

CONTENIDO

EDITORIAL.....	9
----------------	---

PRESENTACIÓN.....	11
-------------------	----

ARTÍCULOS

<u>Justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal y su impacto cultural</u> <u>Jorge Reyes Negrete</u> <u>Alberto Rodríguez Ríos</u>	15
--	----

<u>Transparencia y acceso a la información tributaria en la entidad veracruzana:</u> <u>Restricciones jurídicas a la luz del secreto fiscal</u> <u>Geovanni de Jesús Durán Muñoz</u>	31
--	----

<u>Alcances sancionatorios en materia de transparencia y acceso a la información para</u> <u>los partidos políticos</u> <u>Leda Coral Castro</u>	51
--	----

<u>Facultades extraordinarias del Ejecutivo Federal para restringir o suspender el</u> <u>ejercicio de derechos y las garantías</u> <u>Esperanza Sandoval Pérez</u>	65
---	----

<u>Tribunales especializados de comercio exterior y la ineficacia del resarcimiento</u> <u>económico aduanero</u> <u>Nohemí Bello Gallardo</u>	81
--	----

<u>El seguro de invalidez en las Leyes de seguridad social</u> <u>Verónica Lidia Martínez Martínez</u>	97
---	----

<u>Los derechos humanos de los trabajadores en el marco de la reforma laboral</u> <u>Ángel Javier Casas Ramos</u> <u>Jorge Martínez Martínez</u>	117
--	-----

<u>Seguridad social y trabajo autónomo en España: delimitación subjetiva. Inclusiones</u> <u>y exclusiones</u> <u>Ana Isabel Pérez Campos</u>	133
---	-----

<u>Derechos humanos y democracia: Una aproximación al análisis de los presidentes</u> <u>Bush y Trump de los Estados Unidos</u> <u>Mario Demetrio Palacios Moreno</u> <u>Orlando Espinosa Santiago</u>	153
---	-----

<u>El Derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana</u>	
<u>Cristina Ortiz Hernández</u>	171
<u>Descriminalización, despenalización y regulación de la <i>Cannabis</i></u>	
<u>María Del Rosario Huerta Lara</u>	185
<u>El Convenio de Estambul en la lucha contra la violencia de género: análisis crítico</u>	
<u>Sandra López de Zubiría Díaz</u>	203
<u>El papel activista del consumidor o del surgimiento del 'Chaneque femenino'</u>	
<u>Cristina Cázares Sánchez</u>	219

RESEÑAS

<u>"Corrupción y derechos humanos"</u>	
<u>Arturo Miguel Chípuli Castillo</u>	237
<u>"La violencia como drama"</u>	
<u>Víctor Manuel Andrade Guevara</u>	241

Justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal y su impacto cultural*

Jorge Reyes Negrete**
Alberto Rodríguez Ríos***

RESUMEN: La justicia restaurativa representa uno de los pilares cualitativos más importantes del sistema de justicia penal acusatorio, asimismo se erige como un modelo diferente para materializar justicia jurídica al seno del tejido social. No obstante, este cambio sustancial en la forma de operar el sistema necesita que sus receptores lo asuman como suyo, lo entiendan y comprendan, pero para ello se necesita que la hegemonía cultural inquisitiva en que se concebía la impartición de justicia se vea sustituida por una hegemonía cultural de la reparación del daño, derivada de los acuerdos que los participantes tomen a bien determinar.

Palabras Clave: Justicia Restaurativa; Cultura; Sistema Acusatorio.

ABSTRACT: Restorative justice represents one of the most important qualitative pillars of the accusatory criminal justice system; it also stands as a different model to materialize legal justice on the society. However, this substantial change in the way of operating the system requires that its citizens accept it as theirs, understand it, but for this it is necessary that the inquisitive cultural hegemony in which the dispensation of justice was conceived is replaced by a cultural hegemony of the repair of damage, derived from the agreements that the participants take to determine.

Keywords. Restorative Justice; Culture; Accusatory System

SUMARIO: Introducción. 1. Paradigmas del sistema penal. 2. Justicia Restaurativa en el contexto de la mediación penal. 3. Justicia restaurativa ¿se necesita un cambio cultural? Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

En los últimos diez años la sociedad mexicana ha sido testigo de diversas reformas Constitucionales que impactan el sistema jurídico, mismas que “pueden calificarse como estructurales debido a la importancia de los temas que abordan y al impacto

* Artículo recibido el 12 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 11 de mayo de 2018.

** Maestro en Derecho Constitucional y Amparo Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Maestrante en Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Coordinador General Jurídico del Instituto Metropolitano de Planeación del Gobierno del Estado de Puebla.

*** Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

global que tienen sobre la vida pública mexicana”¹ y que taxativamente albergan fuertes valores en lo que respecta a la protección de derechos humanos. Esto es, la reforma en materia de transparencia y acceso a la información pública gubernamental del 20 de julio de 2007; la reforma en materia de justicia penal para la creación de un sistema acusatorio y oral del 18 de junio de 2008; la reforma en materia de derechos humanos del 2011 y la reforma en materia de amparo del 2011.²

De esta manera, por lo que hace a la materia penal, es que el sistema jurídico y la forma de maniobrarlo, hasta hace diez años, era totalmente diferente a como se lleva a cabo en este momento. De ahí que no sólo los operadores de éste tengan que modificar sus prácticas y su visión en su quehacer, sino que también los receptores del sistema tienen que estar familiarizados con aquel, deben hacerlo suyo y sentirlo asequible. En otras palabras, la sociedad debe verlo como una nueva manera de hacer justicia, ya no desde una perspectiva inquisitiva de castigo, sino desde una óptica restaurativa.

El presente trabajo se articula en tres ejes rectores: el primero de ellos contiene una breve explicación de lo que refieren los paradigmas del sistema penal, explicando el funcionamiento del sistema inquisitivo mixto y el sistema acusatorio; posteriormente, -como parte del sistema acusatorio- se hace una aproximación teórico-conceptual de lo referente a la justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal, para que, finalmente, se aborde la necesidad social de la sustitución en la hegemonía cultural de concebir a la justicia en materia penal³, para que, en función de ello, se proponga -desde la educación- algunas líneas de acción para que, paulatinamente, se logre el cambio de hegemonía cultural sobre la impartición de justicia penal al seno del tejido social. Lo anterior, tiene un sustento epistemológico-metodológico deductivo, teórico y analítico.

1. Paradigmas del sistema penal

Como ya se refirió, la última década ha sido sumamente dinámica en términos de reformas constitucionales en México, ya que se han llevado a cabo reformas que han cambiado profundamente la concepción y operación del sistema jurídico nacional, mismas que han tendido a robustecer la protección de los derechos humanos,

¹ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *El ABC de los Derechos Humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2015, p. 103.

² REYES NEGRETE, Jorge, *Administración Pública y Derechos Humanos: el caso de los consumidores de los servicios públicos*, Revista DIKÊ, año 10, número 19, abril - septiembre de 2016, editada por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), p. 120.

³ Cuando se alude al vocablo compuesto “hegemonía cultural” se hace referencia a la forma en que el conglomerado social concibe la forma en que el Estado operante (gobierno) lleva a cabo sus procesos institucionalizados para impartir justicia; esto es, con el sistema jurídico inquisitivo (mixto) se privilegiaba el castigo frente a la reparación del daño, entonces pues, el gremio social, cultural y generacionalmente, entiende el castigo como la forma por excelencia de impartir justicia; de ahí que la sustitución en la hegemonía cultural sobre la concepción en la impartición de justicia aluda al cambio en el ideario social, privilegiando la reparación del daño frente a la imposición de castigos corpóreos.

otorgando una salvaguarda multinivel de los mismos.⁴ Esto es, la reforma en materia de transparencia y acceso a la información pública gubernamental del 20 de julio de 2007; la reforma en materia de justicia penal para la creación de un sistema acusatorio y oral del 18 de junio de 2008; la reforma en materia de derechos humanos del 2011 y la reforma en materia de amparo del 2011.⁵

Trascendental, así como todas las modificaciones constitucionales, ha sido la relativa a la forma de impartición justicia penal. Paolo Grossi, como historiador del Derecho, en su obra *Mitología Jurídica de la Modernidad*, pretende fungir como la conciencia crítica del Teórico del Derecho. Para ello utiliza como método de análisis la comparación entre el pasado y el presente, e indica que el derecho es interpretación, estableciendo lo siguiente:

El único instrumento para quitarle al derecho el repugnante esmalte potestativo y autoritario tradicional era y es concebir su producción como un procedimiento que no termina con la aprobación de la norma, sino que tiene un momento subsiguiente, el interpretativo, como momento propio de la formación de la realidad compleja de la norma, en suma, la interpretación como momento esencial de la positividad de la misma norma, condición necesaria para la concreción de su positividad.⁶

Consecuentemente, todo operador jurídico, así como todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, les corresponde orientar la interpretación del ordenamiento legal e influir en la generación de una nueva cultura jurídica, especialmente en los efectos que otorga la justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal, derivada del Sistema Penal Acusatorio y oral.

Cabe mencionar que las bases del “nuevo” sistema procesal penal implican un cambio no sólo de las reglas procesales, sino de todo el sistema.

Bajo ese contexto, la CPEUM (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como norma fundamental de nuestro país y eje central que rige la vida jurídica del Estado,⁷ ha ido evolucionando acorde a las necesidades de la sociedad en cada tiempo y época. Por lo tanto, se puede concebir nuestra CPEUM como un ente vivo, que muta al igual que el ser humano.

Sentado lo anterior, resulta conveniente remitirnos a la exposición de motivos de las iniciativas del Ejecutivo Federal en el año 2007. La primera asegura que “en nuestro país, los niveles de impunidad y de inseguridad pública se han incrementado en los últimos años; y en la segunda señala que: “es claro que la impunidad en los delitos, la corrupción de algunos servidores y la falta de profesionalismo en la investigación y persecución de los delitos ha provocado la desconfianza de la sociedad en las instituciones gubernamentales”. Siendo los elementos negativos como la corrupción, lentitud, iniquidad, impunidad,

⁴ Protección nacional e internacional.

⁵ Óp. Cit., Reyes Negrete, Jorge, p. 120.

⁶ Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, España, Trotta., 2003, p. 59.

⁷ GUASTINI, Ricardo, Sobre el concepto de Constitución. En Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 30.

inseguridad física como jurídica, los que dieron pauta a la reforma constitucional en materia penal.⁸

Es así como se generan las reformas de los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la CPEUM. En donde se migra de un sistema inquisitivo mixto a un sistema acusatorio oral.

Entendido como sistema inquisitivo lo siguiente:

Es todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta, de la que están excluidas o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.⁹

Durante el procedimiento inquisitivo, en todo momento se estuvo a un derecho represor, en donde se privilegiaba la prisión preventiva sin respeto al derecho humano de la presunción de inocencia, en donde no existía una adecuada separación de quien era la autoridad que acusaba y cuál era la que juzgaba, sustentado ello en la propia ley adjetiva.¹⁰ Es decir como es de apreciarse no se daba una adecuada separación de funciones entre el Fiscal y la autoridad jurisdiccional. Las partes que intervenían se asumían en la pasividad, la instrucción era la etapa central del proceso, existía la prueba tazada, persecución penal de oficio, la confesión era un medio principal de prueba, el proceso penal era secreto, el procedimiento escrito, existía presunción de culpabilidad, la prisión preventiva era la regla casi general, no operaba la inmediación, carga de la prueba del imputado, la acción penal la ejercía el Estado y el delito ofendía al Estado.¹¹ Así lo dice barragán:

El sistema penal inquisitivo, de acuerdo con la historia, y como ya se ha abordado, se remonta en el derecho romano, alcanzando institucionalidad en el siglo XII, adoptándose en la mayoría de las legislaciones europeas, en los siglos XVI, XVII y XVIII. ¹² “Este sistema de enjuiciamiento característico de los regímenes despóticos, tiene como base el hecho de que la inquisición es más favorable que la acusación para reprimir el delito”.¹³

Esto generó una estructural preocupación por el respeto de los derechos humanos tanto de la víctima como del probable perpetrador, se generó la necesidad de establecer procesos penales más transparentes, rápidos y eficientes, respetando en todo momento los derechos humanos de los involucrados; como bien lo refiere el doctor Sánchez Vázquez:

Previo a la reforma constitucional en materia Penal se observó en México una creciente demanda social a favor del respeto a los derechos humanos. La inclusión de nuevos lineamientos en la Constitución Política, la generación de nuevas leyes e instituciones para

⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Porrúa, México, 4a ed., 2010, p. 21.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 564.

