25</sup> La obra en cuestión es *Begriff und Geltung des Rechts (El concepto y la validez del derecho)*, cuya primera edición es de 1992.

El segundo argumento de Bix afirma que la Fórmula de Radbruch no funciona como un elemento del concepto de derecho tan pronto es interpretada desde la perspectiva de un teórico del derecho.

(...) Si la fórmula ha de entenderse como una declaración conceptual sobre la naturaleza del derecho, entonces es (por definición) un reclamo con respecto a todos los sistemas legales existentes y a todos los posibles. Esto puede no ser una buena descripción de la fórmula. Teniendo en cuenta el argumento de Radbruch de que normas significativamente injustas no son normas válidas, puede entenderse tal afirmación hecha dentro de un sistema jurídico determinado, en relación con el criterio de validez de este sistema legal. El significado de una tal declaración hecha por un teórico del derecho con respecto a todos (y a todos posibles) los sistemas jurídicos es mucho menos clara.<sup>26</sup>

El segundo argumento de Bix se basa en la distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante. Según Bix, un teórico del derecho debe adoptar necesariamente el punto de vista del observador y, ya que la Fórmula de Radbruch —de acuerdo con Bix— no tiene sentido desde el punto de vista del observador, por tanto ella debe entonces ser tomada no como un elemento del concepto del derecho, sino como una prescripción para la decisión judicial.

El problema con este argumento es que Bix toma la perspectiva del observador como una perspectiva independiente. Esto no es correcto. La perspectiva del observador es dependiente de la perspectiva del participante (lo que significa que la perspectiva del observador no tiene sentido sin la perspectiva del participante). Ella es dependiente en dos sentidos: (1) Porque una descripción del derecho desde la perspectiva del observador presupone que existen personas que realmente observan y aplican el derecho, que es

---

<sup>26</sup> Bix, Brian, «Radbruch's Formula and Conceptual Analysis», en, *American Journal of Jurisprudence*, 56, 2008,, p. 52.

descrito por el observador, lo cual significa que ella presupone la existencia de personas que adoptan la perspectiva del participante en relación con el derecho y (2) porque una descripción del derecho desde la perspectiva del observador asume que tanto el observador que describe el derecho como aquellos a quien esta descripción se dirige tienen la capacidad de comparar esta descripción con sus propias concepciones de derecho concebidas desde la perspectiva del participante (lo cual significa que alguien que ni siquiera sabe lo que es el derecho desde la perspectiva del participante no será capaz de entender correctamente la descripción de un comportamiento guiado por el derecho desde la perspectiva del observador).

La misma confusión en la distinción entre las perspectivas del observador y del participante aparece en las propuestas presentadas por Norbert Hoerster. Como señala Alexy, Hoerster presenta dos proposiciones en relación con esta pregunta:

Norbert Hoerster ha sostenido que, en primer lugar, existe una necesidad de contar con una designación valorativamente neutra para las leyes promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces, como la Onceava Ordenanza, y, segundo, que no existe ninguna alternativa utilizable para la expresión “derecho”.<sup>27</sup>

Al considerar estas dos afirmaciones considero que, en primer lugar, no creo que exista una necesidad de una denominación neutra en términos de valor para una norma promulgada conforme el ordenamiento y socialmente eficaz como la Onceava Ordenanza y, en segundo lugar, el hecho de que no exista alternativa utilizable, más allá que “derecho”, para nombrar algo como la Onceava Ordenanza es, en realidad, un fuerte indicio de que esta cosa en particular (una norma promulgada conforme el ordenamiento, socialmente eficaz y valorativamente neutra) simplemente no existe (lo cual es una buena razón para que uno no se moleste en tratar de encontrar un nombre para esto, pero no una razón para aceptar

---

<sup>27</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 56.

darle el nombre de “derecho”). Por lo tanto, la razón por la cual creo que un término no es necesario para designar una norma promulgada de acuerdo con el ordenamiento, socialmente eficaz y valorativamente neutra, es que tal cosa no existe. El derecho no es un nombre que bien puede atribuirse a algo como la Onceava Ordenanza. Es posible usar el término “derecho” desde la perspectiva del observador, pero los límites de esta posibilidad son establecidos por la Fórmula de Radbruch. La cuestión no es si la Fórmula de Radbruch es posible desde el punto de vista del observador. La pregunta correcta es si la perspectiva del observador es posible sin la Fórmula de Radbruch y, teniendo en cuenta que la perspectiva del observador es dependiente de la perspectiva del participante, la respuesta es no.

El fundamento de las reivindicaciones de Hoerster reside en la fe que tiene en el relativismo moral. Éstas se basan en la suposición de que el relativismo moral es verdadero y, al mismo tiempo, estas mismas reivindicaciones son tratadas como un argumento a favor del relativismo moral. Esto es evidente en la centralidad de la perspectiva del observador en la interpretación de Hoerster (como también en la de Bix) a propósito de la diferencia entre los puntos de vista del observador y del participante. Pero, puesto que no hay razón para aceptar la verdad del relativismo moral, tampoco hay razón para aceptar la validez de las afirmaciones de Hoerster.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la distinción entre las perspectivas del observador y del participante sólo tiene sentido si la perspectiva del observador se entiende como dependiente de la perspectiva del participante, el resultado es que el argumento extraído de esta distinción no funciona como un argumento en contra de la interpretación de la Fórmula de Radbruch como elemento de una proposición conceptual sobre la naturaleza del derecho (es decir, para decirlo más concretamente, como un elemento del concepto de derecho).

## V. CONCLUSIÓN

Para concluir, vuelvo a mi punto de partida: al tener en cuenta los dos enfoques básicos de la Fórmula de Radbruch, ya sea como una propuesta conceptual sobre la naturaleza del derecho y como una prescripción para la decisión judicial, cuatro combinaciones diferentes son posibles. Radbruch (de acuerdo con su interpretación tradicional) y Alexy, en el campo no-positivista, apoyan la tesis de que la Fórmula de Radbruch realiza ambas funciones. Hart, en el campo positivista, defiende la tesis que niega a la Fórmula de Radbruch tanto la función como elemento del concepto del derecho como también la de una prescripción para la decisión judicial. Bix, también en el campo positivista, niega a la Fórmula de Radbruch como elemento del concepto del derecho, pero la acepta como una prescripción para la decisión judicial. Por último, en el campo no-positivista, defiende la tesis de que la Fórmula de Radbruch debe ser aceptada como un elemento del concepto del derecho, pero rechazada como una prescripción para la decisión judicial.

|   | Alexy/<br>Radbruch<br>(interpretación<br>tradicional) | Hart             | Bix              | Tesis<br>defendida<br>en este<br>ensayo |
|---|---|------------------|------------------|---|
| Fórmula de Radbruch como elemento del concepto de derecho       | +   | -                | -                | +                                       |
| Fórmula de Radbruch como prescripción para la decisión judicial | +   | -                | +                | -                                       |
|   | No-positivismo  | Positivis-<br>mo | Positivis-<br>mo | No-positi-<br>vismo                     |

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, München, Karl Alber, 1992.
- , “The Dual Nature of Law”, en, *Ratio Juris*, Vol. 23, no. 2, 2010.
- Bix, Brian, «Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis», en, *American Journal of Jurisprudence*, 56, 2008, pp. 45-57.
- Hart, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», en, *Harvard Law Review* 71, 1957-1958, pp. 593-629.
- , *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- Kaufmann, Arthur, *Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, Piper, 1987.
- Paulson, Stanley, L., “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, No. 1 (2006): pp. 17-40.
- , “Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?”, en, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, No. 3, 1995: pp. 489-500.
- , “Ein Ewiger Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist – Teil 1” *Juristen-Zeitung*, 2008: pp. 105-115.
- , “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch y las tesis positivistas”, en, Paulson, Stanley, L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 53-100.
- Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller, 2003.
- , “Arbitrariedad legal y derecho supralegal“, en, Paulson, Stanley, L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 213-225.
- Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.
- Wiegand, Marc, *Unrichtiges Recht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004.
- Wolf, Erik, “Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?”, en, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 45, 1959, pp. 481-503.
- Von der Pfordten, Dietmar, “Radbruch as an Affirmative Holist. On the Question of what Ought to Be Preserved of his Philosophy”, *Ratio Juris*, 21, 2008, pp. 387-403.

## **ENTREVISTAS**



## ENTREVISTA AL PROFESOR EMÉRITO DOCTOR SERGIO GARCÍA RAMÍREZ<sup>1</sup>

ABRIL USCANGA BARRADAS

---



SERGIO GARCÍA RAMÍREZ es Doctor en Derecho magna cum laude por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor Emérito de la misma Universidad e investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). También es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fue juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2009), en donde fungió como Presidente entre 2004 y 2008. Fue Presidente (fundador) de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales, miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Ha desempeñado diversos cargos públicos, entre ellos: Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Secretario del Trabajo y Previsión Social, Procurador General de la República y Presidente (fundador) del Tribunal Superior Agrario. Es autor de numerosos libros y artículos sobre temas jurídicos, políticos y sociales. Es Doctor honoris causa por diversas instituciones mexicanas y extranjeras. Correo: <sgrijunam@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-9164-8464>>.

---

<sup>1</sup> Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo coloquial propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La entrevista fue realizada con la colaboración de Diana Saldaña Martínez y Javier Cancino Jiménez.

## ENTREVISTA AL DOCTOR SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

**Sergio García Ramírez:** En primer lugar, agradezco que me ha permitido tener presencia en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM a través de un artículo. Me alegra mucho por la calidad de la revista y por la gentileza de quienes se encuentran a cargo de ella, particularmente la directora, y por hallarme de nueva cuenta en un foro, en este caso de una revista de nuestro posgrado en el cual figura la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, además me agrada mucho acompañar a la Dra. Palacios en esta aparición en la escena de esta nueva sección. Es muy estimulante y grato, aprecio mucho el esfuerzo que ustedes hacen y me sumo con toda alegría a él.

**Abril Uscanga Barradas:** Muchas gracias Doctor, es un esfuerzo de jóvenes que intentamos también aportar algo a la Universidad y deseamos que así sea y, para bien.

Doctor, muchísimas gracias por haber aceptado y para empezar me gustaría que nos hablara un poco acerca de su trayectoria académica, una trayectoria que refleja la labor de un jurista, un docente, un investigador, un servidor público, en fin, es impacte y ahora, más recientemente desde su nombramiento o designación como profesor emérito, la mayor de las distinciones que tiene la Universidad Nacional Autónoma de México, por supuesto deseamos saber un poco más de usted, desde sus palabras. Creo que podría ayudarnos si nos comenta un poco acerca del inicio de esta trayectoria ¿Cómo fue?

**SGR:** Bueno, gracias por el interés que manifiestan en mi trayectoria académica, que ha sido larga porque mi vida también ha sido larga. Buena parte de mi vida se ha dedicado al quehacer académico, aparte de que también he sido servidor público pero siempre he tratado de conciliar el servicio público en el que me he desempeñado con la actividad académica, la cual es una parte importante de mi vida y que además se encuentra entrañada en mi vocación. Yo inicie mis tareas académicas recién obtenido el título

de licenciado en Derecho. Me hizo el favor de invitarme a ejercer la cátedra, entonces como profesor interino, quien era director de la Facultad de Derecho, mi maestro, el Dr. Cesar Sepúlveda, maestro de Derecho Internacional Público. Así inicie mi desempeño como profesor. Con el tiempo obtuve la cátedra por concurso y también me incorporé en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, que en aquel entonces se llamaba Instituto de Derecho Comparado y que tenía su sede al lado de la Facultad de Derecho, en la Torre de Humanidades. Así comencé mis tareas que realmente no se han interrumpido. Por supuesto, he tenido lapsos largos de quehacer como servidor público, pero como acabo de decir he procurado mantener en todo momento mi vinculación estrecha con mi Universidad, la Nacional Autónoma de México, con mi Facultad, la de Derecho, y con el Instituto en el que también estoy adscrito, que es el de Investigaciones Jurídicas. Estimo haber conseguido esa constancia, esa cercanía. Últimamente me he visto favorecido con una generosa iniciativa del Director de la Facultad de Derecho y del Consejo Técnico de la Facultad en mi favor, generosa ciertamente e inmerecida, pero recibida con gran beneplácito y con enorme satisfacción que es la de figurar como profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, un privilegio que yo realmente nunca esperé tener, que nunca esperé recibir y que ha llegado merced a la buena disposición de colegas y amigos. Yo reconozco ante todo la buena disposición para obtener ese emeritazgo y ojala algún día pueda ser realmente acreedor a él.

**AUB:** Sin duda lo es Doctor, de hecho muchos esperábamos su emeritazgo y es muy bien recibido no solo por la comunidad de la Facultad de Derecho sino la comunidad que se ha visto totalmente influenciada por su pensamiento, usted tiene una gran cantidad de publicaciones, de obras en diversas áreas que ya las comentaremos en su momento, permítame preguntar, ¿Cómo ha hecho para compatibilizar la academia con la práctica? Como ya lo ha dicho ha tenido una gran trayectoria en el servicio público y la verdad es que

no siempre se logra el mantener la dualidad entre lo académico y lo práctico y usted lo ha logrado de una manera maravillosa ¿Cómo podría un jurista llegar a tener esa capacidad?

**SGR:** La verdad no me ha sido difícil porque tengo esa doble vocación. La vocación de funcionario público no me ha abandonado aun cuando haya terminado ya mi etapa como servidor público, y la vocación académica ha persistido desde el principio. Curse el doctorado en Derecho con el propósito de hacer vida académica, no se trataba de tener un diploma o constancia de estudios superiores, sino de practicar la vida académica, para eso me incorpore como alumno de la entonces División de Estudios Superiores en donde el secretario era Don Emilio Rabasa, y fue ahí donde cursé el doctorado en los términos que en ese entonces se estipulaban, obtuve el doctorado de una forma para mí muy satisfactoria y seguí adelante. En forma coincidente recibí invitaciones para actuar en cuestiones de servicio público, inicialmente en el ámbito penitenciario, que me llamaba poderosamente la atención. En el curso de la carrera surgió o se acentuó mi interés por los temas penales tan vinculados con la situación y los problemas del ser humano; hay una relación muy estrecha entre las angustias del ser humano, las necesidades, sus requerimientos, y el sistema penal en amplio sentido, la criminología, la penología, el derecho penal, el procedimiento penal. Al recibir yo estas invitaciones comencé a trabajar en el ámbito penitenciario, primero en la Ciudad de México, en la Penitenciaría del Distrito Federal que entonces era un establecimiento relativamente nuevo, y más adelante en el Estado de México como director del Centro Penitenciario, pero insisto sin abandonar nunca la cercanía con la Universidad. Esto me permitió mantener mi estudio, mi reflexión, a propósito de los temas jurídicos y tratar de aplicar ese estudio, esa reflexión a la práctica cotidiana, primero al servicio penitenciario y después de otras tareas también de la administración pública, y también recoger a la inversa mis experiencias como servidor público para poderlas proyectar en mi quehacer como profesor e in-

investigador universitario, depositar esas experiencias en libros, en artículos, conferencias. A mí esto me resultó muy natural, porque es mi vocación, vocación doble de dos líneas que son perfectamente compatibles y ninguna de las dos es producto de mi imaginación, ambas son parte de mi experiencia y de mi razón de ser, de vivir y de trabajar

**AUB:** Y en ese, digamos, esa trayectoria que ya la podemos visualizar en este momento, yendo un poco más hacia atrás ¿Cuándo decidió estudiar Derecho? ¿Es una vocación de siempre?

**SGR:** Un poco para atrás, en la primera etapa de juventud, que es cuando tome la decisión, me encontraba en las puertas de la preparatoria y había necesidad de elegir cual era el área en que yo me inscribiría. Me costó algún trabajo, pero no mucho, resolver. Debo decir que no tenía muy claro el por qué de mi dedicación y mi destino como abogado. No me podía contar como una persona de una vocación así muy intensa, muy recia y exclusiva hacia la abogacía, pero tampoco hacia otra materia u otra disciplina. Llegado el momento de decidir y quizá por antecedentes familiares, tal vez por lo que había visto o vivido en relación con la abogacía, hizo que me inclinara por inscribirme en el ámbito de humanidades y específicamente en el de Derecho; no me arrepiento de haber optado por ese camino. Por supuesto que en el curso de los estudios, probablemente a ustedes les ha pasado, uno se enfrenta a muchas dudas, inquietudes, interrogantes, y se pregunta si ese camino es el más adecuado y dentro de ese camino cuál puede ser la vertiente atractiva a la que uno pretenda destinar su vida. Bueno, hice la carrera en términos adecuados, no tuve tropiezos graves, incertidumbre a veces sí, dudas por supuesto, la cursé en términos adecuados. Me recibí de Licenciado en Derecho con una tesis que tenía que ver con temas penitenciarios, se llamaba “Represión y tratamiento penitenciario”. La presenté y tuvo un buen resultado. Inmediatamente inicié los estudios de posgrado, en aquel entonces no se estudiaba una maestría como etapa intermedia entre la licenciatura y el

doctorado, inmediatamente se iba al doctorado en Derecho, así que curse el doctorado y tuve profesores, como los tuve también en la licenciatura, de primer nivel, verdaderamente maestros eminentes en un doble sentido, por su conocimiento jurídico y capacidad como juristas, por su trascendencia en el pensamiento jurídico mexicano e incluso internacional, pero además importantes como seres humanos para mí, personas que me brindaron su ayuda, yo diría que me tendieron la mano profesional y académicamente y que me ayudaron a definir mi rumbo y después a avanzar en el cumplimiento de esas definiciones. Tuve maestros muy generosos. Puedo mencionar con gran agrado haber tenido profesores de gran talla académica y humana que me abrieron la puerta, a veces se dice que los mayores cierran la puerta a los jóvenes, yo espero no sea algo así, pero puede ocurrir, en mi caso no ocurrió, sino al contrario, esos mayores me abrieron, me franquearon la puerta y yo accedí por ella y seguí mi camino siempre llevado de la mano de mis maestros, que me dieron su orientación y su consejo a lo largo de muchos años. Con el tiempo esos maestros desaparecieron del horizonte físico pero nunca han desaparecido del horizonte moral, de mi pensamiento, de mi reflexión, de mis sentimientos. Están presentes todos y cada uno de ellos. Ahora estamos llevando a adelante esta conversación en un auditorio que lleva el nombre de uno de mis maestros, Antonio Martínez Báez, que fue mi profesor de Derecho Constitucional en el doctorado en Derecho y que era un eminente constitucionalista, pero aparte de él puedo citar a muchos más.

**AUB:** Muchas gracias Doctor, en ese mismo sentido me gustaría ahora sí, entrar ya en el tema de alguno de estos grandes maestros que influyeron profundamente en su formación o en su caso también podrían ser autores quienes hayan determinado en algún momento su pensamiento, que hayan dado un vuelco ideológico ¿Alguno que pudiera comentarnos?

**SGR:** Que bueno que plantea la pregunta de esta manera. Créame que a veces uno sigue la enseñanza de un profesor en la catedra

o eventualmente fuera de la cátedra, pero también en ocasiones sin conocer personalmente al docente uno puede recibir la influencia, la enseñanza a través de las lecturas de obras, a través del pensamiento escrito o expresado de alguna otra forma por un gran catedrático. Cuando yo ingresé al primer año en la carrera en Derecho tuve un excelente profesor en Introducción al Estudio del Derecho, el profesor Juan Bremer, que era un ilustre abogado, postulante eminente, pero que al poco tiempo tuvo un problema de salud muy severo que le obligó a retirarse de la cátedra temporalmente por lo menos. Entonces, ante esta situación yo debí elegir a otro profesor para la clase de Introducción al Estudio del Derecho y viendo la relación de profesores que estaban impartiendo la clase encontré a uno que gozaba de gran fama, y que era uno de los profesores más prestigiados en esa disciplina. Me refiero a Don Eduardo García Máynez. Así que me fui a la cátedra de Don Eduardo García Máynez, cambié incluso de horario porque yo estaba en el turno de la mañana y pase al turno vespertino, y me desempeñe todo ese año como alumno de García Máynez, y lector de su obra “Introducción al Estudio del Derecho”, la cual es probablemente la obra de un jurista mexicano más publicada y más leída dentro y fuera del país. Tuve otros profesores muy apreciables en el primer año de la carrera de la Facultad. Algunos han dejado huella por su obra escrita. Recuerdo que tuve un maestro eminente de Sociología del Derecho, Don Juan Pérez Abreu de la Torre, quien no fue tratadista, lamentablemente, fue un hombre muy sabio, un profesor ilustre. Pase al segundo año, y estoy mencionando etapas porque sé que no hay tiempo para muchos detalles, y ahí me encontré con el primer curso de Derecho Penal, la parte general de Derecho Penal ¿Quién sería mi profesor? Pues elegí a Don Raúl Carrancá Trujillo, autor de la primera obra completa, panorámica de Derecho Penal, que se había hecho en México bajo el imperio de la legislación penal de 1931. Era un maestro muy competente, muy erudito y un hombre de bien, un hombre bueno que también fue generoso conmigo, me