¹⁰ Cfr. Maldonado Sánchez, Isabel, *Litigación en audiencias orales y juicio oral penal*, Palacio del Derecho Editores, México, 2011, pp. 26- 27.

¹¹ Cfr., *óp. cit.*, Maldonado Sánchez, Isabel, pp. 26-27.

¹² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, McGrawhill, México, 2009, p. 34.

¹³ Cfr., *óp. cit.* Barragán, p. 34.

Justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal y su impacto cultural

formalizar jurídicamente derechos económicos, sociales, políticos y culturales ha sido la regla durante los últimos diez años”.¹⁴

Ahora bien, por lo que hace al sistema acusatorio, es prudente mencionar que resulta propio de la familia jurídica anglosajona. El desmedido incremento de la criminalidad, la inseguridad, las injusticias por la impunidad de los delitos cometidos por delincuentes, la supuesta condena de inocentes, así como el desamparo de las víctimas, vividos a finales del siglo pasado y en la primera década del presente siglo,¹⁵ han tenido una respuesta en la CPEUM, la cual a partir del 18 de junio de 2008, estableció las bases para un nuevo sistema de justicia penal, así como el de seguridad pública y el sistema penitenciario, mismos que dieron pauta a un tiempo, considerado prudente por el legislador, para que entrara en vigencia en todo el país, circunstancia que en forma –casi– oportuna se dio en todos los estados de la República Mexicana.

El espíritu del legislador –en la lógica del sistema acusatorio penal– ha sido muy enfático al intentar guardar un equilibrio entre imputado y víctima; sobre su siguiente apostolado, el artículo 20 apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

Este sistema establece como último canon, para materializar la justicia jurídica penal, a la prisión, es decir, la pena corpórea será –ahora– la excepción y no la constante en la impartición de justicia; en este sistema se privilegian las valoraciones sociológicas, para que, en función de ello, se busque la reparación del daño antes que la prisión del probable responsable.

La pregunta obligada al implementarse esta forma de operar el sistema de justicia penal es la siguiente:

¿Acaso el sistema acusatorio tiene como única o principal finalidad reducir la criminalidad? No, claro que no, es un cambio de las reglas del procesamiento en beneficio de las expectativas de un Estado de derecho democrático, donde la persona que sea señalada como delincuente (lo sea o no) tenga al menos un proceso justo en términos de la legalidad; obviamente esto no significa inclinar la balanza a favor de la delincuencia, pero tampoco que el proceso en sí mismo va a solucionar todos los problemas multifactoriales que generan o incrementan la criminalidad.¹⁶

Este sistema acusatorio consiste, básicamente, en llevar a cabo un proceso penal preponderantemente oral, donde se garantice la transparencia del proceso, no dando cabida al clásico *alegato de oreja*, se instaura la publicidad fáctica de las audiencias, es decir se otorgan las condiciones de inmobiliario e infraestructurales para albergar

¹⁴ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Balance y Perspectivas del Seguimiento de la Reforma Constitucional Penal del 16 de junio de 2008 y su aplicación en el Estado de Puebla*, Comisión Nacional de Derechos Humanos – BUAP, Puebla, México, 2012, p. 61.

¹⁵ *Óp.*, cit, García Ramírez, Sergio, p. 4.

¹⁶ Cfr. Consejo de la Judicatura Federal - Poder Judicial de la Federación, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, p. 32.

público interesado en las audiencias, se obliga al Juez a presidir las audiencias, se otorga a las partes la oportunidad de controversiar el dicho de su contraparte etcétera.

El sistema con el que ya se cuenta, no sólo radica en el procedimiento a través de la oralidad, y bajo los principios antes mencionados, sino en un sistema de justicia en el cual los medios alternos de solución de conflictos, propiamente la mediación penal, y la justicia restaurativa, por medio de valoraciones sociológicas, representen el espíritu de la impartición de justicia en materia penal.

2. Justicia Restaurativa en el contexto de la mediación penal

Los medios alternos de solución de conflictos permiten que la confrontación de intereses pueda tener una salida distinta a la jurisdiccional clásica, es decir, que un juzgador determine la inclinación de la balanza en el proceso jurisdiccional. Por lo que hace a la materia penal, la mediación se presenta como un medio alternativo de solución de conflictos que condesciende a instaurar a un segundo plano la decisión jurisdiccional de impartir justicia. Es aquí, donde la justicia restaurativa tiene cabida.

Para llegar a una adecuada conceptualización de aquello a lo que nos referimos con justicia restaurativa es necesario aclarar brevemente la figura con la que se concibió a la justicia en el transcurso de la historia, ya que, de no ser así, solo tendríamos una idea limitada.

Partiendo desde épocas remotas en donde se ubican las primeras civilizaciones humanas encontramos en Mesopotamia la famosa “ley del talión” donde su idea de justicia era proporcional al daño causado tal y como es el “*ojo por ojo y diente por diente*” cumpliendo con la sed de venganza de la víctima con su agresor.

Posteriormente, en la antigua Roma una de las civilizaciones con mayor auge en la historia antigua del mundo, a través de diversos criterios y pensamientos de lo que se tenía del derecho emana la palabra *iustitia* (etimología del término justicia), definida por Ulpiano como: “la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo”.¹⁷

Sin embargo, con el pasar de la época los procesos y las normas empiezan a tener diversos matices, arribando a la idea de establecer una homogeneización ideológica de lo que el vocablo justicia representa; dado que, la definición de Ulpiano resultaba, en muchas ocasiones, insuficiente. ¿Bajo qué parámetros establecemos lo que a cada quien le corresponde? En este contexto, con la forma moderna-revolucionaria-burguesa de organización política, denominada Estado de Derecho, se arriba a una conceptualización de justicia que va en función de la aplicación estricta de la norma; misma a la que se puede denominar justicia jurídica.¹⁸

Antes del establecimiento del referido modo de organización política, las penas para quienes cometían delitos eran oscuras y desiguales, donde la sanción era extrema, siendo la pena de muerte la más grave y, al mismo tiempo, una de las más

¹⁷ PETIT, Eugene, *Derecho Romano*, 3ª ed., Porrúa, México, 1986, p. 19.

¹⁸ Término acuñado por el autor Jorge Reyes Negrete, derivado del análisis hecho en sus clases de filosofía del derecho.

usadas, aunado a la tortura, la cual se erigía como un medio de sometimiento al inculpad, así como un medio de sanción, siendo esto una de las figuras más bárbaras en la historia de la humanidad en lo que respecta a la justicia.

Con el paso del tiempo se rompen estas medidas y empiezan a surgir ideas más humanas, por así decirlo, de diversos tipos de justicia dejando a un lado la venganza como el objeto del derecho penal, y nos encontramos ahora con la composición y compensación en bienes o dinero para renunciar al derecho de venganza por parte de la víctima.

Entendidos en el contexto de la justicia jurídica, se comienza a analizar el cómo debe de elaborarse el contenido normativo que le dé sustento, además de su mecanismo de implementación.

Es ahí donde tiene cabida, en el ideario social y gubernamental, el sintagma justicia restaurativa. Esto parte de diversas ideas en el mundo como fue el caso de Estados Unidos en América alrededor de los años 50's, donde el feminismo y el movimiento de luchas civiles contra la discriminación racial generan un cuestionamiento a las instituciones del Estado de carácter totalitario, con sistemas cerrados, figuras jurídicas que generan restricciones de libertad, así como juzgamientos de determinación de responsabilidad penal cuya medida por excelencia era la prisión.

De igual modo, en Europa la idea de diversos idealistas en la materia como Michael Foucault, Francoise Castel, Robert Castel y Anne Lovell, fueron quienes, entre muchos otros tratadistas, con pensamientos teóricos, elaboran una figura de justicia a la cual se le denominaría como restaurativa.

Es en los años 70's es cuando la justicia restaurativa toma auge como una forma de resolver conflictos sin la necesidad de recurrir a instancias jurisdiccionales, esto es a través de la mediación entre las víctimas y los victimarios.¹⁹ Es importante aclarar que esta figura jurídica no es usada únicamente para resolver pequeñas controversias, ni tampoco es un procedimiento abreviado, sino que es una verdadera manera alternativa que resuelve controversias, rompiendo el esquema tradicional del antiguo sistema penal.

En la actualidad esta figura de justicia se ha hecho más sensible y toma un carácter más social y humano, en el sentido de que ambas partes en el proceso penal son poseedores de derechos humanos, no solo reconocidas en las leyes internas de los Estados, sino en instrumentos normativos de carácter internacional como es el Pacto de San José o en diversos dispositivos jurídicos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU);²⁰ asimismo, nuestra carta magna tras la reforma de 2008 reconoce el

¹⁹ JACCOUD, Mylene, identifica seis claros antecedentes que influyen en lo que ahora se entiende por justicia restaurativa: a) Movimiento crítico de las instituciones represivas de los años sesenta y setenta; b) movimiento de las críticas del modelo de rehabilitación; c) movimientos victimarios; d) movimientos de la valorización de la comunidad; e) movimiento de descolonización; y f) de las transformaciones estructurales de los años ochenta. Jaccoud, Mylene, *Ponencia sobre la justicia restaurativa, conclusiones*, Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, Chile, 2005, p. 109.

²⁰ La ONU ha establecido que justicia restaurativa es aquella que utilice procesos restaurativos en la solución de conflictos para que, por consiguiente, se logren resultados restaurativos en el conflicto.

derecho de ambas partes en el nuevo proceso penal, donde se igualan a la víctima y al presunto responsable en sus derechos. Además, hace posible una interacción entre los involucrados, para que autogestionariamente puedan alcanzar un resultado restaurador del daño causado por el victimario; dejando a las instituciones gubernamentales en un plano secundario y subsidiario en lo que refiere a la impartición de justicia.

Julio Andrés Sampedro-Arrubla, señala que esta forma de impartir justicia en el ámbito penal no sólo se circunscribe a las partes, sino que la conducta punible, típica y antijurídica afecta al tejido social en general, por ello, la reparación del daño se extiende exponencialmente a toda la comunidad. Siendo esto el parámetro para establecer el éxito de la justicia restaurativa, esto es, que el éxito frente al conflicto no se mide en función de la sanción corpórea y/o pecuniaria que se le impone al agresor, sino que se estandariza en razón de los efectos restaurativos que tiene hacia con la víctima y la sociedad en general.

Esta figura de justicia no es una idea aislada, sino que ha sido considerada y materia de diversa doctrina en el ámbito internacional.²¹

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos" ... "8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. 9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

La justicia restaurativa tiene como objetivo primordial la reparación del daño causada por el delincuente, valorando el interés del actor del hecho ilícito por resarcir el delito causado a la víctima, teniendo un efecto resocializador donde obliga al responsable a enfrentar las consecuencias de su conducta y los efectos negativos causados a la víctima y a la sociedad.²²

Para tomar una idea más concreta a lo que la reparación del daño contempla es bueno mostrar lo establecido por el discurso normativo.

En el caso de la legislación nacional tomaremos lo contenida en la norma suprema, encontrando lo siguiente del artículo 20, apartado C, fracción IV que nos habla del derecho de la víctima:

Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo

²¹ Organización de las Naciones Unidas a través de la resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

²² MÁRQUEZ CÁRDENA, Álvaro E., La Víctima en el Sistema de Justicia Restaurativa, Prolegómenos, Derecho y valores, VIII, (julio-diciembre, 2005), pp. 91-110.

Justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal y su impacto cultural

pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.²³

Es así, tomando en consideración la porción normativa constitucional señalada, se da cuenta de que la reparación del daño se concibe como un derecho humano a favor de la víctima u ofendido.

Ahora bien, para que se cumpla este derecho a favor de la víctima deben observarse los siguientes parámetros:

- a) el derecho a la reparación del daño deberá cubrirse en forma expedita, proporcional y justa, como resultado de la conclusión del proceso penal, en el que el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar la condena y el juzgador está obligado a imponerla siempre que dicte sentencia condenatoria;
- b) la reparación debe ser oportuna, plena, integral y efectiva, en relación con el daño ocasionado como consecuencia del delito, lo cual comprende el establecimiento de medidas de restitución, rehabilitación, compensación y satisfacción;
- c) la reparación integral tiene como objetivo que con la restitución se devuelva a la víctima u ofendido a la situación anterior a la comisión del delito, aspecto que comprende cualquier tipo de afectación generada: económica, moral, física, psicológica, etcétera;
- d) la restitución material comprende la devolución de bienes afectados con la comisión del delito y, sólo en caso de que no sea posible, el pago de su valor; y
- e) la efectividad de la reparación del daño depende de la condición de resarcimiento que se otorgue a la víctima u ofendido del delito, que deberá ser proporcional, justa, plena e integral; de lo contrario, no se permitiría una satisfacción del resarcimiento de la afectación.²⁴

Cabe mencionar que, dependiendo el tipo del delito, la reparación del daño puede clasificarse en dos diferentes especies: material y/o moral, ambos conceptos deben ser indemnizados, explicando cada uno de ellos a continuación.