tendió la mano y yo seguí su curso de Derecho Penal con enorme interés. Bueno, sigamos adelante, vayamos a otra etapa. Cuando llegue a tercer año, cursé Derecho Constitucional con Don Mario de la Cueva, profesor eminente que ha dejado huella en la historia de la Facultad y de la Universidad. Fue mi profesor de Derecho Constitucional y también seguí su curso con enorme interés y con avidez. Ahora me viene a la memoria que también estudié con Don Eduardo Pallares, uno de los tratadistas más completos que hemos tenido en materia procesal, hijo de don Jacinto Pallares, él fue un hombre de gran prestigio y alcurnia, hombre muy culto, melómano, conocedor de la filosofía, música, letras. Más adelante, tuve un maestro verdaderamente decisivo en mi formación como estudiante y estudioso del derecho, que fue don Niceto Alcalá Zamora, quien formaba parte del grupo de profesores españoles migrantes, los llamábamos refugiados, que habían llegado a México en la circunstancia de la guerra civil española. Él había transitado de España a Argentina y luego vino a México, era un gran catedrático de Derecho Procesal, para mí fue de Derecho Procesal Penal, que luego sería la materia de mi predilección. Entonces, recibir enseñanzas de Don Niceto y el apoyo que sentía en él invariablemente para mi evolución y definir mi rumbo hacia la cátedra y la investigación. En aquellos tiempos también fui alumno de Don Cesar Sepúlveda que sería director de la Facultad de Derecho y me invitaría más adelante a ser profesor. Otro maestro eminente, decisivo en mi vida, quien dejó una profunda huella en mi existencia y en mi formación, fue Don Alfonso Quiroz Cuarón, quien era criminólogo y formador de profesionales. Formó generaciones de penalistas, criminólogos, penitenciaristas, y a mí me apoyo en mi propio desarrollo, en mis actividades de trabajo inclusive, en el ámbito penitenciario, en el ámbito criminológico. Recurrí a él constantemente. Tenía una gran fama, un gran prestigio incluso fuera del país, su nombre abría puertas y a mí me abrió muchas puertas en México y fuera de México. Cuando llego el momento de que yo avanzara en mi carrera

penitenciaria en el Centro Penitenciario del Estado de México creí, indispensable ponerme en contacto con algunos penitenciaritas fuera del país que me pudieran orientar y auxiliar con su experiencia, y Don Alfonso me presentó con personajes del penitenciarismo fuera de México, en Argentina, Perú, Brasil, en fin, en otros países. Gracias a él pude recibir estas enseñanzas. Más adelante, en quinto año, estoy tratando de ser muy específico en cuanto a algunos profesores pero fueron muchos los que me ayudaron y debo agradecer, más adelante fue mi profesor Don Luis Recasens Siches, otro refugiado español, prominente maestro, filósofo del Derecho y tratadista. Asimismo debo reconocer y recordar también a Don Emilio Rabasa, quien sería canciller de la República, y en ese tiempo era secretario del posgrado y mi maestro de Teoría del Estado, pude considerarlo también mi amigo, generoso.

En fin, corro el riesgo y no quisiera caer en él, pero claro que lo estoy enfrentando, de no mencionar a todos, porque fueron muchos aquellos de los que yo recibí orientación y consejo. En el posgrado se repitió la presencia de alguno de estos profesores, como Alcalá Zamora, Quiroz Cuarón, pero además se agregó Celestino Porte Petit, quien fuera otro gran penalista, maestro emérito Don Octavio Hernández, constitucionalista, amparista, Don Rafael Rojina Villegas, tratadista de derecho civil y Rafael de Pina, también profesor español, en fin, varios más, todos ellos personajes de primer nivel en la historia del Derecho Mexicano de esa época, quienes fueron formadores de los profesores de ahora, y además grandes personajes en mi propia vida. Los recuerdo con emoción y gratitud.

**AUB:** Le agradezco los bellos recuerdos que nos ha compartido, me gustaría saber si ¿hay algún jurista, algún autor actualmente que le llame la atención?, alguien a quien usted siga actualmente en temas teóricos o prácticos ¿Existiera alguno actualmente que pudiera referirnos?

**SGR:** Por supuesto, hay muchos, tenemos una pléyade de tratadistas, profesores, catedráticos de enorme valía. Quienes fueron mis

maestros ya no se encuentran físicamente presentes, prácticamente todos se han ausentado físicamente, pero yo mencionaría simplemente como ejemplo a un gran jurista eminente, de cuyo talento, de cuya ciencia hemos abrevado y lo seguimos haciendo los juristas mexicanos, me refiero al profesor Héctor Fix Zamudio que fue director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, investigador emérito, quien ha sido colmado de honores y de preseas y de doctorados donde quiera. Es otro de esos personajes que ha tenido una poderosa influencia en la formación del Derecho Mexicano, no solamente en la cátedra como profesor de miles de estudiantes sino en la formación de instituciones. A Don Héctor Fix Zamudio le debemos progresos enormes en materia de derechos humanos por ejemplo, el ombudsman, instrumento de derechos humanos que actualmente tenemos en México bajo el nombre de Comisión de Derechos Humanos es una creación de Fix Zamudio. Fue uno de los estudiosos adelantados en la materia de ombudsman, secundado después por uno de sus alumnos dilectos Jorge Carpizo. Trabajaron juntos en la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios que fue un embrión del ombudsman mexicano, entonces merece una referencia muy especial Fix Zamudio. Además, puedo mencionar que él fue uno de los factores para la creación de seminarios, cátedras, renovación de muchos estudios, creación del Consejo de Judicatura. Milito muy activamente para que se generara ese Consejo y lo consiguió a través de reformas constitucionales. Así pues, que si usted me pregunta, como lo está haciendo, por algún maestro que esté vigente, que esté vivo, al cual podamos recurrir como ejemplo y con gratitud los abogados mexicanos, pues yo cito a la cabeza a don Héctor Fix Zamudio.

**AUB:** Creo que no está errado, el Doctor Fix Zamudio es un gran referente mexicano. Doctor, ahora pasando ya a como usted se mira ¿Usted se consideraría penalista, internacionalista, digamos dentro del área de Derechos Humanos, procesalista, constitucionalista? Lo pregunto porque tiene una cantidad de obras tan importantes

en diferentes áreas, he de decir también, que todas concatenan en algún sentido pero me llama la atención y me pregunto ¿cómo se evalúa usted?

**SGR:** Bueno, me miro como abogado, como jurista que ha tenido la fortuna, por las vicisitudes de la vida, de asomarse con gusto, con agrado a diversas áreas del conocimiento y la práctica jurídica; me inicié en los quehaceres penitenciarios, lo he dicho, luego en los penales, el procedimiento penal, pero también en el tema de los derechos humanos y particularmente en el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no es materia distanciada del Derecho Penal o del Derecho Procesal, están enterañados; los Derechos Humanos tienen escenarios difíciles, críticos en el ámbito penal, entonces hay una vinculación muy cercana entre uno y otro, esto me ha llevado, por lo tanto, de lo penitenciario a lo penal, a lo procesal, específicamente procesal penal; no he incursionado en otras disciplinas del proceso salvo el procesal internacional.

No me he visto forzado a escribir, me gusta hacerlo ya que también es parte de mi vocación, la forma en que yo me expreso a través de la cátedra, pero también a través del trabajo escrito, así que no necesariamente me quisiera yo definir como penalista o procesalista o internacionalista, sino como un jurista modesto que ha tenido la suerte de salir al balcón y ver desde ahí transitar varias disciplinas, varias actividades y tratar de atenderlas y de servir las.

**AUB:** En este mismo sentido como usted ya lo ha dicho, tiene muchas obras, sus obras y su pensamiento han sido referentes para nuestro país así como tanto para el extranjero ¿Cuál considera usted que es su libro más representativo? Digamos podría ser tanto el más reciente como el primero de ellos, pero ¿alguno en particular que sienta que es un libro donde se identifica?

**SGR:** Bueno, mire usted, como he trabajado en la producción de varios libros en distintas disciplinas, no me resulta fácil dirigirme a cierto libro o ciertos libros con predilección porque en todos he puesto parte de mi vida, en todos he integrado mis meditaciones,

mis experiencias, pero si se me apremia para que mencione alguna obra en particular, yo probablemente mencionaría alguna o algunas de las más recientes simplemente para no irme al pasado remoto, mejor el pasado reciente, el pasado inmediato. Mencionaría yo, por ejemplo, dos obras del pasado reciente e inclusive de la actualidad, una de ellas es “La reforma penal constitucional ¿Democracia o autoritarismo?” que es un libro en el que paso revista, desde mi propia perspectiva, a la reforma penal constitucional de 2008, una reforma muy grande, grande de volumen y ojala que también en resultados, bueno, este libro me resulta interesante dentro de mi propia línea de investigación de docencia y de difusión, y otro más reciente dentro de esa misma línea que se llama “El procedimiento penal” que salió apenas el año pasado y que tiene el subtítulo de Constitución y Código Nacional, que analiza los temas penales, procesales penales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y particularmente en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que es un ordenamiento relativamente nuevo con una serie de figuras interesantes, novedosas y que forma parte de la fragua actual del Derecho Mexicano, particularmente en el ámbito de la procuración y administración de justicia. Hay otra obra que me resulta de alguna manera simbólica de quehaceres permanentes, que se llama “Los personajes del cautiverio”, que es un libro anterior, editado hace algunos años. “Prisiones, prisioneros y custodios” es su subtítulo. En esta obra deposito muchas de mis reflexiones en materia penitenciaria, y ya que hablo de esa materia agregaría todavía una obra, sin querer abrumarle con muchas citas, que se llama “El final de Lecumberri”, porque fui director de ese reclusorio cuando se llamó “El palacio negro”, que hoy es el Archivo General de la Nación. En los últimos tiempos de su función como cárcel preventiva de la Ciudad de México, me correspondió abrir esa cárcel porque estaba cerrada y la abrimos cuando estuvo ya sin población para convertirlo en un organismo totalmente distinto, esto último ya no me tocó, lo que me tocó fue el cierre o la apertura

de ese palacio negro con una tradición sombría. A ese momento de mi vida, de mi experiencia, me refiero en este pequeño libro que se llama “El final de Lecumberri”, que yo quisiera poner en manos de todos los penitenciaristas para que compartieran las experiencias de su viejo amigo y fueran incubando sus propias experiencias.

**AUB:** Ahora Doctor, adentrándonos en su ejercicio profesional en particular, usted es muy reconocido en los ámbitos en los que hemos mencionado, el procesal, el constitucional, penal en sí mismo pero me voy a referir a uno en el que estoy segura usted tendrá muchas citas, me refiero al ámbito del derecho internacional, en particular de los Derechos Humanos, en este sentido ¿Considera usted que las generaciones actuales tienen una mejor comprensión acerca del actuar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en comparación con las generaciones pasadas? Es decir que los derechos humanos han impregnado con cierta fuerza el pensamiento jurídico desde esa misma medida que ha generado cambios en nuestra sociedad o, ¿nos vemos en el mismo momento en que ha iniciado este gran movimiento?

**SGR:** Yo creo que ha sido y así está siendo en este momento, no solamente en lo que se refiere a los jóvenes abogados en formación o los abogados recién egresados de la carrera, sino quizá también en lo que toca con algún alcance a la sociedad en su conjunto. Quisiera mencionarle o recordarle que en la etapa de mis propios estudios de licenciatura no teníamos una materia llamada Derechos Humanos, no es que no tuviéramos una idea acerca de que eran los derechos humanos o que no hubiera tratadistas sobre derechos humanos, pero nuestra materia no se denominaba así, sino “Garantías y Amparo”, era una materia que cursábamos en el cuarto año de la carrera y entonces estábamos muy familiarizados con el concepto de garantías individuales y no tan impregnados de la noción de los derechos humanos, y por supuesto tampoco existían las instancias internacionales que existen actualmente. No existía en modo alguno la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene

40 años de haber sido instalada y estar funcionando. Mis estudios como licenciado en Derecho tienen mucho más de 40 años, por lo que no había nada de esto. Creo que al tomar presencia los tratados internacionales de Derechos Humanos al calor de muchos sucesos nacionales e internacionales, se planteó y se activó el interés por los derechos humanos, no solo por las garantías individuales, sino por lo que esta atrás de las garantías o debajo de ellas, en el cimiento de las garantías, que son los derechos humanos, han adquirido una presencia relevante. Se han hecho modificaciones, cambios normativos en el peldaño constitucional, en el peldaño secundario y también en la impartición de justicia, en las políticas públicas que tienen que ver con los derechos humanos. Hoy tenemos una sociedad, aunque muy golpeada y en muchos aspectos muy maltratada, pero una sociedad más consciente de que existe esto que llamamos derechos humanos y que es importante y necesario conocerlos y reclamarlos, y creo que tenemos un poder público que a pesar de todas sus fallas va a cobrar una consciencia cada vez mayor, de que esos derechos de los individuos, de los ciudadanos, de las personas, generan obligaciones, deberes precisos, inmediatos, para quienes detentan el poder, quienes han sido investidos con facultades o atribuciones de carácter público, entonces, estos funcionarios públicos creo yo que van estando cada vez más conscientes de sus deberes. Todavía no son muy cumplidores, pero bueno, lo son más quizá de lo que eran antes, por lo menos eso es lo que yo esperarí. Respondiendo a su pregunta y tratando de ser más conciso, sí, ha habido una presencia mayor del concepto, del fenómeno de los Derechos Humanos. Ya es algo que traemos entrañado, ya es algo de lo que se habla constantemente, no sé si se practica constantemente, pero se habla constantemente, y eso no ocurría antes, ahí ha habido un giro de 180 grados. A aquello que estaba en la oscuridad, en la penumbra, que no acababa de nacer, ha nacido, florecido, está a la vista y ya podemos invocar y lo hacemos todos los días, en esta Facultad y en otros lugares, ya podemos invocar los derechos fundamentales

que nos asisten, los derechos humanos y sabemos que hay tribunales en la República, tribunales de amparo desde luego, cuyo fin es la protección de los derechos, que existen instancias como la Comisión Nacional, las Comisiones Estatales que tienen una atribución similar y que hay finalmente instancias internacionales que también están atentas a la preservación de los derechos humanos: Comisión Interamericana, Corte interamericana y otras instituciones dentro del sistema universal de protección de los derechos humanos. Entonces aquí si ha habido un giro muy importante y espero que logremos acentuar ese giro más y más, sobre todo al calor de algunas modificaciones de nuestra normativa, por ejemplo la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, el gran cambio que se impregnó a la Constitución con el nuevo texto del artículo 1º de nuestra ley fundamental.

**AUB:** De acuerdo Doctor, ahora bien, en algunos casos incluso la reticencia de algunos Estados para adoptar las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿considera usted que tenemos alguna garantía sobre la integridad del sistema interamericano?

**SGR:** Garantía absoluta solo la que nosotros seamos capaces de formar. El sistema interamericano está garantizado por la voluntad política que yo espero se mantenga con un ingrediente, un componente ético de los Estados que conforman el sistema interamericano, la organización de los Estados Americanos. A veces hay quebrantos, hay fracturas de este gran conjunto, algunos Estados de este sistema no han reconocido la Convención Interamericana y mucho menos han reconocido la competencia de la Corte. Es lo que sucede, para citar dos casos notables, con los Estados Unidos de América y Canadá, así como algunos países del Caribe. En los países de América Latina también ha habido vicisitudes muy serias y en ocasiones tendencia a retraerse del sistema interamericano, notoriamente en el caso de Venezuela, pero no solamente es el caso de Venezuela ha habido movimientos en esta dirección. Por fortuna

no se ha fracturado, no se ha vulnerado lo esencial o fundamental del sistema interamericano y yo diría que el caso de México, específicamente después de una larga etapa de cierta distancia, de cierta lejanía entre el Estado mexicano y el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, no animosidad, no contienda, pero sí lejanía, el Estado mexicano reaccionó al final del siglo XX y expresó su voluntad de militar con claridad como parte de la Convención Americana y sujeto de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. Esta decisión del Estado Mexicano se ha mantenido, no fue sencillo que se adoptara. Creo yo que aquí ocurre lo que suele ocurrir en cualquier Estado, ningún Estado es monolítico, en el seno de los Estados hay corrientes en un sentido y en otro y se da una dialéctica. A veces se acentúa mucho la dialéctica que existe entre sectores del pueblo, de la sociedad civil, como la nombramos, y autoridades públicas, pero también en el seno de las autoridades públicas o Estado, hay corrientes distintas que entran en tensión, hay una dialéctica adentro del aparato gubernativo, adentro del aparato estatal, no solamente frente al aparato estatal y por parte de la sociedad, sino adentro, tendencias progresistas y tendencias regresivas, finalmente predominan unas u otras. En México creo yo han predominado, hasta el momento, las tendencias progresistas aunque con un paso mesurado, con un paso que quisiéramos fuese más rápido y más profundo, pero México no ha expresado reticencias formales, reservas formales frente al sistema interamericano, ni se ha negado a dar cumplimiento a las decisiones de la Corte Interamericana, en ocasiones ha sido lento ese cumplimiento, muy complicado pero no ha habido rechazo, en otros países eventualmente sí ha habido situaciones de rechazo e incluso de conflicto, que a veces se han superado y en otras ocasiones no ha sido posible superarlas. En fin, tenemos un panorama heterogéneo, pero dentro de este panorama me parece que la Corte y el sistema en su conjunto siguen avanzando con mucho esfuerzo, porque finalmente el tema de los derechos humanos no es un tema sencillo

y tiene que ver con la preservación del ser humano frente al poder público y el poder público es Leviatán, que tiende a ser majestuoso, monstruoso, y a excederse. Cuando no hay corrientes democráticas prevalecientes, los derechos humanos padecen y las instancias tutelares de los derechos humanos menguan su entidad, su señorío y a veces pasa esto, en este mundo revuelto en el que estamos inmersos, me refiero al mundo entero. Hay corrientes que ven con renuencia y con escepticismo, hasta con animosidad, a los derechos humanos, porque sienten que son un obstáculo para el ejercicio del poder, nosotros debemos insistir, con un signo humanista y democrático, en la necesidad de preservar los derechos humanos frente al poder público, para eso se concibieron esos derechos.

**AUB:** Adentrándome un poco más en este sentido y ya en el ámbito muy nacional, Doctor, ha habido una discusión en torno al orden, la fuerza que deben tener los Derechos Humanos en el orden del Estado Mexicano y también la discusión acerca de si estos deberían estar subordinados a la Constitución o si la Constitución tendría que estar subordinada a los Derechos Humanos, es decir ¿Cómo se debería entender lo establecido en el artículo 133 constitucional? y que algunos identifican como el bloque de constitucionalidad ¿Cuál es su perspectiva en relación a este artículo 133 constitucional? ¿Cómo se debe entender?

**SGR:** Creo que el tema se ha estado ventilando en México intensamente, y en muchos países de América. Varios han legislado también incluso a nivel constitucional, estableciendo el vínculo, el puente entre el derecho nacional y el derecho internacional y creando situaciones de compatibilidad entre los derechos previstos en los tratados internacionales y los previstos en las Constituciones nacionales, inclusive colocando en el rango constitucional a los derechos contemplados en los tratados internacionales, como fue el caso de Argentina con una gran reforma a la Constitución en 1994. En el caso de México tenemos dos textos sobre esta materia, que son el artículo 133 y el artículo 1º. El 133 es un texto antiguo que toma-

mos incluso de la Constitución de los Estados Unidos de América y se refiere a la ley suprema de la unión, los tratados que se ajusten a ella, las leyes emanadas de ella. Por otra parte, el artículo 1º utiliza otras expresiones porque coloca en el más alto rango a los derechos previstos en los tratados internacionales. Sin embargo, lo anterior deja abierta la puerta, como lo ha sostenido alguna jurisprudencia, para que prevalezcan ocasionalmente limitaciones o restricciones a los derechos en la medida en que la Constitución misma establezca estas restricciones o limitaciones, ahí surge la letra y el espíritu del artículo 133. Yo que soy devoto de la idea de los derechos humanos para todos con la mayor intensidad, con la mayor profundidad del llamado principio de *pro homine*, creo que lo que debe prevalecer no es el Derecho constitucional o el Derecho internacional sino la dignidad humana, lo que más beneficia y proteja al ser humano, se establezca como se establezca, en la Constitución o en el Derecho Internacional o en otros ordenes normativos. Me parece que esto debe prevalecer y predominar y que está en el ánimo profundo de nuestra Constitución, en las Constituciones modernas y del sistema convencional de los Derechos Humanos, pero reconozco que hay ahí un problema, hay un problema de interpretación, de lectura del texto supremo, hubiera sido muy deseable, como exprese en un libro que elaboré junto con Julieta Morales sobre la reforma en materia de derechos humanos, la reforma de 2011, que al crearse el nuevo texto del artículo 1º se modificara, se revisara el artículo 133 y que los términos de ambos fueran compatibles, porque hoy tenemos dos textos de dos etapas distintas de nuestra historia, uno que traemos de más de un siglo atrás, y otro que tenemos desde hace una década. Ahí hay una antinomia que pudimos ahorrarnos si hubiéramos revisado el 133. Estimo que en nuestro futuro se encuentra un reconocimiento sin complicaciones mayores, un reconocimiento franco y claro de que lo que debe prevalecer es lo que más beneficie a la persona, sea en la Constitución, sea en el Derecho internacional, porque el centro de nuestra preocupación, de nuestras normas, de

nuestras decisiones políticas fundamentales reside en la tutela del ser humano y de su dignidad, no en la preservación de la supremacía internacional o constitucional. Ese es mi punto de vista. El bloque de constitucionalidad nuestro se integra ya, aunque a veces preferimos hablar de un parámetro de regularidad constitucional, pero es un bloque de constitucionalidad. Por algún motivo no hemos asumido la expresión, pero el bloque se encuentra integrado por el texto de la Constitución y por otros textos que tienen un rango constitucional, como son los tratados de derechos humanos o las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, ese es nuestro bloque de constitucionalidad. Hace algunos años tampoco se hablaba de un bloque de constitucionalidad, es una expresión, una figura que nos resulta todavía novedosa, no acabamos de utilizarla en plenitud, pero ahí está ya desde hace muchos años en la doctrina francesa y adoptada por la doctrina y la legislación de otros países. Ese es nuestro bloque.