La reparación por daño material consiste en todas las pérdidas, tanto económicas efectivamente sufridas y los desembolsos causados por el acto ocasionado. La segunda figura de reparación es la moral, está a diferencia de la material carece de carácter económico o patrimonial, en la cual el daño es hacia un derecho, bien o interés de carácter no pecuniario, esto es así debido a que el daño moral en aquellos bienes díganse espirituales o emocionales que pueden verse afectados, ejemplo de ello son: la angustia, las aflicciones, las humillaciones, etc. Es necesario aclarar que estos factores emanan de una interpretación a la legislación civil y no del mismo Código Penal, ya que esta última no contempla el medio ni la forma en que se cumplirá con esta obligación, siendo la civil, la ley que sirve como un punto de partida para cumplir con la reparación del daño moral.

La justicia restaurativa genera: a) una mayor agilidad en el sistema de justicia penal, donde la mediación se usará para resolver asuntos de delitos considerados como no tan graves, reduciendo el número de procesos en los juzgados y tribunales,

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [en línea], p.21. Consultada el 24 de febrero de 2017 en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Tesis: 1a. CCXIX/2016. Décima Época. Libro 34, septiembre de 2016, tomo I. Pág. 510.

haciendo que estos sólo resuelven los conflictos más graves; b) los costos del proceso penal son sustancialmente menores; c) concede mayor coherencia en la norma nacional e internacional, cumpliendo con la figura garantista y social del Estado a la hora de solucionar controversias; d) permite la participación de la víctima en el procedimiento, en lugar de dejarla ajena al asunto, ahora toma un rol distinto, pudiendo ésta optar por las diversas alternativas a su alcance para resolver y solucionar su conflicto; e) busca eliminar la revictimización; f) tiene fines terapéuticos –socialmente hablando– para el perpetrador, dado que éste asume su responsabilidad y reconoce el acto delictivo que cometió, iniciando así con la etapa de reinserción, restaurando los perjuicios causados, a través de una sanción constructiva, a las víctimas directas – víctima primaria– y a las víctimas indirectas – la sociedad–; g) mitiga el tecnicismo del proceso penal para lograr justicia; y, finalmente, h) la justicia hace ahínco en la víctima, en la reparación del daño que se le ha hecho, ya que el sistema inquisitivo, fijaba la atención en el victimario y en el grado de castigo que se le iba a imponer. De esta manera, se busca una reconciliación social y el restablecimiento de las relaciones humanas.

De lo anterior, se puede ultimar que la diferencia entre el sistema de justicia penal acusatorio y su análogo de corte inquisitivo no sólo estriba en el mero formalismo procedimental, es decir, la discrepancia mora más allá de un derecho que procesalmente sea proclive a la oralidad o a procedimientos meramente escritos, sino que el sistema acusatorio permite una interacción directa entre los involucrados y las instituciones gubernamentales; esto, a través de los medios alternos de solución de conflictos y la justicia restaurativa. Justicia que implica, entre muchos métodos más, la realización de valoraciones sociológicas para tasar la reparación del daño, dejando a las penas corpóreas como una última opción para impartir justicia.

Es así que, con la migración de un sistema hacia otro, como lo ha expresado el autor Rivera Silva, la sociedad va avanzando en su ideología sobre la operatividad del sistema penal, es decir cuando estuvo vigente el sistema inquisitivo, por mandato Constitucional y ley secundaria, lo que siempre se privilegio fue el castigo de los culpables, dicho de otra forma, no se contaba con aquel reconocimiento al derecho humano sobre el principio de inocencia. En el sistema acusatorio, el paradigma para impartir justicia cambia, si bien, no radicalmente, si lo hace sustancialmente, dotando de más herramientas a los operadores del sistema para llevar a cabo sus encomiendas, así como otorgando a los involucrados la posibilidad de tener una posición activa en su proceso; con el fin de que sea sometido un juicio justo y se tome como un derecho humano el principio de inocencia.²⁵ Se quiere decir, se viabiliza una manera novedosa de impartir justicia.

Es importante mencionar, que para que el sistema de justicia acusatorio pueda consolidarse en nuestro país, resulta imprescindible la colaboración del tejido social, es decir, que el cambio en el ideario cultural de la sociedad debe cambiar, la sociedad civil no puede seguir pensando que la justicia penal debe encarcelar

²⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio*, UNAM. México, 2013. P. 13.

inexorablemente al presunto delincuente hasta en tanto se demuestre su inocencia, ya que de no llevarse a cabo así, la sociedad piensa que el presunto culpable se está sustrayendo de la justicia y que las instituciones encargadas de tan importante encomienda, no están haciendo su trabajo a cabalidad o que han sido sujetas y blancos de actos de corrupción.

Es por ello que, en las siguientes líneas, resaltaremos la importancia que representa el cambio y la sustitución de la hegemonía cultural de la sociedad sobre el modo en que se imparte la justicia en sede penal.

3. Justicia restaurativa ¿se necesita un cambio cultural?

Para iniciar este epígrafe, se estima prudente contextualizar a qué nos referimos cuando se habla del vocablo cultura.

Hablar de cultura supone un tema prolijo de estudiar y examinar derivado de la amplia variedad de aproximaciones posibles para su análisis y el nivel epistemológico de su disertación, tales como la perspectiva jurídica, histórica, filosófica, antropológica, sociológica, entre otras. Da cuenta de ello la basta doctrina bibliográfica existente que se ocupa de ella.

No obstante a lo anteriormente señalado, para efectos de este pequeño ensayo, resulta prudente partir de una dimensión sociológica, así como, de las definiciones que brinda la Real Academia Española (RAE) – sostenidas desde dos aristas - las cuales nos refieren a la cultura como: a) f. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico, y b) f. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etcétera. En tal sentido, es atinado lo propuesto por la tratadista Jacqueline Peschard cuando manifiesta que cultura es “el conjunto de símbolos, normas, creencias, ideales, costumbres, mitos y rituales que se transmiten de generación en generación, otorgando identidad a los miembros de una comunidad y que orienta, guía y da significado a sus distintos quehaceres sociales”.²⁶ Asimismo, se puede esbozar – genéricamente – que dicho vocablo refiere y abarca a las múltiples formas de ser de la dinámica social, agrupándola en una identidad común.

En estos términos, se vincula a la cultura con el modo de impartir justicia, de la siguiente manera: según lo plasmado con anterioridad, y como primera premisa, la cultura le otorga a la ciudadanía elementos, para que en función de eso les dé significaciones a sus conductas, a su toma de decisiones y a su forma de llevar a cabo sus relaciones sociales. Siguiendo esta línea, y como segunda premisa, dichas significaciones le permiten al tejido social estandarizar lo que es justo y lo que no es justo en un contexto penal; estándares y parámetros que son otorgados por la forma en que se ha llevado a cabo la justicia en esta materia. Si la justicia penal se ha llevado a cabo a través del *ius puniendi*, robustecido con la idea de imponer sanciones corpóreas a cualquier delito cometido y establecer recurrentemente, como medida cautelar, la prisión preventiva, resulta más que natural que el colectivo social tenga la idea de que esa es la mejor manera para que la justicia penal se materialice.

²⁶ PESCHARD, Jacqueline, *La cultura política democrática*, México, IFE, 2008, p. 9.

Ahora bien, como conclusión a las premisas que anteceden, se puede establecer que cuando las reglas del juego en un sistema jurídico cambian, la sociedad civil debe saberlo, debe entender y asimilarlo, para que no se creen falsos entendidos. Se quiere decir, se necesita que, conceptualmente, la gente sepa, entienda y comprenda la forma de operar del sistema de justicia penal y de sus pilares fundamentales: medios alternos para solucionar controversias y justicia restaurativa.

Como ya se aludió en párrafos anteriores, una condición indispensable para que la justicia restaurativa se consolide en nuestro sistema jurídico es el cambio en el ideario social; esto es, que la hegemonía cultural con respecto a la impartición de justicia penal que impera en nuestro tejido social se vea sustituida por un nuevo canon cultural. En otras palabras, la sociedad civil en nuestro país tiene muy arraigados los patrones que establecía el sistema inquisitivo, cuyo eje rector estribaba en encarcelar al presunto ejecutor de un delito.

En esta inteligencia, cuando el modo de impartición de justicia cambia, resulta una imperiosa necesidad que dicho cambio venga aparejado con el cambio en el ideario colectivo, es decir, un cambio cultural con respecto a la impartición de justicia. Ya que, de no hacerse de esta manera, sucede que se genera una atmosfera social donde se piensa que la impunidad prevalece ante la comisión de delitos.

Es así que el gobierno debe resolver en preservar y asegurar el orden social, ello a través de los integrantes de su pueblo, que identifiquen ciertos símbolos y además posean una cultura afín a la reparación del daño (justicia restaurativa), la cual al mismo tiempo debe de estar sustentada y debidamente fomentada en una cultura de legalidad; en que si bien la sociedad no sea capaz de comprender los términos técnicos, si sea correcto que cada integrante de su comunidad conozca las normas jurídicas que determinan la correspondiente organización del Estado, que entienda sus alcances, sus límites.

Cuando se hacía referencia al sistema inquisitivo en México, se decía que el indiciado o probable responsable era culpable hasta que se demostrara su inocencia, y en todo momento se le tenía como un objeto de investigación, sin que se garantizaran sus derechos humanos, partiendo con ello que el sistema inquisitivo era un referente igual a culpabilidad.²⁷ Ahora, lo que se busca es presumir inocente al inculpado, hasta en tanto, a través de un proceso penal plenamente transparente y racional, se le determine o finque responsabilidad por la comisión de un ilícito.

Dicho esto, la pregunta obligada es ¿cómo lograr la sustitución cultural, en el contexto del sistema jurídico hegemónico en México, con respecto de la actual forma de impartir justicia?,²⁸ de manera enunciativa, más no exhaustiva, se propone que el cambio cultural puede tener como punto de partida puede ser la educación. Dado

²⁷ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio*. El idealismo alrededor de los juicios orales en México, UNAM. México, 2012, p. 6.

²⁸ No se debe perder de vista que, en un Estado democrático, existe y se respeta la idea de un pluralismo jurídico, por lo que, la existencia de comunidades indígenas, en las cuales la solución de conflictos se lleva a cabo mediante el dialogo, quedan exentas del planteamiento sobre la sustitución de la hegemonía cultural relativa a la concepción de la justicia en México.

que, el primer el cambio cultural debe iniciar a través de la enseñanza de los cánones y directrices de la justicia restaurativa.

La enseñanza de este nuevo medio para materializar justicia puede darse a través de tres ámbitos: educación formal, educación no formal y educación informal.

Al seno del primer ámbito, se encuentra todo lo relativo al sistema educativo oficial escolarizado, mixto y a distancia, es decir, los procesos de enseñanza-aprendizaje establecidos por el propio Estado. En este rubro, es importante que en los planes de estudios de la educación básica, media y media superior, así como a los grados profesionalizantes, se establezcan materias tendientes a enseñarle a los educandos los parámetros de la justicia restaurativa, para que no sea ajena a ellos y no se vean influenciados por agentes exógenos, pensando que esta forma de impartir justicia privilegia la impunidad.

Cuando se alude a la educación no formal con relación a la enseñanza del paradigma de la justicia restaurativa, se hace referencia a todas aquellas actividades que se encuentran fuera de lo que se enseña en las aulas escolares, pero dichas actividades – conferencias, seminarios, capacitaciones, coloquios, foros, cursos, programas gubernamentales, etcétera – son tendientes a incrementar los índices de entendimiento sobre el sistema acusatorio y sus pilares, explicando técnicamente en que consiste y los beneficios que se procuran alcanzar con su implementación. En este epígrafe, se puede advertir que el papel que desempeñan las asociaciones civiles, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales es trascendental para la promoción, divulgación y difusión de la justicia restaurativa, ya que, por medio de actividades educativas y lúdicas hacen del conocimiento de la población el menester y las bondades que trae consigo esta figura jurídica.