**AUB:** Gracias Doctor, quiero hacer una pregunta un poco más específica que me ha surgido ahora que hemos estado conversando, en México además de todos los grandes retos que tenemos, jurídicos, antinomias, lagunas, muchas cosas por resolver y que seguramente el órgano jurisdiccional revisará y resolverá, yo quiero preguntarle en torno a algo que también ha estado en discusión hace algunos años con cierta fuerza. Me refiero a la consideración de México como un Estado fallido, en algunos casos algunos autores han considerado que existe un Estado fallido debido a la falta de legalidad, de rendición de cuentas, de impunidad y corrupción estructural, es decir, ¿Hasta dónde podemos considerar que México es un Estado fallido? Y ¿cómo podríamos en caso de no ser transitar hacia un verdadero Estado Constitucional Democrático de Derecho?

**SGR:** Bueno, aquí habría que deslindar el alcance del concepto de Estado de Derecho, por una parte y Estado fallido, por la otra. Es evidente que se pueden conectar ambos conceptos, pero expresan situaciones que vale la pena analizar en forma separada. El

estado de Derecho, al que usted se acaba de referir, no es solamente un Estado de orden público en el que prevalezca la paz y eventualmente el silencio, la tranquilidad de los ciudadanos. Un Estado de Derecho, un Estado Constitucional de Derecho, democrático de Derecho, social de Derecho, con todas las calificaciones que se han ido incorporando en esta expresión, es aquel en el que rigen derechos fundamentales de los individuos, de los ciudadanos, digo ciudadanos en un sentido muy amplio, y se cumplen los deberes correspondientes por parte de las autoridades públicas. Esto es, en síntesis, un Estado de Derecho, y si queremos hablar de un estado de derecho democrático habría que preguntarnos y responder qué es la democracia y entonces invocaríamos el artículo 3° de nuestra Constitución, democracia como sistema de vida. Ese es el conjunto de datos a considerar para entender que debo ser un Estado de Derecho, democrático, social en el cual exista plenitud de práctica de los derechos humanos y plenitud de cumplimiento de obligaciones de los funcionarios públicos ¿Hemos logrado esto con plenitud? No, realmente no, sería ingenuo decir que sí, es un largo camino que hemos estado recorriendo desde hace muchos años y que no hemos agotado. A veces ha habido pasos adelante, a veces atrás o en dirección lateral, pero estamos todavía lejos de conseguir tener o ser un verdadero Estado de Derecho. Ahora el tema del Estado fallido. A veces decimos que porque México no logra ser un Estado de Derecho es ya un Estado fallido, es decir, ha fallado como Estado y por lo tanto es un Estado fallido; yo no me atrevería a calificar todavía y créeme que digo todavía con una gran cautela y con un gran temor, todavía al Estado mexicano como un Estado fallido. Chomsky ha considerado que un Estado fallido es aquel en el que el poder público o la estructura del Estado no logra garantizar la seguridad de los habitantes, no logra proveer a los habitantes de verdaderas condiciones de seguridad y que a la postre se convierte en un peligro, en un problema inclusive para otros estados. A esto, en términos generales y sucintos, califica ese notable tratadista nor-

teamericano como “Estado fallido”. Yo no creo que seamos todavía un Estado fallido, pero sí creo que tenemos grandes fallas, vamos a ponerlo de esa manera: estamos transitando un camino colmado de riesgos, en el que no hemos acertado a dar a los ciudadanos de la República las condiciones de seguridad mínima que todos merecemos, estamos asediados por la ilicitud, el crimen, la corrupción, la impunidad. Creo que esto es algo que se dice a voz sin cuello y se reconoce plenamente, lo reconoce nuestro congreso, lo reconocen los tribunales, lo reconoce el poder ejecutivo y no se diga la sociedad, todos lo reconocen. En ese sentido hay muchas fallas que debemos resolver y apurarnos en la solución de estas fallas, sin embargo insisto en que aún no me atrevo a calificar a México como un Estado fallido en la forma o el alcance de otros Estados en el mundo que se han desorganizado en forma total, en los cuales hay genocidios o situaciones masivas de vulneración sistemática realizada por las propias autoridades de los derechos humanos, de desconocimiento de los deberes elementales del poder público. Una situación así no existe en México y debemos empeñarnos en que no exista y desde luego generar las condiciones para que no lleguemos a semejante colmo a partir de un diagnóstico honesto, objetivo y veraz de la situación en la que nos encontramos. Si todos los días negamos que hay problemas, si todos los días decimos que estamos avanzando a grandes trancos en la solución y que aquí no pasa nada, creo que corremos el riesgo de que pasen muchas cosas de las que están pasando.

**AUB:** De acuerdo Doctor, ¿algo que pudiera cambiar realmente la realidad mexicana podrían ser los derechos humanos?

**SGR:** La práctica de los derechos humanos. El mero catálogo de estos derechos no es por sí mismo un dato mágico para la modificación de nuestra vida colectiva o individual. Si estos derechos que están estipulados en los tratados internacionales y en la propia Constitución y que son muy numerosos, no se observan puntualmente se convierten en retórica, demagogia. Prácticamente lo que

tenemos que lograr es su observancia fiel y franca, y para ello una actitud de exigencia por parte de la sociedad, del pueblo, hablamos de sociedad civil yo hablaría más bien del pueblo en su conjunto, exigencia formal y franca, intensa, reiterada, no exigencia violenta pero si exigencia tenaz de la observancia de los derechos humanos; y por parte del poder público una actitud comprometida con los derechos fundamentales y con la preservación de la democracia y del Estado de Derecho. Me parece que hay deficiencias en ambos campos, en el societario, de exigencia del respeto a los derechos, a veces hay un poco de condescendencia o de retraimiento, olvido, y en el caso del poder público, hay negativa franca al cumplimiento y planteamiento muy peligroso de falsos dilemas. Me explico: ¿qué es esto de los falsos dilemas? En condiciones como éstas, de inseguridad pública, de incremento de la delincuencia y de graves condiciones de vida, hay la tentación por parte de algunas instancias a atribuir todo esto a los derechos humanos y decir que los culpables son los derechos humanos. Sí quieren que haya observancia de los derechos humanos, renunciemos a la seguridad pública o a cierta porción de seguridad y si quieren seguridad pública mitiguemos los derechos humanos. Este es un falso dilema que se plantea constantemente, sobre todo desde instancias incumplidoras del poder público, es muy peligroso porque nos coloca frente a una disyuntiva falsa. Me parece que los ciudadanos de una comunidad democrática como queremos que sea México, podemos y debemos exigir ambas cosas, por una parte, tener Derechos Humanos que se observen, se cumplan, se respeten, se garanticen y, por otra, tener seguridad, porque dicho sea de paso, la seguridad es un derecho humano. Desde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se entiende que la seguridad es un derecho humano, un derecho natural del ser humano. Podemos y debemos tener ambas cosas; que no nos planteen alternativas o disyuntivas, que no nos digan que por una situación de emergencia o de gravedad en las condiciones de vida vamos a tener que moderar la exigencia de de-

rechos fundamentales y retirar algunos o condicionarlos, este es un peligro muy grande que corren las sociedades como la nuestra que enfrentan condiciones de criminalidad exacerbada. Creo yo que eso lo estamos viviendo y hay que salir al paso.

**AUB:** ¿Considera usted como experto penalista que ha sido un acierto o probablemente una idea que no tiene mucho sustento la creación de la Guardia Nacional?

**SGR:** Me parece que frente a la situación que estamos enfrentando, frente a este auge de la criminalidad y la inseguridad era necesario y, lo sigue siendo contar con mecanismos, con herramienta adecuada por parte del Estado para enfrentar esa criminalidad exacerbada, desmedida que nos asedia y nos daña todo el tiempo. Ahora bien, creo que hubiera sido deseable que se meditase con más cuidado, con mayor reflexión, con mayor detalle cuáles pudieran ser estas herramientas adecuadas. Lo que se nos está dando a través de la Guardia Nacional es una corporación, una institución con fuertes rasgos militares recubierta con un manto civil pero con fuertes rasgos militares. Esta Guardia Nacional es una cosa bien distinta de la que estaba alojada en nuestra Constitución desde hace más de un siglo. Al crearse esta nueva corporación con elementos militares y civiles, pero predominantemente los militares, se ha dejado de lado algo que es de enorme importancia y que parece olvidado, que es la necesidad de contar con una verdadera policía ordinaria. Hay centenares de policías en este país, de individuos que ejercen funciones de policía, y hemos olvidado que ahí hay áreas de incompetencia y de falta de idoneidad terribles y que necesitamos reconstruir la policía, pero en lugar de esforzarnos en reconstruirla generamos o engendramos una criatura nueva que se llama Guardia Nacional, con una gran prisa, con una gran celeridad, con componentes civiles y militares y constitucionalizamos en un artículo transitorio del Decreto de reforma constitucional, el mismo que crea la Guardia Nacional, la presencia de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública durante cinco años. Así hemos generado un heterogé-

neo conjunto de medidas entre las cuales no destaca la recuperación de la policía, sino la Guardia Nacional y vemos que en el momento de realizar esta charla amable a la que ustedes me han hecho el favor de convocarme, se dice que ya estaba operando la Guardia Nacional. Cuando todavía no entran en vigor ni se acaban de expedir las normas reglamentarias de la Constitución, estamos viendo en fotografías y en películas a elementos de las fuerzas armadas que ostentan un gafete que dice GN (Guardia Nacional) como si ya existiera una Guardia Nacional, estamos viendo que no ha habido todavía un sistema eficaz y amplio de reclutamiento de efectivos de la Guardia Nacional y de preparación de sujetos efectivos. Estamos actuando bajo la presión de las circunstancias con gran prisa, con enorme angustia que es una angustia compartida por la sociedad que se duele de las condiciones de inseguridad pública. Ojala que en este andar tan apresurado no cometamos errores graves que pudieran deslizarse no solamente en la forma de aplicar las reformas constitucionales sobre Guardia Nacional, sino también en las otras reformas que han ocurrido últimamente y que tienen que ver con la privación de dominio de ciertos bienes, y particularmente con la prisión preventiva oficiosa; hemos ampliado las hipótesis de prisión preventiva en lugar de disminuirlas y racionalizarlas que sería lo consecuente con la reforma de 2008 que establece la presunción de inocencia, es decir, estamos, si usted me permite la expresión, “enredados” en soluciones parciales, contradictorias, no suficientemente exploradas. No parece haber una verdadera carta de navegación que nos diga este es el rumbo, el camino que hemos pensado con muchísimo cuidado. Yo no le atribuiría esto como culpa a la administración que acaba de asumir la responsabilidad política y jurídica del país, bueno, política más que jurídica, la jurídica la tienen muchas autoridades; no lo podría yo confinar en estos meses ni en estos años, ya que es algo que ha ocurrido y no me gusta estar mirando siempre para atrás, echando culpas para allá y halagos para acá. El hecho es que estamos sumergidos en esta circunstancia

azarosa y peligrosa, en la que debemos tener infinito cuidado al tratar de resolverla, no es fácil, no es de un día para otro. Nuestros descuidos tradicionales están teniendo un alto precio, pero no vaya a ser que al alto precio de descuidos tradicionales tengamos que agregar el elevado precio de nuestros errores actuales.