Se reflexiona fundamental articular esfuerzos para que al interior de todos los grupos sociales organizados se centre la atención en la implementación de programas y espacios de difusión, fomento y promoción de los beneficios que conlleva el tener una sociedad simpatizante de la justicia restaurativa, de igual manera los esfuerzos deben estar encaminados para llevar este tipo de conocimiento a los terrenos más olvidados de la sociedad, no dejando cabo suelto alguno.

La educación informal se configura por todos aquellos procesos de enseñanza-aprendizaje que carecen de toda sistematización y organización educativa, pero que, a pesar de ello, influyen en la vida y toma de decisiones de los actores sociales – medios de comunicación masiva, religión, familia, contexto social, etc.

En este tenor, destaca la notable participación que tiene la familia respecto a la socialización de la justicia restaurativa, es decir, los padres de familia tienen en su poder la importante labor de enseñar e incentivar a sus hijos para que logren entenderla y hacerla suya, y con esa directriz, sea más factible una convivencia pacífica, a través del respeto de los Derechos Humanos de nuestros semejantes.²⁹ Esto es, legados sociales proclives a acatar los paradigmas jurídicos establecidos. Es

²⁹ Recomendamos las estrategias de fomento de la cultura de la legalidad en el hogar por SHMILL, Vidal. Una pedagogía de la legalidad. En: CAMPUZANO PÉREZ, Sylvia. Por lo derecho, por una cultura de la legalidad en México, IFE, 2016, pp. 82-89.

este mismo sentido, el contexto social – amigos, compañeros, conocidos, etc. –, en la medida de lo posible, debe buscar esta socialización jurídica, ya que es un tema que beneficia a todos *per se*, y por resultante, debe ser labor de toda la población su difusión, fomento y, sobre todo, aplicación.

Finalmente, “con las prerrogativas y limitaciones que suponen, la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información constituyen el marco jurídico al que están sujetos los medios de comunicación.”³⁰ La televisión y la radio son – irrefutablemente – los medios de comunicación masiva más concurridos por todos los mexicanos. De ahí que, la información vertida por estos medios recubre gran relevancia en nuestra vida jurídica.

Los numerales 5° y 6° de la Ley Federal de radio y Televisión en concordancia con el dispositivo tercero de su reglamento conminan a los medios de comunicación en comento a contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y al mejoramiento de las formas de convivencia humana, auxiliando al Estado a elevar el nivel cultural del pueblo; a ampliar la educación popular, a difundir la cultura, a extender conocimientos, a propagar ideas que fortalezcan nuestros principios y tradiciones; a la participación ciudadana y a la solidaridad, mediante orientaciones adecuadas que afirmen la unidad nacional, la equidad de género y el respeto a los derechos de los grupos vulnerables.

Por ello que, la difusión y fomento – por medio de la radio y televisión – de la justicia restaurativa, así como sus provechos y mercedes, no es sólo una cuestión que esté al arbitrio de los medios de comunicación a que hacemos crónica, sino que se ubica como un deber y una obligación de los mismos.

El presente manuscrito, tiende a establecer, de manera muy general, la necesidad del cambio cultural en la sociedad mexicana sobre el actual mecanismo para impartir justicia, a través de los diversos modos de educación que existen, sin embargo, es importante mencionar que de ninguna manera es un estudio exhaustivo, ni se presenta como una panacea. Se encuentra abierto al escrutinio público a su perfeccionamiento.

Conclusiones

La justicia restaurativa es una inédita manera de impartir justicia, de ahí la necesidad de que la sociedad entienda su funcionamiento. Es importante mencionar, que todo lo redactado en el cuerpo del presente trabajo, sobre el nuevo paradigma de la reforma en materia penal de 2008, debe tener como eje rector un cambio en el ideal cultural colectivo; es decir, que la hegemonía cultural proclive a la justicia punitiva se vea sustituida por un nuevo canon de la supremacía cultural apegada a la justicia restaurativa, como un nuevo mecanismo para la solución de conflictos. Educar a la ciudadanía e instrumentar un sector gubernamental con capital humano, capacitado en esta importante temática – apego a la justicia restaurativa – figura una tarea

³⁰ LAVEAGA, Gerardo, *La cultura de la legalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 90.

relevante e idónea para el funcionamiento del sistema de justicia penal vigente en México.

El generar garantías en la reparación del daño en materia penal ha encauzado al establecimiento de medios alternativos de solución de controversias, así como de determinaciones que establecen la pena corporal como última medida; no obstante, a ello, un sistema penal diferente no puede aplicarse en una sociedad igual, por lo que, necesariamente, ésta debe entender los cambios del sistema penal. Los programas de capacitación no solo deben de estar dirigidos a capacitar a operadores jurídicos privados y de gobierno, sino que, la ciudadanía tiene que ser parte de esta vehemente capacitación de la que son parte los operadores en mención. Para que con ello se evite la justicia de propia mano.

La implementación de las medidas que establece la reforma implica nuevas formas y procedimientos para observar tanto la reparación del daño como la nueva composición del sistema penal, la cual resulta inoperante o deficiente en una sociedad que no lo observa desde la perspectiva que tuvo el legislador.

Es importante hacer hincapié en los medios de solución de controversias, dado que estos permiten tener una justicia más pronta, más económica y más expedita, esto es dejar atrás la idea de castigar a través de lo establecido en normas y buscar solución a través de valoraciones sociológicas, dejando atrás ideas reduccionistas en la impartición de justicia.

La condición de la reparación del daño va más allá de una mera reparación material o moral, es decir que se consiga una verdadera resiliencia respecto al daño ocasionado. Lo cual tiene implícito dejar atrás la idea inquisitiva y de castigo para llevar a cabo justicia restaurativa.

Finalmente, si se establece una unión en el tejido social a través de la educación formal, no formal e informal, con ayuda de los medios de comunicación masivos, así como de políticas gubernamentales tendientes a favorecer este cambio cultural, se podrá obtener un verdadero cambio, el cual no será instantáneo, ya que se tiene que tomar en cambio a la nueva sangre generacional.

La intención de este manuscrito no es sino aportar ideas para un subsecuente estudio más profundo.

Fuentes de Consulta

- BARRAGÁN Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, McGrawhill, México, 2009.
- CARBONELL Sánchez, Miguel, *El ABC de los Derechos Humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2015.
- Consejo de la Judicatura Federal - Poder Judicial de la Federación, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [en línea], p.21. Consultada el 24 de febrero de 2017 en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

- GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Porrúa, México, 4a ed., 2010.
- GROSSI, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, España, Trotta, 2003.
- GUASTINI, Ricardo, *Sobre el concepto de Constitución*. En Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- JACCOUD, Mylene, *Ponencia sobre la justicia restaurativa, conclusiones*, Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, Chile, 2005.
- MÁRQUEZ Cárdena, Álvaro E., *La Víctima en el Sistema de Justicia Restaurativa*, Prolegómenos, Derecho y valores, VIII, (julio-diciembre, 2005).
- MÁRQUEZ Gómez, Daniel, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio*. El idealismo alrededor de los juicios orales en México, UNAM. México, 2012.
- MALDONADO Sánchez, Isabel, *Litigación en audiencias orales y juicio oral penal*, Palacio del Derecho Editores, México, 2011.
- LAVEAGA, Gerardo, *La cultura de la legalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
- PESCHARD, Jacqueline, *La cultura política democrática*, México, IFE, 2008
- PETIT, Eugene, *Derecho Romano*, 3ª ed., Porrúa, México, 1986.
- REYES Negrete, Jorge, *Administración Pública y Derechos Humanos: el caso de los consumidores de los servicios públicos*, Revista DIKÊ, año 10, número 19, abril - septiembre de 2016, editada por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP).
- RODRÍGUEZ Vázquez, Miguel Ángel, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio*, UNAM. México, 2013.
- SÁNCHEZ Vázquez, Rafael, *Balance y Perspectivas del Seguimiento de la Reforma Constitucional Penal del 16 de junio de 2008 y su aplicación en el Estado de Puebla*, Comisión Nacional de Derechos Humanos - BUAP, Puebla, México, 2012.
- SHMILL, Vidal. Una pedagogía de la legalidad. En: CAMPUZANO PÉREZ, Sylvia. Por lo derecho, por una cultura de la legalidad en México, IFE, 2016
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CCXIX/2016, Décima Época, Libro 34, tomo I, septiembre de 2016, Pág. 510.

Transparencia y acceso a la información tributaria en la entidad veracruzana: Restricciones jurídicas a la luz del secreto fiscal*

Geovanni de Jesús Durán Muñoz**

RESUMEN: En la actualidad, la transparencia y rendición de cuentas de las gestiones gubernamentales se enarbolan como atributos inescapables que cualifican el grado de solidez democrática que se vive al interior de los países modernos.

En este sentido, el derecho de acceso a la información pública cumple una función primordial como instrumento constitucional que permite a los gobiernos acercarse a los ciudadanos y proporcionarles datos que conciernen al desempeño de sus funciones estatales bajo el principio de máxima publicidad.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico vigente en el Estado de Veracruz incide en la restricción de este derecho fundamental, con base en diversas hipótesis de hecho que apuntan hacia el sigilo tributario por parte de las autoridades administrativas.

Palabras Clave: Transparencia, Derecho de acceso a la información, secreto fiscal.

ABSTRACT: Currently, the transparency and accountability of governmental actions represent decisive attributes to qualify the democratic soundness level achieved inside of moderns countries.

In this respect, the right of access to public information fullfills a function of enormous relevance as constitutional means that allows governments to approach citizens and provide them datums related with the development of their state functions, under the principle of maximum publicity.

However, the valid legal system in the Veracruz State has an influence in the restriction of this fundamental right, based on diverse hypothesis of fact that point to tax secrecy on the part of administrative authorities.

Keywords: Transparency, right of access to public information, tax secrecy.

SUMARIO: Introducción, 1. Régimen constitucional de la Transparencia y Acceso a la Información Pública en Veracruz, 2. El secreto fiscal como excepción al derecho de acceso a la información, 3. Consideraciones finales. Fuentes de consulta.

* Artículo recibido el 4 de abril de 2018 y aceptado para su publicación el 17 de mayo de 2018.

** Técnico en Computación Fiscal Contable por la Dirección General de Educación Tecnológica Industrial; Licenciado en Derecho y Maestrante en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad Veracruzana; Becario del CONACYT.

Introducción

El fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas, como deberes constitucionales de las autoridades públicas y demás sujetos obligados en nuestro país; se explica mejor si se analiza la experiencia histórica de secrecía y opacidad asaz consolidadas en el desarrollo de las funciones públicas, traducidas en la imposibilidad de los particulares para conocer y fiscalizar el proceder estadual, así como la forma en que se gestionaban y aplicaban los recursos públicos.

La apertura en la organización y desarrollo institucional hacia el conocimiento de la sociedad, esto es, la forma en que se configura y opera el aparato burocrático del país, además de contribuir al desmantelamiento de la lógica de los más anquilosados secretos y el combate a la recalcitrante corrupción; representan factores determinantes en la consolidación de la práctica democrática del Estado de Derecho en México.

Suele pensarse, y no sin razón, que la falta de publicidad de los actos de Estado violenta la dignidad de las personas al privarles de herramientas informativas trascendentales en la defensa de sus intereses –individuales y colectivos–, al mismo tiempo que transgrede el control social del buen gobierno, permeado éste por el interés general. Por ello, en el contexto de la Democracia contemporánea se ha requerido de la conformación de un andamiaje normativo que, circunscrito al principio de máxima publicidad, posibilite a los gobernados las mejores condiciones para incorporarse a la participación, deliberación y toma de decisiones en los asuntos públicos del país que les acoge.

Las diversas modificaciones legislativas realizadas al régimen constitucional de la transparencia y acceso a la información en los últimos años, han impactado y transformado sustancialmente la forma en que las autoridades y organismos estatales se relacionan con los administrados; pues en la concretización de sus cometidos, aquellas han contribuido al necesario empoderamiento de una sociedad largamente cegada por la desinformación y acostumbrada al lastre del absoluto sigilo característico del *Ancien Régime*. Al mismo tiempo, aquellas han favorecido –en cierto grado– el incremento de la legitimidad y confianza sociales de cara al orden público que les gobierna, con lo que se han reducido algunas de las incertidumbres habituales de un país autoritario y opaco, en el marco de la recepción constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que proporciona una inédita y extensiva protección a todos los mexicanos en esta materia.

Poco a poco, a la palestra, los nuevos contenidos constitucionales fueron descendiendo hacia a las distintas circunscripciones de las Entidades Federativas al paso de los años. En este contexto, el acceso de la ciudadanía a la información pública en poder del Estado como derecho humano, se advierte bastante apreciable en la extensión de la geografía nacional.

Sin embargo, en el caso que nos atiende, la gradualidad acotada, diversificada y progresiva con la que se desarrolla este derecho en México relacionado con el ámbito tributario y los derechos de los contribuyentes, sigue siendo objeto de cavilaciones

y críticas profundas por los especialistas; en atención a las modalidades que asume la restricción de la publicidad constitucional, como en el caso de la *absoluta reserva* que las autoridades administrativas deben observar en lo concerniente a temas de naturaleza fiscal, particularmente en materia de recaudación e inspección de contribuciones, así como en la protección de datos personales de los contribuyentes.

La entidad veracruzana como parte integradora de la Federación, en ejercicio de su Soberanía y a la luz de una ley marco, participa de los escenarios de regulación normativa local a través de la *Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, que instrumenta la posibilidad de los ciudadanos para buscar, solicitar, investigar, difundir y recibir cualquier tipo de información de naturaleza pública en manos de los sujetos obligados.

No obstante, cuando se trata de peticiones informativas que se formulen para conocer ciertos datos sensibles como aquellos de índole tributaria, el *Código Financiero para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave* confluye con la antedicha ley en el acorazamiento de cierta información que, en función de ciertas causas e intereses relevantes, pueda poner en riesgo la *confidencialidad* y *reserva legal* que protegen los datos personales de los contribuyentes y la efectividad de los diversos procedimientos administrativos dispuestos para la absorción de recursos económicos por concepto de tributos en el territorio veracruzano.

Aspectos de cuyo análisis se ocupará el presente trabajo, a partir de la articulación de reflexiones críticas en torno al tratamiento jurídico que las legislaciones locales antes aludidas establecen para el ejercicio del derecho humano de acceso a la información y, al mismo tiempo, la forma en que lo restringen a luz de la figura legal del *secreto fiscal*.

1. Régimen constitucional de la Transparencia y Acceso a la Información Pública en Veracruz

Sin lugar a dudas, el Estado de Veracruz se erige como referente y pionero en la regulación constitucional de los derechos humanos en el nivel *subnacional* –en particular respecto del derecho a la información– al incorporarlos desde el año 2000 en el Capítulo II, del Título II de su Carta Magna, denominado “*De los Derechos Humanos*”. “Se ha considerado que este capítulo entrañó un avance para el constitucionalismo veracruzano y ha tenido también sus repercusiones en otras leyes fundamentales locales.”¹

La ordenación jurídica que en la actualidad da vida al principio de máxima divulgación de los datos e informaciones de naturaleza pública en nuestra entidad veracruzana, tiene lugar en virtud de diversas disposiciones constitucionales y

¹ VALENCIA CARMONA, Salvador, “La Constitución de Veracruz y su contexto contemporáneo”, en MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen, GIDI VILLAREAL, Emilio de Jesús, y VALENCIA CARMONA, Salvador (coords.), *Veracruz. Historia de las Instituciones Jurídicas*, México, UNAM-Senado de la República, 2010, p. 62.

legales que permiten su vigencia y aplicación en beneficio de los gobernados. Estándares normativos que configuran un nuevo y asequible régimen de gobierno abierto, cuyas propensiones cardinales se inclinan hacia el fortalecimiento de una ciudadanía vigilante y evaluadora del proceder de sus autoridades desde los diversos recintos de actuación en que éstas se desempeñan, todavía hace muy poco permeados por un ocultamiento recalcitrante.

Es aquí donde se acentúa con mayor contundencia el axiomático valor instrumental del acceso a la información de cara al ejercicio del poder estatal, como condición indispensable que dota a los administrados de mecanismos de control que permiten traer a la luz pública el cúmulo de arcanos resguardados por la caja negra del Estado absoluto, en el marco del modelo republicano de Democracia que involucra una profunda pretensión participativa por parte de la ciudadanía. “Quienes ejercen las tareas de gobierno en cualquiera de las ramas fundamentales del Estado ya sea legislativo, ejecutivo, judicial o órganos autónomos [sic], contraen por ese hecho la obligación de responder de sus actos oficiales. Este es un principio cardinal del republicanismo.”²

De esta manera, el régimen patrimonialista y autoritario que las autoridades estatales habían venido detentando respecto al manejo y almacenamiento de la información bajo su resguardo; ha observado una reestructuración jurídica basada en la apertura de comportamientos, actos y demás gestiones estatales que, en *buena lid*, han corregido la ruta de la indebida opacidad hacia mecanismos institucionales más eficaces que garanticen el escrutinio social y fortalezcan la transparencia y rendición de cuentas como cualidad y obligación insoslayable del gobierno democrático, en aras de legitimar y hacer visibles sus actos. A decir de Duran Padilla:

La noción de transparencia muestra distintos sentidos. En ocasiones se asocia a una forma de acceso no restrictivo. También se ve como una herramienta para criticar y frenar el mal desempeño de las instituciones públicas. Al representar la calidad de lo público, la transparencia se piensa como un componente de las democracias contemporáneas. No extraña entonces, que el incumplimiento a sus normas debilite la noción de ciudadanía.³

Bajo este escenario, la base normativa angular que ha abierto las puertas para que las autoridades estatales comuniquen información pública y permitan a la sociedad veracruzana el acceso a ella, se localiza en el artículo 6o constitucional que, en forma casi análoga a los objetivos previstos por su homóloga federal, ordena:

Artículo 6. [...]

Toda persona gozará del derecho a la información, así como al de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales, frente a los sujetos obligados.

En el Estado, los poderes públicos, organismos autónomos, ayuntamientos o concejos municipales, entidades paraestatales y paramunicipales creadas por uno o más

² ARMENTA RAMÍREZ, Petra, “Ética y transparencia”, en MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen (coord.), *Temas Selectos de Transparencia y Acceso a la Información*, México, Instituto Veracruzano de Acceso a la Información, 2010, p. 24.

³ DURÁN PADILLA, José Arturo, “Secreto y transparencia: relaciones y tensiones en la web”, *Universos Jurídicos*, México, año 3, núm. 4, mayo-octubre, 2015, pp. 79-80.

ayuntamientos, organizaciones políticas; los fideicomisos, fondos públicos y sindicatos de cualquiera de éstos, además de toda persona física o moral que reciba y ejerza recursos públicos, así como aquellas que realicen actos de autoridad o que desempeñen funciones o servicios públicos, son sujetos obligados en materia de acceso a la información y de protección de datos personales que obren en su posesión, en los términos de esta Constitución y la ley.⁴

[Énfasis añadido]

De lo anteriormente transcrito, se desprende el fundamento supremo que en nuestra entidad reconoce explícitamente el derecho a la información pública en favor de todos los veracruzanos y demás personas que transiten o se avecinen en el estado y, más atinadamente, en el territorio nacional. De igual forma, se enfatizan los derechos que les asisten a estos mismos, en lo concerniente al tratamiento de sus datos personales.⁵

Aunado a ello, el artículo *in comento* se ocupa de precisar al elenco de *sujetos obligados* en esta materia; esto es, la gama de agentes públicos que se concretan en: a) autoridades, b) entidades, c) órganos, d) organismos, e) cualesquiera que ejerzan recursos públicos tales como los partidos políticos y sindicatos, f) aquellos que realicen actos de autoridad y, g) desempeñen funciones o servicios públicos.

Ahora bien, debe agregarse que el actuar de las autoridades gubernamentales y demás sujetos anteriormente precisados, se constriñe a la regla de carácter general expresada en el principio constitucional de *máxima publicidad*. Vector hermenéutico éste que habrá de orientar el ejercicio interpretativo respecto de las normas de acceso a la información pública en favor de los ciudadanos, al tenor siguiente:

[...] **La información o documentación que los sujetos obligados generen o posean por cualquier título es pública. Éstos permitirán a las personas acceder a ella y reproducirla, de manera proactiva, en atención a los lineamientos generales definidos por el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, diseñados para incentivar a los sujetos obligados a publicar información adicional a la que establece como mínimo la ley, teniendo por objeto promover la reutilización de la información que generen los sujetos obligados, sin mayor restricción que la protección a los datos personales y el interés público.** En todo momento deberá prevalecer, para el ejercicio libre de este derecho, su **interpretación con sujeción al principio de máxima publicidad.**⁶ [Énfasis añadido]

De esta suerte, el antedicho artículo 60 constitucional desarrolla las bases y principios elementales que las autoridades locales deberán observar en el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y, en esa medida, aquellos se advierten con una naturaleza claramente enunciativa y nunca limitativa. Por lo que en aras de la optimización del derecho de acceso a la información pública en la

⁴ Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, última reforma publicada en la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional del Estado de Veracruz-Llave, el 23 de noviembre de 2017, consultada el 31 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.uv.mx/legislacion/files/2017/12/CONSTITUCION231117.pdf>

⁵ Es decir, los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición al tratamiento de datos personales; también denominados como *Derechos ARCO*.

⁶ Artículo 60. Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

entidad veracruzana, la valoración de dichos principios exige la necesidad de amplificar su radio de acción bajo una *interpretación extensiva*, acorde a las directrices delineadas por el *principio pro persona*. Tal como lo sostiene Cossío Díaz al manifestar que:

En todo supuesto en el que estén involucrados derechos fundamentales, es válido y necesario aplicar el [...] principio pro persona [...] a fin de **acudir a la norma más amplia y/o a una interpretación más extensiva de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido opuesto, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales [...]** El principio *pro persona* se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, que permite asegurar en y, para todos los niveles, el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.⁷
[Énfasis añadido]

Lo anterior, en aras de conceder el estándar más alto de protección de este derecho que, en lo fundamental, les asiste a todas las personas en el territorio veracruzano para: *a)* ser informadas permanentemente sobre todas las gestiones gubernamentales por parte del ente público en forma proactiva, *b)* allegarse y escrutar todo tipo información pública sin acreditar interés alguno, justificar su utilización y a título no oneroso,⁸ y *c)* estar en posibilidad de reproducir y difundir dicha información de forma libre por cualquier medio de expresión. En términos de Olivos Fuentes, el derecho de acceso a la información pública constituye “[...] una prerrogativa de toda persona para recabar, examinar o consultar todo tipo de información de su interés que se encuentre en todo órgano estatal y entidad privada que disponga de recursos públicos o que desempeñe una función pública.”⁹

No obstante lo anterior, debe repararse en el hecho de que el mismo artículo 6º de la Constitución Local prevé la posibilidad de acotar el ejercicio de tal derecho a la protección de *datos personales* y el *interés público*, es decir, que atendiendo a la *reserva de ley* el legislativo podrá restringirlo mediante la clasificación de información *confidencial* o *reservada*. Al respecto, López-Ayllón ha manifestado que:

⁷ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz”, en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Efecto legal de los cateos cuando se nombran como testigos a las policías que intervienen en esa diligencia*, México, SCJN, 2010, pp. 91-93.

⁸ Esta precisión resulta relevante ya que en la redacción de dicho precepto constitucional, el legislador veracruzano omitió señalar uno de los principios rectores que regulan el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en nuestro país: La gratuidad. En este sentido, dicho principio “[s]e establece con el objeto de que cualquier persona, independientemente de su condición económica, pueda acceder sin costo a la información pública en poder del gobierno, a sus datos personales o a la rectificación de éstos. Sin embargo, en el caso de que el solicitante requiera que la información se reproduzca o envíe, éste deberá pagar por los gastos correspondientes [...]” SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Legalidad del secreto fiscal hasta por doce años*, México, SCJN, 2015, p. 29.

⁹ OLIVOS FUENTES, Monserrat, “Derecho de acceso a la información pública municipal en el Estado de Michoacán: Alcances y retos”, en GÓMEZ GALLARDO, Perla (coord.), *Derecho de la información, reflexiones contemporáneas*, México, Jus, 2012, p. 128.