**AUB:** Muy de acuerdo Doctor, yo tengo una cantidad enorme de preguntas que por supuesto quisiera plantear pero no quisiera pecar de exceso, porque además me gustaría que en alguna otra ocasión me aceptara otra invitación, entonces, quisiera hacerle una última pregunta si me lo permite: como profesor emérito de esta Universidad ¿cuál sería el llamado que le hace a esta comunidad jurídica? especialmente por los nuevos retos a los que se enfrentan los juristas ¿Qué es lo que nos puede sugerir?

**SGR:** El llamado que yo le haría a los jóvenes estudiantes, a los juristas, mis colegas, es el mismo que me hago a mí mismo, es trabajar con esmero, trabajar con profundo compromiso, seguir estudiando, seguir ponderando, reflexionando, buscando soluciones razonables, racionales, a los problemas que nos aquejan, con profundo patriotismo, con objetividad, con una conducta ejemplar. Es lo que se puede sugerir, y en todo caso esto es algo de lo que no debemos prescindir. Cuando encontremos problemas hay que denunciarlos, señalarlos, levantar la voz, cuando veamos que hay inobservancia, levantar la voz para exigir nuestros derechos y el cumplimiento de los deberes de los individuos miembros de la sociedad, así como del poder público. Creo que esto vale para el conjunto de la Nación, pero vale específicamente para los estudiantes, estudiosos o aplicadores del orden jurídico mexicano, para quienes tienen a su cargo la procuración o la impartición de justicia, porque en el caso de nosotros, abogados, existe un compromiso especial por cuestiones profesionales, por razones vocacionales, por expectativa social. Por supuesto algo similar se puede decir de ingenieros, médicos, profesores, normalistas, astrónomos o geólogos. Se puede decir esto de todos los integrantes de una sociedad, pero con énfasis

particular en los abogados, en los juristas que han optado encausar su vida en el cumplimiento del Derecho, de la ley justa y yo no hago antinomias entre justicia y ley, que conste esto. Pretendo, que la ley sea justa y que si no es se modifique, no con un memorándum, sino de una manera formal a través de los campos adecuados, pero en fin, los abogados hemos elegido este camino entonces tenemos que transitar por él. Tenemos que acreditar la autenticidad de nuestra decisión vocacional y profesional para la que estamos más comprometidos que los practicantes de otras profesiones. Este es el llamado, pero no voy a decir que se lo hago solo a los jóvenes, también a mí mismo: seguir adelante con constancia hasta el último aliento, luchando por el Derecho, la lucha por el derecho según aquel librito famoso de Rodolf von Ihering, que todos leímos: “La lucha por el Derecho”. Esta es la tarea.

**AUB:** Doctor, muchas gracias por esta maravillosa entrevista.

**SGR:** Muchas gracias.



## ENTREVISTA A LA DOCTORA MARGARITA PALACIOS SIERRA<sup>1</sup>

ABRIL USCANGA BARRADAS

---



MARGARITA PALACIOS SIERRA obtuvo los grados de licenciatura y maestría en lengua y literaturas hispánicas en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México, hizo estudios de doctorado en la Universidad de París en Análisis del Discurso y es doctora en Ciencias Políticas y Sociales con orientación en Comunicación en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Fue investigadora del Instituto de Investigaciones Filológicas y ha sido profesora de tiempo completo en la Facultad de Filosofía y Letras desde hace 48 años donde ha recibido la medalla al Mérito Universitario. Ha sido asesora del Instituto Nacional de Educación para Adultos, Secretaria de Educación Pública; de la Preparatoria Nacional, del Consejo Nacional de Turismo, del Colegio de Bachilleres y del Colegio de Ciencias y Humanidades. Actualmente es coordinadora del Seminario universitario de Estudios del discurso forense en la UNAM.

---

<sup>1</sup> Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo coloquial propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La entrevista fue realizada con la colaboración de Diana Saldaña Martínez y Javier Cancino Jiménez.

## ENTREVISTA A LA DOCTORA MARGARITA PALACIOS

**Abril Uscanga Barradas:** Muchas gracias por aceptar esta entrevista. Nos gustaría que nos comente un poco acerca de su trayectoria académica y la razón por la que usted decidió estudiar Filología

**Margarita Palacios Sierra:** Gracias por esta invitación y darme la oportunidad de comentar viejas y vigentes inquietudes. Llegué a la carrera de lengua y literaturas hispánicas porque me gustaba escribir, me gustaba muchísimo escribir, y creí que éste era el camino. Al mismo tiempo, iba a la Facultad de Derecho porque mi padre fue un destacado abogado y él y yo fuimos entrañables amigos. Sin embargo, pronto me di cuenta que tenía más vocación para la lengua y la literatura. Tuve la fortuna de tener un padre abogado, Manuel R. Palacios, que fue generoso e inteligente. Aceptó mi propuesta. A la postre, ninguno de los dos nos equivocamos, mi vocación estaba en la lengua pero su normatividad en el derecho. Hoy vivo a caballo entre las dos disciplinas.

Después, hice un posgrado en la Universidad de Paris donde empecé a meterme en los estudios del discurso. Cursé en México mi maestría en lingüística hispánica porque me di cuenta que para poder manejar y entender el discurso necesitaba dominar las estructuras de la lengua. Fue muy provechoso. Mi maestro fue el distinguido Doctor Juan Lope Blanch. Después decidí hacer mi doctorado, trabajé discurso y finalmente comprendí que para analizar discursos, necesitaba conocer mejor el proceso social, conocer los entornos y saberes donde se desarrollaba esa lengua tan estructurada desde la gramática y que su realización estaba hecha y contra-hecha por los hablantes, así que me fui a la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM a hacer el doctorado en comunicación. Hoy todavía me gustaría estudiar, si tuviera tiempo, derecho, porque creo que finalmente toda la interacción humana se reduce al final a un proceso económico-social normado por el derecho. Mi padre fundó, entre

otras cosas el Seminario de Derecho Económico y fue emérito de esta Facultad.

**AUB:** Muy interesante esto que nos comparte Doctora, especialmente porque quiero preguntarle con respecto al fin último de la filología.

**MPS:** Considero que, nosotros, los que nos hemos dedicado a los estudios filológicos, al estudio de la lengua y sus entornos, hemos sabido siempre que el trabajo filológico implica la reflexión, no sólo sobre la lingüística, sino en coincidencia con la literatura, la historia, la filosofía, la jurisprudencia y otras disciplinas como la biología, la informática y la tecnología, más recientemente. El estudio de una disciplina resulta insuficiente. Por ejemplo, un abogado vive, se forma, se forja y trabaja a través de la lengua. Hoy los juicios orales van a obligar necesariamente a habilitar la escucha, a saber hacer el análisis de lo que el otro dice, de lo que pretende decir y de lo que dice cuando no dice. Todo esto está circunscrito a la lengua, no en balde la lengua es lo que nos hace más humanos y nos distingue de los animales. Es una maravilla cuando vemos el cerebro con sus áreas de Broca y Wernicke, y observamos las terminales nerviosas como ramales múltiples por donde pasa toda la motricidad de nuestro cuerpo, y comprobamos que se aloja precisamente en el campo auditivo, para activar las acciones entre Broca en Wernicke. Estas imágenes ponen de manifiesto un proceso cerebral que resulta ser el corazón de la lengua, la capacidad humana de comunicación. En este sentido, la filología siempre ha sido multidisciplinaria. Los filólogos tenemos que ver con la sociedad, con las normas que rigen a esa sociedad, con la psicología, con la medicina, la sociología y muchas disciplinas más. Éste campo es cada vez más multi y trans-disciplinario porque, finalmente, la lengua atraviesa todas las disciplinas del conocimiento.

**AUB:** ¿Cómo cree doctora que pudiera haber un empate entre la Filología y el Derecho?, es decir, ¿cree usted que pudiera existir un punto en donde el Derecho aporte a la Filología o la Filología hacia el Derecho?

**MPS:** Por supuesto, es un puente central. Sabemos bien que somos individuos y sociedad a un tiempo. Este binomio nos ha obligado a regirnos por normas de convivencia y, desde muy pronto, aparecieron diversas formas de gobierno. Una de estas formas fue el sistema teocrático. ¿Qué quiere decir esto? Que han existido normas religiosas y normas jurídicas que nacen de la sociedad y que han terminado regulando la conducta humana. ¿Dónde vemos la conducta humana? En lo que repetimos, en lo que decimos, los refranes, las canciones. Por ejemplo, las tradiciones de una sociedad están plagadas, cargadas de normas, *las adelitas* de nuestros cantos siguen viviendo, hoy, en nuestras calles, en los espacios cotidianos y no las vemos diferentes, seguimos viéndolas como cuenta la canción, sin reflexionar en la fractura social y humana de estas mujeres, ¿por qué? Porque la norma es pesada, la norma es tradición. La repetición es el principio de la eternidad. La jurisprudencia juega el otro papel normativo. Pensar en una sociedad sin normas es pensar en la selva, en la vida salvaje, en la afirmación del yo sin atender a *un tú*. Por ejemplo, un niño cuando nace dice “no”, ustedes le preguntan, “¿por qué no?” y contesta, “porque no”. Esto es lo más primigenio que existe. Yo he escuchado gente que dice que no va a pagar impuestos “porque no”. Se expresan sin reflexionar sobre lo dicho porque en ese caso se tendrían que ir a vivir a un lugar, en soledad, donde no haya reglas, ni normas de conducta y su voluntad sería absoluta. Las normas tienen la fuerza de la colectividad y son determinantes en la vida social de un grupo. Por eso, hasta en nuestras casas, hay normas para limpiar, guardar, convivir. Y todo esto se expresa con palabras.

**AUB:** De acuerdo Doctora, ahora permítame preguntarle ¿Considera usted que han cambiado las generaciones recientes de estudiantes en comparación con las generaciones anteriores, con respecto al uso del lenguaje?