**Transparencia y acceso a la información tributaria en la entidad veracruzana:
Restricciones jurídicas a la luz del secreto fiscal**

[...] la publicidad total no es siempre posible ni deseable. En efecto, existen circunstancias en que la divulgación de la información puede afectar un interés público valioso para la comunidad [...] por ejemplo [...] la seguridad nacional, la seguridad pública, las relaciones internacionales, la economía nacional, la vida, salud o seguridad de las personas y los actos relacionados con la aplicación de las leyes.¹⁰

En este sentido, las dos categorías de excepción a la publicidad de la información –antes aludidas– obedecen al cumplimiento de otras obligaciones directas a cargo del Estado. Por una parte garantizar el derecho de los particulares a la protección de sus *datos personales*, en virtud de que aquellos ostentan una titularidad exclusiva sobre su información personal y, por esa misma lógica, se excluyen del conocimiento y escrutinio público o de terceros; máxime cuando derivado del acceso a dichos datos una persona física o moral es susceptible de ser identificada o identificable sin *su consentimiento* y, en esa medida, pueda ponerse en riesgo su vida, seguridad, salud u otro aspecto valioso de su esfera jurídica y patrimonial.

Vale la pena destacar que, de lo anteriormente mencionado se desprende la posibilidad jurídica de apertura de la información confidencial en forma potestativa, es decir, únicamente cuando el titular de la misma lo estime pertinente en ejercicio de su *autodeterminación informativa* –*habeas data*–. Este derecho fundamental ha sido mayormente desarrollado en Europa. Particularmente, identificamos su surgimiento a partir de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Alemán en 1983, como lo expone la autora Herran Ortiz:

[...] la célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1983, [...] por primera vez acuña la expresión «autodeterminación informativa» y establece una definición de la naturaleza y contenido de este nuevo derecho [...] la protección de datos personales constituye una respuesta jurídica frente al fenómeno de la sociedad de la información, para frenar la potencial amenaza que el desarrollo tecnológico representa para los derechos y libertades de las personas [...] consideramos [...] que constituye una necesidad incontestable el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental [...] cuya construcción jurídica reposaría sobre la atribución y reconocimiento a la persona de un haz de facultades de disposición respecto a la información que le concierne, y que supera el contenido esencial del tradicional derecho a la intimidad.¹¹

Ahora bien, en el desarrollo del otro extremo de excepcionalidad del multicitado derecho a la información, debe destacarse el tratamiento diferenciado que la Constitución Veracruzana otorga al sigilo estatal cuando se trate de información *confidencial* cuya naturaleza –en principio– se advierte *absoluta*, en contraste con aquella expresamente catalogada como *reservada*; pues a la luz de esta última los datos resguardados por el Estado deben estar sujetos a un periodo de secrecía *perentorio* y su clasificación debe atender a razones de *interés público*. Es decir, la

¹⁰ LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “La constitucionalización del derecho de acceso a la información: Una propuesta para el debate”, en LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM-IFAI, 2006, pp. 246-247.

¹¹ HERRAN ORTÍZ, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao-España, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2003, pp. 14-15.

justificación de las causas que dan origen a este tipo de restricción informativa, están basadas en la existencia de intereses superiores o igualmente protegidos por el ordenamiento constitucional local.

De esta manera, el Estado no puede quebrantar el cabal cumplimiento de sus demás fines teleológicos establecidos por el derecho positivo vigente con la misma jerarquía de importancia, es decir, aquellos objetivos fundamentales por los que ha surgido a la vida jurídica para la provisión de bienes, desarrollo económico y social o la prestación de servicios públicos a la ciudadanía; los cuales podrían verse mermados al momento en que los sujetos obligados dieran a conocer cierta información pública que se estime estratégica o riesgosa para la entidad veracruzana en el momento en que es solicitada por los administrados, por ejemplo la recaudación de contribuciones, estabilidad financiera y económica, persecución de delitos, seguridad pública, entre otras. Por lo que en este caso se infiere que el legislador local estimó primordial privilegiar el beneficio mayoritario frente al netamente individual. Sobre este aspecto, Acosta Romero sostiene que:

“La ideología del interés público se erige al centro de la sociedad o la institución como un símbolo de regulación y de integración que encarna el principio del orden sobre el que se funda la unidad de grupo y donde el rol es preservar y reforzar la cohesión. Esta posición central es ocupada por el Estado [...] el Interés Público [...] Tiene un carácter jurídico supletorio, para ayudar y proteger el Orden Público cuyas funciones son de incumbencia exclusiva del gobierno. Indica condición o requisito para la realización por las autoridades de hechos determinados cuya finalidad es la protección del ciudadano.¹²

No obstante, estas medidas restrictivas impuestas al derecho de acceso a la información no pueden operar bajo la libre e ilimitada discrecionalidad de la autoridad, sino que por el contrario las mismas deben ser motivadas con justificaciones jurídicas sólidas y bastantes que demuestren una afectación real e inminente a derechos fundamentales o al interés general, en aras de poder conservarlas en el secreto. En este sentido,

[...] la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho de acceso a la información pública deberá ser efectivo y lo más amplio posible, lo cual implica que en el caso de excepciones al mismo, éstas no deberán convertirse en regla general.¹³

Razón por la cual, tales restricciones informativas deben quedar constreñidas a un marco de racionalidad constitucional que garantice que la clasificación de información se llevó a cabo con argumentos objetivos, privilegiando *a priori* la máxima divulgación de datos estatales en caso de duda.

¹² ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho administrativo especial*, México, Porrúa, 2001, p. 784.

¹³ MEDINA MORA F., Alejandra, SALAZAR UGARTE, Pedro y VÁZQUEZ, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, vol. I, pp. 130-131.

2. El secreto fiscal como excepción al derecho de acceso a la información

Como puede observarse, el ordenamiento constitucional veracruzano reconoce y tutela los derechos de acceso a la información pública y protección de datos personales en favor de los administrados. Situados en el escenario nacional actual, que evidencia un alto índice de corrupción y arbitrariedad sistematizadas al interior de las estructuras de poder, es acierto innegable de nuestra entidad el instrumentar mecanismos jurídicos que permitan transparentar la función pública y promover la rendición de cuentas por parte de las autoridades locales. Máxime cuando los “[...] gobiernos estatales y municipales suelen ser percibidos como poco transparentes, proclives al clientelismo y al dispendio, poco eficaces en la ejecución de sus políticas públicas y reticentes a la vigilancia ciudadana.”¹⁴

En este sentido, a partir de las bases constitucionales descritas en el epígrafe anterior, surge en nuestro ordenamiento jurídico subnacional –como ya se mencionó– la *Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*. La cual concretiza los imperativos veracruzanos supremos de accesibilidad y diafanidad informativa, con base en la reglamentación legal del multicitado derecho que compele a los sujetos obligados en el Estado a proporcionar información oportuna, verificable, comprensible, actualizada y completa.¹⁵ “Al abordar la transparencia no se trata solamente de exponer cifras, datos, referencias y cuadros, sino que la misma apunta principalmente a la información precisa y clara para la toma de decisiones y posterior rendición de cuentas.”¹⁶

Ligado a lo anterior, se destaca la renovada y proactiva rendición de cuentas que las autoridades locales deben ejercer con relación al desempeño de sus atribuciones y tareas, haciendo uso de canales informáticos y tecnológicos para difundir, actualizar y poner a disposición de la sociedad los datos e información de su competencia, sin que medie solicitud de por medio.¹⁷ Sobre este último punto, debe precisarse el rol protagónico y osado que deben asumir los gobernados en la apropiación social de este derecho fundamental, para apuntalar su incidencia y

¹⁴ LÓPEZ ACOSTA, Santiago, “Transparencia y rendición de cuentas”, en AYALA SÁNCHEZ, Alfonso (coord.), *Visiones críticas de la Democracia Electoral*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 581.

¹⁵ *Vid.* Artículo 2º. Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, última reforma publicada en la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave el 19 de diciembre de 2017, consultada el 31 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.ivaai.org.mx/wp-content/uploads/Ley-875.pdf>

¹⁶ GONZÁLEZ ANDRADE, Cedma, “Algunas notas sobre la interdependencia de los derechos sociales, la transparencia y la rendición de cuentas”, en HUERTA LARA, Ma. del Rosario y BERLÍN VALENZUELA, Francisco (coords.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos XII*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 194.

¹⁷ *Vid.* Artículo 3o. Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

efectividad en todas las esferas que comprenden la *cosa pública*. De manera que, a estas alturas, se requiere del empuje de una suerte de activismo democrático que consolide a la transparencia y acceso a la información como medida y canal al que las autoridades estatales deban plegarse en el cumplimiento de sus atribuciones.

Los incentivos que los gobernantes tienen para crear mecanismos de rendición de cuentas efectivos son pocos, ya que cada paso hacia ese cometido es, a la vez, un paso para restringir la discrecionalidad. Sin presiones externas, de organizaciones sociales, de grupos políticos o influencia federal, es poco probable que un gobierno por sí solo se acote.”¹⁸

No obstante, con todo lo valioso de este parámetro constitucional y legal vigente, que reformula la tradicional manera en que las autoridades locales se relacionan con sus administrados en el conocimiento y tratamiento de datos públicos; no puede dejarse de observar que el derecho fundamental de acceso a la información pública en Veracruz enfrenta un ingente desafío intemporal, cuando de su ejercicio se derive la posibilidad de acceder a *información tributaria* al resguardo de las autoridades hacendarias.¹⁹ Pues derivado de las excepciones taxativas previstas por la Constitución local y reguladas por las leyes de ella emanadas, el antedicho derecho fundamental se advierte acotado por el *secreto fiscal*, el cual surge a la vida jurídica a partir de la clasificación de información²⁰ –*reservada y confidencial*– sancionada por la antedicha Ley Número 875 en su Título Cuarto, Capítulo II y III; así como por el Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Único del *Código Financiero para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*.

Al respecto, la Ley de Transparencia local estipula:

Artículo 4. El derecho humano de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información.

Toda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible a cualquier persona, y **sólo podrá ser clasificada excepcionalmente como reservada temporalmente por razones de interés público**, en los términos de la presente Ley.²¹

[Énfasis añadido]

A la luz del precepto legal que antecede, se reitera el principio constitucional de máxima publicidad de la información en custodia del Estado y la posibilidad que le asiste a éste para graduar el acceso de los administrados a la misma, bajo una

¹⁸ LÓPEZ ACOSTA, Santiago. *Op. Cit.*, p. 581.

¹⁹ “Artículo 11. Para el cumplimiento de los objetivos de la presente Ley, los sujetos obligados tendrán las siguientes obligaciones: [...] VII. Proteger y resguardar la información clasificada como reservada o confidencial [...]” Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

²⁰ “Artículo 55. **La clasificación es el proceso mediante el cual el sujeto obligado determina que la información en su poder actualiza alguno de los supuestos de reserva o confidencialidad**, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General y en la presente Ley.

Los supuestos de reserva o confidencialidad previstos en las leyes deberán ser acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y, en ningún caso, podrán contravenirla.” [Énfasis añadido] *Ídem*.

²¹ *Ídem*.

temporalidad transitoria.²² Es decir, “[...] toda la información en posesión de las autoridades [...] es pública. Así las cosas, incluso la información reservada lo es por lo que cualquier reserva en el acceso a la misma, además de excepcional, debe entenderse como temporal.”²³ De esta manera, la información pública considerada como reservada en virtud del interés público, atiende a un catálogo legal expreso de supuestos hipotéticos que impiden su conocimiento por parte de la sociedad veracruzana al tenor siguiente:

Artículo 68. La siguiente es información reservada y por lo tanto no podrá difundirse, excepto dentro de los plazos y condiciones a que esta Ley se refiere:

I. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;

II. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;

III. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

IV. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

V. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;

VI. Afecte los derechos del debido proceso;

VII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;

VIII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante la Fiscalía General del Estado;

IX. La contenida en las revisiones y auditorías realizadas directa o indirectamente por los órganos de control o de fiscalización estatales, hasta en tanto se presenten ante la autoridad competente las conclusiones respectivas y haya definitividad en los procedimientos consecuentes; y

X. Las demás contenidas en la Ley General.²⁴

Fijamos nuestra atención en la fracción II del artículo anteriormente transcrito, la cual se refiere a aquella información tributaria que por su publicidad pueda entorpecer o impedir los procedimientos administrativos de verificación e inspección relativos al cumplimiento de las leyes fiscales o la merma del recaudo típico de contribuciones. Se infiere que las razones jurídicas que dieron origen a la restricción anterior, parten de la premisa de que: “El Sistema Tributario mexicano, concibe en su estructura diversos impuestos que le dan sustento [...] Estos tributos representan un ingreso económico [...] significativo para el desarrollo de programas

²² “Artículo 67. La información en poder de los sujetos obligados sólo estará sujeta a restricción en los casos expresamente previstos en esta Ley, por lo que toda la que generen, guarden o custodien será considerada, con fundamento en el principio de máxima publicidad, como pública y de libre acceso.” *Ídem*.

²³ MEDINA MORA F., Alejandra, SALAZAR UGARTE, Pedro y VÁZQUEZ, Daniel. *Op. Cit.*, p. 129.

²⁴ Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

gubernamentales en sus distintas áreas de atención social [...]”,²⁵ por lo que el legislador local estimó que la trascendencia de los tributos para el desarrollo económico y social del país, en particular del Estado de Veracruz, encuadra en el concepto de interés público en virtud de los delicados aspectos en los que inciden para el bienestar colectivo. Empero, tal clasificación deberá sujetarse a los contornos legales enseguida transcritos:

Artículo 70. En todo caso que la autoridad funde y motive la clasificación de la información como reservada, ésta deberá cumplir los siguientes requisitos:

- I. Que la divulgación de la información represente un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público;
- II. Que el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación, supere el interés público general de que se difunda; y
- III. Que la limitación se adecue al principio de proporcionalidad y represente el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.²⁶

De esta guisa, se hace patente la naturaleza jurídica del *secreto fiscal* como un límite sancionado por acto de ley que –en teoría– modula temporalmente²⁷ el libre acceso a la información y datos públicos por parte de los gobernados, cuando se trata de información clasificada como reservada. No obstante, en tratándose de información custodiada por los sujetos obligados que la legislación estatal preceptúa como

²⁵ TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen, “Sistema nacional de coordinación fiscal en la entidad veracruzana (2007-2010)”, en HUERTA LARA, Ma. del Rosario y BERLÍN VALENZUELA, Francisco (coords.). *Op. Cit.* p. 216.

²⁶ Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

²⁷ “Artículo 56. Los documentos clasificados como reservados serán públicos cuando:

I. Se extingan las causas que dieron origen a su clasificación;

II. Expire el plazo de clasificación;

III. Exista resolución de una autoridad competente que determine que existe una causa de interés público que prevalece sobre la reserva de la información; o

IV. El Comité considere pertinente la desclasificación, de conformidad con lo señalado en el presente Título.

La información clasificada como reservada, en términos de la presente Ley, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años. El periodo de reserva correrá a partir de la fecha en que se clasifique el documento.

Excepcionalmente, los sujetos obligados, con la aprobación de su Comité, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.

Para los casos previstos por la fracción II, cuando se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos, y que a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información, el Comité respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al Instituto, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo.” [Énfasis añadido] Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

confidencial, el *sigilo tributario* que se analiza comporta una naturaleza absoluta; tal como se desprende del siguiente numeral que a la letra ordena:

Artículo 72. Se considera información confidencial la que contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identificable.

La información confidencial no estará sujeta a temporalidad alguna y sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

Se considera como información confidencial: los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos.²⁸

[Énfasis añadido]

En sentido similar, el Código Financiero en Veracruz incide en la restricción absoluta de la transparencia e información tributaria en lo concerniente a datos personales de los contribuyentes, indistintamente de que hayan sido obtenidos mediante suministro o captación:

Artículo 20 Bis. Los servidores públicos que intervengan en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias **estarán obligados a guardar absoluta reserva y confidencialidad en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación.**²⁹ [Énfasis añadido]

Con base en lo anterior, puede afirmarse que el *secreto fiscal* también funge como un medio de acorazamiento legal de los datos personales del contribuyente frente a los ojos públicos o de terceros; por lo que –en teoría– dicha información no podrá comunicarse o darse a conocer en forma nominativa e individual en el territorio veracruzano, no obstante que la misma se encuentre estrechamente ligada al nacimiento, vida y extinción de créditos fiscales. En opinión de la doctora Ríos Granados:

En tales datos se contiene información sobre el estado civil de una persona, su registro federal de contribuyentes, declaraciones de impuestos, clave única de identificación tributaria, patrones de consumo y todos los gastos que realiza una persona en el uso de sus valores patrimoniales. Estos datos, aunque son proporcionados a la administración pública, pertenecen a los particulares, y su divulgación podría causar daño patrimonial y de seguridad personal al titular de los mismos.³⁰

En efecto, la información confidencial aludida congrega diversos datos y/o características que definen individualmente a la persona, esto es, están relacionados con la identidad e integridad del contribuyente en sus diferentes grados de

²⁸ *Ídem*.

²⁹ Código Financiero para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, última reforma publicada en la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz-Llave, el 30 de diciembre de 2014, consultado el 31 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/FINANCIERO301214.pdf>

³⁰ RÍOS GRANADOS, Gabriela, *Control de proporcionalidad en el derecho tributario mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 105.

manifestación, específicamente para el caso que nos ocupa respecto de los ámbitos personales y patrimoniales –desligados de los físicos y espirituales–. Aspectos que finalmente se traducen en su derecho para evitar ser identificado o identificable; en otras palabras, la posibilidad jurídica que le asiste para optar disyuntivamente entre mantener el desconocimiento de su identidad fiscal frente terceros ajenos o permitirlo. En virtud de lo anterior, el contribuyente puede controlar y disponer en forma subjetiva el flujo de información que le compete en lo individual, respecto de quién y de qué forma podrá conocer sus datos íntimos o de cualquier otra índole.

No obstante, en el contexto de la vinculación social que permea el pago de contribuciones y la búsqueda implicada de concretizar fácticamente los objetivos perseguidos constitucionalmente, debería poder considerarse la apertura de la confidencialidad fiscal en razón del propio interés público, cuando se adviertan –por ejemplo– prácticas defraudadoras del fisco; las cuales por la antijuricidad que presuponen en el cumplimiento de normas y obligaciones fiscales, representan porciones económicas que la entidad veracruzana ha dejado de percibir en sus arcas hacendarias y, por esa lógica, se traducen en la erosión de fuentes de financiamiento para el desarrollo de sus atribuciones y tareas en beneficio de la sociedad.

El estado de Veracruz, en atención a su ordenamiento financiero, se allega diversos ingresos públicos que hacen viable su desarrollo económico y social frente a los gobernados, ante el cúmulo de necesidades imperantes que apremian en las regiones demandantes [...] son siete conceptos económicos que integran la hacienda estatal, destacando entre ellos a las contribuciones subdivididas en impuestos y derechos, como ingresos propios ordinarios.³¹

Sumado a ello, debe considerarse que el acceso a dicha información tributaria como valor agregado, permitiría contar con un instrumento mediante el cual la sociedad puede evaluar el desempeño de la autoridad fiscal para recaudar eficientemente y evitar la evasión y elusión tributarias en el territorio veracruzano.

De acuerdo con esta argumentación, dicho interés público le es inherente al propio individuo, no únicamente al que tiene el carácter de contribuyente, ya que le concierne que el Estado ejecute todas las tareas por las que se sustenta su existencia. De tal manera, que la sociedad civil adquiere una actuación activa frente al Estado al demandarle el cabal cumplimiento de sus funciones. Por lo que el Estado debe responder por sus propias actuaciones frente al contribuyente.³²

Paradójicamente frente a este blindaje informativo casi impenetrable, se aprecia una incipiente apertura legal sobre ciertos datos personales de los obligados

³¹ TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen, “Estudio monográfico de ingresos estatales por sujeción a tributo”, en ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo y AGUIRRE MORENO, Judith (coords.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos XIV*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 167-168.

³² RÍOS GRANADOS, Gabriela, “Límites en el acceso y uso de la información de la base de datos de la Administración Tributaria (Caso México)”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho tributario. Algunos casos de derecho comparado entre España y México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 162-163.

tributarios, a partir de causas diversas pero al mismo tiempo inconsistentes. Es así que las legislaciones analizadas con anterioridad contemplan los casos en los que la desclasificación de la información confidencial encubierta por el sigilo tributario es procedente. Al respecto, la multicitada Ley estatal 875 determina en su artículo 16 lo siguiente:

Artículo 16. Además de lo señalado en el artículo anterior, los siguientes sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar la siguiente información:

I. En el caso del Poder Ejecutivo: [...]

e) **El nombre, denominación o razón social y clave del registro federal de los contribuyentes a los que se les hubiera cancelado o condonado algún crédito fiscal, así como los montos respectivos. Asimismo, la información estadística sobre las exenciones previstas en las disposiciones fiscales;** [...]

II. En el caso de los municipios: [...]

d) **El nombre, denominación o razón social y clave del registro federal de los contribuyentes a los que se les hubiera cancelado o condonado algún crédito fiscal, así como los montos respectivos. Asimismo, la información estadística sobre las exenciones previstas en las disposiciones fiscales [...]**³³

[Énfasis añadido]

Así mismo, el artículo 75 de la misma legislación de transparencia *in comento* señala que los sujetos obligados que se constituyan como contribuyentes o como autoridades en materia tributaria, no podrán clasificar como *secreto fiscal* la información relativa al ejercicio de recursos públicos.³⁴

Por su parte, el Código Financiero local en la parte que interesa establece:

Artículo 20 Bis. [...] **Dicha reserva y confidencialidad no comprenderá los casos que señalen las disposiciones legales correspondientes.**

No obstante lo anterior, **la información relativa a los adeudos fiscales de los contribuyentes que queden firmes, a cargo de los contribuyentes y de los responsables solidarios a que se refiere el artículo 30 de este mismo ordenamiento, podrá darse a conocer por las autoridades fiscales a las sociedades de información crediticia** que operen, de conformidad con la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia y demás disposiciones aplicables, sea que estos adeudos emanen de contribuciones locales o de contribuciones federales coordinadas [...]

Mediante acuerdo de intercambio recíproco de información, suscrito por el titular de la Secretaría, se podrá suministrar la información a las autoridades fiscales de otras entidades federativas o del Gobierno Federal, siempre que se pacte o acuerde que la misma sólo se utilizará para efectos fiscales y se guardará el secreto fiscal correspondiente.³⁵

[Énfasis añadido]

Bajo este andamiaje legal previamente descrito, podemos afirmar que el *secreto fiscal* en Veracruz tiene una doble consigna, por una parte resguardar la información concerniente a las declaraciones y datos proporcionados por el contribuyente o terceros con ellos relacionados, así como la obtenida en ejercicio de las facultades de

³³ Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

³⁴ *Vid.* Artículo 75. *Ídem.*

³⁵ Código Financiero para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. *Loc. Cit.*

comprobación de la autoridad tributaria –información confidencial–; y por la otra, proteger la información relacionada con intereses superiores o igualmente protegidos por el ordenamiento local que se consideran estratégicos y/o riesgosos para el desarrollo y operatividad de la función pública –información reservada–, misma que pueden versar sobre la recaudación de tributos, prevención o persecución de los delitos, obstrucción de procedimientos para fincar responsabilidad a los servidores públicos, afecte los derechos del debido proceso, entre otras.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Tesis Aislada³⁶, ha manifestado que el *secreto fiscal* establece una concreta carga –de no hacer– impuesta a los servidores públicos hacendarios, consistente en que al aplicar las disposiciones fiscales no deben revelar de ninguna manera información tributaria de los contribuyentes. Además, resulta interesante el planteamiento a partir del cual nuestro Alto Tribunal precisa que el *secreto fiscal* se encuentra configurado normativamente como una regla-fin, distinto de un principio o derecho fundamental. En términos de Atienza, las *normas de fin* “[...] señalan ciertos fines a alcanzar y se deja que el destinatario elija (dentro de los límites fijados por otras normas) los medios adecuados para ello.”³⁷

Debe agregarse que, desde nuestra consideración las excepciones al *sigilo administrativo* antes expuestas, poco ayudan a consolidar una verdadera rendición de cuentas por parte de las autoridades hacendarias respecto al ingreso y egreso de las aportaciones fiscales frente a los contribuyentes. “La transparencia se ha convertido más en una parte obligada del discurso público y menos en la eficacia del principio jurídico de publicidad de actos y normas.”³⁸

Consideraciones finales

En la actualidad, el derecho de acceso a la información pública reconocido a las personas en Veracruz, encuentra su base normativa en el artículo 6o de la Constitución local; a partir de lo cual se constata que todo acto de autoridad reviste un interés colectivo y, en esa medida, es susceptible de ser conocido por todos. Sin embargo, como se ha demostrado a lo largo de esta investigación la naturaleza jurídica que ostenta dicho derecho fundamental no puede caracterizarse como absoluta, sino que su ejercicio se encuentra acotado en función de ciertas causas e intereses relevantes aglutinados en la figura legal del *secreto fiscal*, motivo por el cual dicha información en poder del Estado es excluida del conocimiento social.

Puede considerarse que la eficacia del derecho de acceso a la información en Veracruz se percibe menos optimista con relación al ámbito tributario, en contraste

³⁶ Tesis Aislada 1a. CVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, t. 1, p. 970.