**MPS:** Yo puedo decirte algo que me da mucho miedo, me da miedo porque tengo la edad en la que puedo ser juzgada como

vieja retrógrada y el término no me gusta. Y me atrevo, porque me gusta menos claudicar. Considero que a lo largo del tiempo, por condición confortable, hemos perdido o hemos transitado en el entendimiento de ciertos conceptos. Uno de ellos, fundamental en la interacción humana: el respeto. El respeto es exactamente aceptar que el otro existe. Por ejemplo, hoy estamos en un espacio universitario donde ustedes y yo acordamos una tarea universitaria sujeta a ciertas regulaciones, en función de todo esto, estoy sujeta a normas y debo respetarlas. ¿Por qué? Porque hoy todos nos convocamos a una hora y en un lugar y el respeto entre todos nosotros nos exige llegar a esa hora y a ese lugar. Sin embargo, la sociedad en la que vivimos cada vez está más conglomerada, cada vez está más sofocada por seres humanos, congestionada en cuanto a su transporte, vivimos con angustias de seguridad. Esto no sucede solamente en nuestro país, el mundo entero está presionado. Esta presión parece que autorizara al individuo a ignorar los derechos del otro sobreponiendo los propios. Aquí se rompe el principio de respeto a la otredad. Por ello creo que este respeto está fracturado, que paulatinamente nos importa menos lo que le sucede al otro. Hemos desarrollado la capacidad de pasar por una calle sin ver al otro, sin detenernos si tiene problemas. No nos detenemos porque tenemos miedo, porque tenemos prisa, porque no sabemos lo que pueda suceder. Lo más significativo, y esto sí es una barbaridad, es que son acciones normalizadas. ¿Por qué esta regularización de lo arbitrario en defensa o beneficio de la individualidad? Esta regularización del absurdo ha existido siempre en la conducta humana, sin embargo, lo que era excepción, hoy es norma, especialmente entre los jóvenes, quienes asustados ante un porvenir tan inseguro exigen sin ejercer su propia responsabilidad. Creo que en este vértice hay un cambio generacional.

**AUB:** ¿Cuáles cree usted que puedan ser los cambios más radicales o notorios en el uso del lenguaje en los últimos 10 años, por ejemplo?

**MPS:** El uso de términos vacíos, de términos que no indican nada, no detenerme a reflexionar sobre lo que voy a decir, no pensar en el otro que va a recibir mis palabras. En ese momento, aparecen palabras que son campos vacíos, campos que en algún tiempo tuvieron significado pero que lo han perdido y que en algunos casos incluso adquieren formas despectivas, formas de agravio que ya no son agravio, decirle a una persona “que pedo” ya no huele mal, ya no es un agravio, decirle a una persona “oye wey” es mensaje de amistad. Nuestras palabras se han llenado hoy de otros vacíos despectivos que además están autorizados, eso es peligroso. Es tan grave lo que pasa en el lenguaje que después pasa en la manera en la que nos referimos a nuestra inseguridad. Con ese mismo lenguaje preguntamos: “¿Qué te pasó?” Y contamos la historia del atraco, el robo, el abuso que sufrimos, un hecho que sabemos no tendrá punición, algo que hay que aceptar como parte del acto de vivir. Esta irregularidad aceptada resulta evidente cuando concluimos afirmando: “Bueno, afortunadamente no me pasó nada más, no me mataron, estoy vivo”. ¿Cómo es eso? ¿Está bien que te encañonen? ¿Qué te quiten tu coche? Y luego, ¿damos gracias porque no nos mataron? Estos enunciados están en el discurso cotidiano normalizando hechos de la vida con palabras de significados ambivalentes.

**AUB:** Doctora como experta en Filología ¿Considera que ha habido un cambio del lenguaje debido al uso de las tecnologías?

**MPS:** El Doctor Juan Lope Blanch, hace muchos años, publicó un trabajo interesante, un estudio serio, como los que él siempre hizo sobre el habla de la Ciudad de México. Encontró que en el campo del deporte y la tecnología había modificaciones lingüísticas relevantes. Efectivamente, aquella fue una época de auge del deporte, en especial el surgimiento del fútbol en los Estados Unidos. Los comentaristas empezaron a importar palabras como *corner* y *outside*. Años después comenzó una campaña de reivindicación del fútbol mexicano y los términos como *tiro de esquina* y *fuera de lugar* marcaron el cambio. ¿Qué quiere decir esto? Que en el momento en que

aceptamos el fútbol mexicano, también adoptamos su lenguaje y lo renombramos con nuestra lengua. Hoy quisiera pensar en algunos pequeños trabajos que hemos estado haciendo con mis grupos de alumnos interesados en estos temas. Hemos verificado que si la computadora llega de los Estados Unidos, que si la tecnología llega del exterior, llega bautizada. Cuando adoptamos un gatito o un perrito, como está de moda hoy, y me parece muy buena moda, éste llega con su nombre, viene de otra casa, ya aprendió a ser llamado así y lo seguimos llamando de esa manera porque de lo contrario no nos va a hacer caso. Lo mismo pasa con la tecnología. Si en México no hacemos ni generamos tecnología, no podemos esperar que estos instrumentos y las acciones que generan tengan nombres en lengua española. Por ejemplo, España empezó a hacer “computadoras-computers” y las llamaron ordenadores, no computadoras. En México no tomamos la palabra de la Península Ibérica, sino del inglés, porque estos aparatos nos llegan desde los Estados Unidos.

**AUB:** Ahora Doctora, pasado a un tema que a mí me parece muy interesante, especialmente me gustaría comentarlo con usted porque sé que ha realizado algunos trabajos en torno a esto. Se ha considerado por ejemplo que el uso del lenguaje inclusivo es una herramienta que podría favorecer a una sociedad, sin embargo, ha sido rechazado constantemente y no ha habido un consenso claro respecto a cómo debemos integrarlo en nuestras comunicaciones, por lo que quiero preguntarle ¿Es posible modificar los roles sociales a través del lenguaje inclusivo?

**MPS:** Hay dos teorías, y las dos, yo creo, son válidas. Una dice que la lengua se genera desde el uso hasta la estatificación en la norma, es cierto, es totalmente cierto, lo que se empieza a usar, si se sigue usando durante mucho tiempo, por muchas personas, llega a ser una norma. Esto sucede en el Derecho, ustedes hablan de un Derecho Consuetudinario y este Derecho es ese que se va generando en el uso, en la interacción de la vida humana, y termina siendo una norma. La segunda teoría sostiene que la norma depositada en

el archivo y por *autoritas* rige el uso de la lengua. Ambas implican justificaciones. Por ejemplo, a mí me resulta inexplicable la lapidación, sin embargo, en algunos lugares del mundo está permitida. Desde la perspectiva de mi sociedad es inaceptable. Sin embargo, para otras comunidades es una punición autorizada vista desde otro sistema de valores y se normaliza. Es tremendo porque viola derechos humanos que debieran compartirse. Sin embargo, cuando un acto se replica por mucho tiempo y por muchas personas se normaliza y los hablantes usan el término sin sorpresa. Ello nos lleva a normalizar hechos como el robo, los atracos, las violaciones. Cuando esto sucede debiéramos prender focos de alarma social.

En este sentido, cabe señalar que cuando se usan dos o tres palabras para nombrar un mismo hecho se pone de manifiesto que el hecho es un acto inestable y que, en consecuencia no se sabe muy bien como nombrarlo. Esto es interesante porque es un periodo de tránsito, no sólo de la lengua sino del acto social, y también puede suceder al contrario. Existe la posibilidad inversa. Ello consiste en que yo te digo como se dice y tú empiezas a modificar tu concepto. Un ejemplo en este sentido es el término *interrupción del embarazo*. Con buen tino, los promotores del cambio se dieron cuenta que *aborto* refería a un hecho censurado por la sociedad, con una fuerte carga semántica religiosa y lo sustituyeron por *interrupción del embarazo*. Cuando apareció me pareció muy importante, sin embargo, no ha logrado modificar significativamente la percepción de los hablantes ni la valoración social del aborto. Esperemos que con el tiempo se logre.

Como podemos ver la lengua opera en los dos sentidos. Si me preguntas cuál de los dos es más eficiente, te diré que el término que se construye de abajo hacia arriba requiere de más tiempo para consolidarse pero tiene mayor vigencia, por el contrario, el movimiento de arriba para abajo se impone por autoridad pero su aceptación y vigencia son más dudosas. Hay otro ejemplo muy interesante, el de *azafata*, cuando aparecen estas preciosas señoritas en los aviones,

la Real Academia de la Lengua decide, desde su autoridad, nombrarlas *azafatas*. Pero eso no le decía nada al público usuario del término, y las renombraron como *aeromozas*, con clara referencia a su función de mozas en el aire. Poco después aparecen los mozos, hombres en el aire, los *aeromozos*, pero el termino *mozo* tiene una connotación despectiva en la sociedad, el que sirve en niveles inferiores haciendo trabajos manuales, en consecuencia, pronto lo sustituye el termino unisex *sobrecargo*. ¿Qué quiero decirte con esto? Las formas de femenino y masculino obedecen a una designación social pero, al mismo tiempo, visibilizan un hecho histórico. Hay un libro “Cisnes salvajes”, que relata la historia de tres generaciones de mujeres en China, la abuela, la madre y la hija cuyas historias dan anchura al ejercicio de la libertad, a un progreso libertario. ¿Por qué lo llamo progreso? Porque aunque posiblemente algunas abuelas vivían muy felices en su condición de encierro, creo que había otras que no fueron tan felices. En la curva generacional se ganó libertad de acción. Creo que cuando vamos ganando libertad estamos aprendiendo también a usarla. Finalmente, la libertad no es libertinaje, la libertad implica responsabilidad, es brutal tener libertad. Contestar a la pregunta: ¿a dónde vamos a comer?, implica el ejercicio de decidir en libertad. ¿Por qué tengo que hacer uso de mi libertad? Podría ser como mi abuela, ir a donde ellos digan y ellos pagan ¿no? Es cómodo, entonces la libertad es el uso de la responsabilidad y las mujeres concretamente estamos ganando libertad, libertad para quedarnos en la casa y ser como fueron las abuelas o las madres, libertad para ir a trabajar, libertad para tener cinco hijos y casarnos con un señor que quiera mantenernos, libertad para no casarnos, libertad para tener un hijo y no tener una pareja o libertad para tener un hijo con pareja sin habernos casado. Esta es la parte que creo que no se ha comprendido, el lenguaje está sujeto a las normas que la sociedad le imponga. Esta lucha por la libertad se quiere dar desde el lenguaje sin correspondencia con las normas gramaticales. En español las formas plurales no marcan el género femenino distinguiéndolo del

masculino. El masculino tiene marcas “e”, “o”, “consonante” y el femenino “a”. Estos usos nos llevan a la triste historia de chiquillos y chiquillas, alumnos y alumnas, maestros y maestras, y nos hace caer en absurdos como colegas y colegas. Por eso, aunque creo que el principio es válido desde el movimiento social, desde la lingüística, este uso del lenguaje rompe con las reglas del juego. Es decir, hay una adecuación que es falsa y como la lengua no puede responderla estamos forzando la lengua. La lucha está en el cambio del sistema social, político y económico. La lengua lo reflejará después.

**AUB:** En ese caso en México esa transición que nos ha venido comentando de forma espectacular, esta expectativa de que el lenguaje en realidad genera cambios culturales y manifiesta los procesos de tradiciones costumbres y normas en una sociedad, no podría darse, por lo que entiendo, sin otros cambios que van de la mano.

**MPS:** Por supuesto, el gran problema es que necesitamos hacer el cambio en otro lado, el cambio está en el sistema y se expresa en el uso de la lengua. Tenemos que buscar que efectivamente tengamos una equidad, y no hablo solo de una equidad femenina sino de una equidad masculina, y eso si es un trabajo de la ley, ese si es un trabajo del Derecho. A mí me parece terrible que si un hombre quiere quedarse en casa a cuidar a sus hijos no pueda hacerlo y que sea mal visto porque su mujer va a trabajar. Todo sin pensar en la libertad de acción entre las partes. Estos cambios no implican que él deba ser ofendido con palabras como “mandilón” u “holgazán”, ya que él también está cumpliendo una función social. Las tareas están asignadas como dice Bourdieu, en *La dominación masculina* (1998), para delimitar arbitrariamente las acciones humanas. Se asignan, desde el nacimiento, los colores, los juguetes y los roles a cada uno de los géneros. Yo te diría que en cuestión de género lo que debiéramos tratar de hacer es masculinidades, es decir, formar al sexo masculino con una apertura mayor para propiciar la igualdad femenina.

**AUB:** Bueno Doctora, quiero adentrarme a algo que creo que usted es totalmente la adecuada para ayudarme a responder, especialmente ya adentrándonos al discurso que es parte muy importante de esta entrevista ¿Por qué considera usted que es conveniente que el estudiante de Derecho –Que yo sé que usted da clases en el Posgrado– analice el contenido de los discursos?

**MPS:** Ahí quisiera recapitular un poco. ¿Qué entendemos por discurso? Formo parte de un grupo de discursivistas que generosamente me acoge y mi formación en ese sentido se la debo al Doctor Fernando Castaños. En este marco, el estudio del discurso y se refiere al análisis de los signos, los signos de comunicación humana. El signo lingüístico está inmerso en una situación de discurso ¿Qué quiero decir con situación de discurso? En una situación de interacción comunicativa, para no emplear la palabra discurso. Esa interacción comunicativa es la que nosotros tenemos aquí, está inscrita a su vez en otra mayor que es nuestro espacio universitario que nos rige y ahí hay otra serie de normas que están rigiendo lo que yo estoy hablando y lo que tú me estas preguntando; esto se da prácticamente como si involucras una cebolla, capas y capas que se sobreponen y que van construyendo vértices de encuentro que conforman el discurso. Si estudiáramos la palabra aislada, la palabra del diccionario solamente, no podríamos comunicarnos. Cuando queremos entender lo que dice el otro escuchando solamente una palabra y sin reparar en quién se la dijo, a quién se la dijo, en dónde se la dijo, en qué espacio lo dijo, que otros valores interactuaron, de qué mundo viene el que lo dice y a qué mundo pertenece a quién se lo dice, nos quedamos con palabras que no producen sentido en nuestro oyente. Cuando no cuestiono todo esto no puedo entender o estoy entendiendo parcialmente. El discurso es, como explica Wittgenstein la palabra en uso, en un tablero de juego. Me encanta su metáfora del juego de ajedrez, donde tengo libertad para mover las piezas, pero estoy sujeto a las reglas del juego. Eso es el discurso, esas normas de las que me puedo servir, si, con las que puedo jugar

muchas veces e imaginar pero al mismo tiempo son normas que me constriñen y no son nada más normas gramaticales, esas son las más fáciles, hasta el programa de Word las corrige, son normas de comunicación social no siempre evidentes.

Tengo que ver la palabra en todo el entorno de uso, en ello consiste el estudio del discurso. Sostengo en mi salón de clase que analizar discurso no es hacer “mecae-queísmo”, no es “me cae que eso me quiso decir”. El estudioso del discurso tiene datos, palabras. Si en tu expresión una palabra antecede a otra, ello indica que me quisiste decir esto y no aquello. Hay un precioso ejemplo de Teun van Dijk, en el que cuenta que en un viaje a Chiapas leyó, en un periódico de la zona, “un tzeltal aprendió español” y se sorprendió del racismo del mensaje porque ello implicaba que nadie se había dado cuenta que muchos tzeltales hablaban español. Lo segundo era una obligación tzeltal, lo primero un acto valioso del policía. Y otro más sencillo, el 1º de enero de 1994 sucede el levantamiento de los zapatistas y aparece en los periódicos “Ejército Zapatista de Liberación Nacional” (EZLN). Alguien debió haberse dado cuenta del sentido de la frase y el 4 de enero *El Universal* anuncia: “El autodenominado Ejército Zapatista de Liberación Nacional”. El 5 de enero, *La Jornada* contesta “El autodenominado ejército mexicano”. En la selección y distribución de estas frases leemos las posturas políticas de los emisores.

**AUB:** En este mismo sentido Doctora, yo sé que usted dirige un seminario, un Seminario Universitario sobre Estudios de Discurso Forense, con vocación transdisciplinaria, y en el que participan diferentes programas de posgrado, dentro de ellos está Derecho. Considero yo que a veces hace falta un poco de difusión para que los estudiantes sepan que existe este seminario que podría aportar mucho para su formación. Quisiera que nos compartiera un poco acerca de la finalidad del seminario y probablemente también un poco de información para los alumnos que quieran integrarse a estas actividades del seminario, porque entiendo que hay algunas

posibilidades de elegir materias que son transdisciplinarias, entonces si pudiera hablarnos un poco acerca de esto.

**MPS:** El Doctor Narro creó el Seminario Universitario de Estudios de Discurso Forense en 2014 para estudiar los conflictos de la sociedad. En mi caso personal le debo a la UNAM, mi vida académica y la felicidad en mi vida cotidiana. Mi trabajo sobre discurso ha sido una constante universitaria. ¿Cómo estudiar estos conflictos de disputa social? La violencia es la explosión visible del conflicto pero se construye en la disputa. La condición económica no explica plenamente el problema. ¿Qué términos la exponen? ¿Cómo se genera? ¿Qué relación se establece entre la norma y la praxis? Ahí empezamos a trabajar, analizando leyes, viendo que decía la ley, viendo que aparecía después en el periódico sobre esa ley, como se aplicaba, tratando de ver qué pasaba en la literatura, como se decantaban estos conflictos. ¿Cómo y dónde se estaban originando desde el discurso, cuáles eran los implícitos de la palabra en estas controversias y disputas sociales? Y así hemos estado trabajando, tenemos hoy corpora etiquetados sobre trata de personas, maltrato infantil, víctimas, victimarios, discursos en la Suprema Corte de Justicia, sesiones del Congreso de la Unión sobre la reforma electoral del 2007 y del 2014, sesiones de Alcohólicos Anónimos y entrevistas a padres en duelo. El material se encuentra a disposición del público en la página del seminario: <<http://discursoforense.unam.mx/>> En el Seminario, damos asesoría y propiciamos trabajos de investigación en estos temas. Estamos creando un Posgrado en su modalidad multidisciplinaria, Orientaciones Interdisciplinarias de Posgrado-Estudios Socio-discursivos (OIP-ESD), que será la primera en la UNAM. La OIP ya fue aprobada por los tres comités que la conforman: Derecho (porque establece y regula la vida social), Letras (porque en la literatura se decanta el conflicto) y Ciencias Políticas y Sociales (porque ahí se anida, germina, muere el conflicto). De esta manera hemos conjuntado tres disciplinas centrales. He de resaltar que el trabajo en colaboración ha sido extraordinariamente

enriquecedor, estamos a punto de tener ya un programa para las materias de discurso que se impartirán, cada alumno puede inscribirse en la maestría o en el doctorado desde su propio posgrado y complementar sus estudios en la OIP-ESD sin tener una carga académica extra, ya que los créditos OIP-ESD se toman en lugar de las materias optativas del posgrado correspondiente. De esta forma, el alumno, al graduarse obtiene el título del posgrado al que pertenece y una constancia complementaria que especifica que ha cursado satisfactoriamente estudios socio discursivos. La idea es precisamente brindar la posibilidad de acercarse al discurso desde todas estas disciplinas y crear gente que pueda moverse dentro de ellas con más facilidad. No quiere decir que el que estudia literatura va a saber derecho pero si quiere decir que va a entender los espacios del derecho y que podrá dialogar con colegas de otras disciplinas para proponer soluciones más pertinentes de manera conjunta. Aunque todavía no está ofertado, empezaremos a trabajar en agosto para iniciar en febrero 2020. Somos una opción muy novedosa, de características multidisciplinarias que satisface nuevas expectativas en los posgrados de la UNAM. Los estudios están integrados a los conflictos sociales e implican todos los beneficios de una transdisciplina. Generan capacidad para comprender mejor y más profundamente los actos sociales.

**AUB:** Perfecto, Doctora no quiero extenderme más pero si quisiera aprovechar para hacer una última pregunta que dividiré en dos, la primera: tendrá usted alguna recomendación después de ser docente y conocer un poco la formación de los abogados que seguramente habrá carencias con respecto a la filología, y por otra parte, ¿podrá recomendarnos adicionalmente algunos libros, digamos iniciales de Filología que pudieran consultar los alumnos si les interesa el tema, como para iniciarse en temas filológicos?

**MPS:** Por supuesto, un libro que es muy cautivador, introductorio y accesible, *Estructuras y funciones del discurso* de Teun van Dijk, está publicado en Siglo XXI, dos acercamientos más didácticos *Las cosas*

*del decir* de Casamiglia y Tusón publicado en Ariel y *Decir sin decir* de Graciela Fernández publicado por el Colegio de México, un libro más específico, *El discurso de la información* de Patrick Charaudeau y otro más técnico pero fundamental, *La verdad y las formas jurídicas* de Foucault ambos publicados en Gedisa, y los trabajos de Fernando Castaños, sobre Shakespeare y Pedro Páramo donde estudia la intención comunicativa y sus entornos a partir de la literatura, que pueden ser consultados en Internet <<http://ru.iis.sociales.unam.mx:8080/jspui/handle/IIS/5482>>.

**AUB:** ¿Alguna recomendación en cuanto a la formación de los juristas?

**MPS:** Bueno, probablemente todos queremos aprender y saber más, a ello obedece que cuando elaboramos planes de estudio siempre intentamos poner más y nunca reflexionamos sobre si lo que estamos proponiendo es central o no para el estudiante. Por eso no quisiera decir que el estudio del discurso se debiera incorporar al plan curricular de su formación. Sin embargo, es muy probable que los estudios del discurso se puedan integrar en alguno de los talleres o en alguno de los cursos que ya se imparten en el curriculum del abogado. Por ejemplo, en la Filosofía del Derecho se debiera hacer referencia a los antecedentes retóricos del discurso y rastrear su camino hasta Wittgenstein. Finalmente, el discurso nace con la Retórica en el mundo griego. En las licenciaturas lo que debemos hacer es instaurar dudas, en la maestría se especializará para encontrar más respuestas y en el doctorado investigará para proponer soluciones. Los programas de estudio son complejos y por ello debieran ser elaborados por grupos de intelectuales y especialistas que generen preguntas básicas ¿Cuáles son esas preguntas básicas? Las que refieren a los conocimientos esenciales en la materia. Formular estos cuestionamientos es un ejercicio educativo central al que todavía no hemos llegado, pero veo que hay gente que está abriendo caminos. En este sentido la herramienta del abogado es la palabra en uso, en el discurso.

**AUB:** Doctora, muchas gracias por la entrevista.

**MPS:** De nada.

# **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 terminara 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 junio 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.