³⁷ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2004, p. 76.

³⁸ NAVA GOMAR, Salvador O., “El derecho de acceso a la información en el Estado mexicano. Apuntes de caso para su constitucionalización”, en LÓPEZ-AYLLON, Sergio (coord.) *Op. Cit.*, p. 47.

con otras áreas de la función pública. A la luz del marco legal previamente analizado, se deduce que la regulación jurídica que da vida al *secreto fiscal* en la entidad, resulta hermética e inamovible en la mayoría de los casos.

Sin embargo, en un esfuerzo legislativo muy tirante, la secrecía de la información tributaria no resulta invariablemente absoluta, pues el sigilo administrativo en Veracruz se modula, aunque de forma escueta, para hacer pública cierta información tributaria en virtud de la rendición de cuentas que el sujeto obligado debe hacer en torno a los gastos fiscales –cuando se actualice una renuncia recaudatoria por parte del fisco estatal– y cancelación de créditos. De esta manera, se percibe un cierto grado de apertura fiscal, promovido por un insuficiente esfuerzo de irrupción constitucional en aras de la máxima transparencia.

Se trata de un tema tan complejo como necesario, en el que se suscita invariablemente la colisión de derechos fundamentales. Por un lado mantener la reserva y privacidad de la información en aras de proteger datos personales de los contribuyentes y, por el otro, proporcionarla para hacer efectivo el derecho de acceso a la información tributaria. En este sentido, es cierto que debe protegerse la confidencialidad de información personal del contribuyente, pero en materia de transparencia fiscal, debe prevalecer el principio de máxima divulgación cuando se vea involucrada la falta de recaudación de recursos ordinarios, pues ésta se encuentra ligada indisolublemente al desarrollo económico, social y democrático del país, lo que la inviste de interés público.

De esta manera, el derecho de acceso a la información y la transparencia fiscal ostentan atributos imprescindibles para la práctica democrática del Estado de Derecho en nuestro estado, pues representan instituciones constitucionales con carácter instrumental que permiten ejercer un control ciudadano sobre los actos de autoridad, en aras de evitar que los poderes exacerbados y discrecionales atribuidos a la Administración Tributaria Local se acentúen en detrimento del contribuyente, es decir, apuntan hacia el combate de malas prácticas de administración y corrupción proliferadas, así como para fomentar la eficacia de la acción pública en el cumplimiento de sus fines teleológicos al interior de la entidad veracruzana.

Fuentes de consulta

a) Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho administrativo especial*, México, Porrúa, vol. I, 2001.
- ARMENTA RAMÍREZ, Petra, “Ética y transparencia”, en MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen (coord.), *Temas Selectos de Transparencia y Acceso a la Información*, México, Instituto Veracruzano de Acceso a la Información, 2010.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2004.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz”, en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Efecto*

- legal de los cateos cuando se nombran como testigos a las policías que intervienen en esa diligencia*, México, SCJN, 2010.
- GONZÁLEZ ANDRADE, Cedma, “Algunas notas sobre la interdependencia de los derechos sociales, la transparencia y la rendición de cuentas”, en HUERTA LARA, María del Rosario y BERLÍN VALENZUELA, Francisco (coords.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos XII*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- HERRAN ORTÍZ, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao-España, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2003.
- LÓPEZ ACOSTA, Santiago, “Transparencia y rendición de cuentas”, en AYALA SÁNCHEZ, Alfonso (coord.), *Visiones críticas de la Democracia Electoral*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “La constitucionalización del derecho de acceso a la información: Una propuesta para el debate”, en LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM-IFAI, 2006.
- MEDINA MORA F., Alejandra, SALAZAR UGARTE, Pedro y VÁZQUEZ, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015.
- NAVA GOMAR, Salvador O., “El derecho de acceso a la información en el Estado mexicano. Apuntes de caso para su constitucionalización”, en LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, Transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM-IFAI, 2006.
- OLIVOS FUENTES, Monserrat, “Derecho de acceso a la información pública municipal en el Estado de Michoacán: Alcances y retos”, en GÓMEZ GALLARDO, Perla (coord.), *Derecho de la información, reflexiones contemporáneas*, México, Jus, 2012.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela, “Límites en el acceso y uso de la información de la base de datos de la Administración Tributaria (Caso México)”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho tributario. Algunos casos de derecho comparado entre España y México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- _____, *Control de proporcionalidad en el derecho tributario mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Legalidad del secreto fiscal hasta por doce años*, México, SCJN, 2015.
- TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen, “Estudio monográfico de ingresos estatales por sujeción a tributo”, en ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo y AGUIRRE

MORENO, Judith (coords.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos XIV*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

_____, “Sistema nacional de coordinación fiscal en la entidad veracruzana (2007-2010)”, en HUERTA LARA, María del Rosario y BERLÍN VALENZUELA, Francisco (coords.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos XII*, México, Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

VALENCIA CARMONA, Salvador, “La Constitución de Veracruz y su contexto contemporáneo”, en MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen, GIDI VILLAREAL, Emilio de Jesús, y VALENCIA CARMONA, Salvador (coords.), *Veracruz. Historia de las Instituciones Jurídicas*, México, UNAM-Senado de la República, 2010.

b) Hemerografía

DURÁN PADILLA, José Arturo, “Secreto y transparencia: relaciones y tensiones en la web”, *Universos Jurídicos*, México, año 3, núm. 4, mayo-octubre, 2015.

c) Legisgrafía

CÓDIGO FINANCIERO PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, última reforma publicada en la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz-Llave, el 30 de diciembre de 2014, consultado el 31 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/FINANCIERO301214.pdf>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, última reforma publicada en la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional del Estado de Veracruz-Llave, el 23 de noviembre de 2017, consultada el 31 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.uv.mx/legislacion/files/2017/12/CONSTITUCION231117.pdf>

LEY NÚMERO 875 DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, última reforma publicada en la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave el 19 de diciembre de 2017, consultada el 31 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.iva.org.mx/wp-content/uploads/Ley-875.pdf>

d) Criterios Jurisprudenciales

TESIS AISLADA 1a. CVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, t. 1

Alcances sancionatorios en materia de transparencia y acceso a la información para los partidos políticos*

Leda Coral Castro**

RESUMEN: En México aún no se permite con libertad a los ciudadanos analizar, juzgar y evaluar a sus representantes y servidores públicos y, en el centro de este problema, los partidos políticos y la transparencia juegan un papel fundamental. El desarrollo del acceso a la información en los partidos políticos ha sido lento, primero tuvo que ser exigible a través de tribunales electorales y después a través del órgano electoral.

Actualmente son sujetos obligados por las normas de transparencia, lo cual implica que deben crear su Unidad de Transparencia responsable del trámite y seguimiento a las solicitudes de información, así como de crear un Comité de Transparencia que coordine las acciones para clasificar la información reservada y confidencial, confirmar la inexistencia de información y de proteger la información personal.

En el caso que se presenta, se describe la facultad del Instituto Nacional Electoral (INE) para sancionar a los partidos políticos en materia de transparencia ante la resistencia en la entrega de la información a los ciudadanos.

Lo anterior, presupone dejar a la discrecionalidad del órgano electoral el juzgar una conducta infractora al margen

ABSTRACT: Citizens are not yet freely allowed to analyze, judge and evaluate their representatives and public servants in Mexico. At the center of this issue, political parties and transparency play a fundamental role. Information access development in political parties has been slow, due to the fact that it had to be demanded through electoral courts, then through the electoral authority and today, political parties are directly liable subjects by the rules of transparency. These arguments imply that political parties must create their Transparency Units, accountable for the processing and monitoring of information requests. They must also create a Transparency Committee that coordinates the security of private information, confirms nonexistence and protects personal information. However, there is still reluctance to publish their information in their transparency websites and in the delivery of information to citizens. In the case at hand, one can additionally notice that derived from apparent non-compliance, the National Electoral Institute (INE) possesses the punitive attribute, as opposed to the National Transparency Access Institute (INAI).

* Artículo recibido el 3 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de diciembre de 2018.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana con especialidad en Justicia Electoral por el Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación. Actualmente es Coordinadora de Transparencia en el H. Ayuntamiento de Xalapa, Veracruz.

sólo de su normativa, cuando el estudio de la acción u omisión de los partidos políticos no sólo transgrede la ley electoral, sino también el ejercicio del derecho fundamental del ciudadano de acceder a la información pública.

Palabras claves: Partidos políticos, transparencia, solicitud de acceso a la información, régimen sancionador, recursos públicos.

This presupposes to allow the electoral referee to judge an offending conduct that is outside its jurisdiction. Therefore, without judging prematurely, political parties' actions or omissions not only trespass electoral law, but also the fundamental right of citizens to access public information.

Keywords: Political parties, transparency, information requests, the punitive attribute, public resources

SUMARIO: Introducción. 1. La regulación de los Partidos Políticos como sujetos obligados en materia de transparencia. 2. Caso de estudio. 3. La competencia del Instituto Nacional Electoral para sancionar el incumplimiento de los partidos políticos en materia de transparencia. Conclusión. Fuentes de consulta.

Introducción

La exigencia social de Transparencia en los Partidos Políticos, de conocer la fiscalización de sus recursos y el financiamiento, así como de sus decisiones internas y, la selección de candidatos y dirigentes ha tenido que pasar múltiples cambios normativos y constitucionales para que hoy los ciudadanos sean vigilantes en los procesos electorales, sobre uno de sus principales protagonistas. Fue hasta el año 2000 que derivado de la presentación de diversas quejas y denuncias por presunto financiamiento ilícito en la elección presidencial (“Pemexgate” y “Amigos de Fox”) que trajo consigo que en el 2002, el Consejo General del IFE resolviera difundir públicamente, junto con los dictámenes y las resoluciones de fiscalización de los partidos políticos, las listas de aportaciones de los simpatizantes.

En ese contexto surgen diversas reformas normativas en materia de transparencia, en la Ley Electoral se estableció un capítulo de información que los partidos estaban obligados a publicar y, el producto más significativo de la lucha social por la transparencia en nuestro país de aquella época, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002, en la que se estableció que órgano nacional en material electoral tenía la obligación de transparentar la información de los partidos políticos. Actualmente con la reforma de 2014, los partidos políticos forman parte del catálogo sujetos obligados por la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información.

Desde su definición constitucional, los partidos políticos tiene como fin el promover la participación del pueblo en la vida democrática, en razón de ello es que deben asumir compromisos para garantizar el derecho a saber del ciudadano sobre sus actividades, toma de decisiones y del ejercicio del recurso público que reciban. La normativa y la institucionalidad democrática sí prescriben una serie de obligaciones en materia de transparencia a los partidos políticos que, en sí mismos, es un avance. De acuerdo con los artículos 1 y 9 de la Ley Federal de Transparencia

Alcances sancionatorios en materia de transparencia y acceso a la información para los partidos políticos

y Acceso a la Información Pública (LFTAIP) los Partidos Políticos Nacionales son Sujetos Obligados por dicha Ley; y dentro del procedimiento de acceso a la información se establece que la Unidad de Transparencia es el vínculo entre el sujeto obligado y el solicitante, ya que es la responsable de hacer las notificaciones y de llevar a cabo todas las gestiones necesarias al interior del sujeto obligado a fin de facilitar el acceso a la información a la ciudadanía (fracciones IV y V del artículo 61 de la misma Ley).

En razón de lo anterior, los partidos políticos como sujeto obligado tanto en materia electoral como de transparencia deben organizar su funcionamiento interno de manera que entre sus órganos exista una responsable de garantizar el ejercicio de acceso a la información, la cual si bien pudieran estar creadas, a la fecha, el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI) sigue advirtiendo retrasos en la publicación de su información.¹ Así mismo, ha venido resolviendo diversas inconformidades planteadas por ciudadanos mediante el Recurso de Revisión, en el cual se ordena al Partido a entregar y/o modificar la respuesta a una solicitud de información.² Por su parte, en el tema de la determinación de las sanciones en materia de transparencia, la normas de la materia indican que le corresponde al Instituto Nacional Electoral (INE) el estudio de las conductas irregulares a través del Procedimiento Ordinario Sancionador, de ahí que sostengo que al trasladar esa facultad sancionadora al órgano electoral se desvirtúe el espíritu de garantizar el derecho humano a la información con la imposición de sanciones irrisorias a entidades de interés público pagadas con dinero público. Ello es así, por que la autoridad electoral durante el Procedimiento Ordinario Sancionador aplica su régimen de sanciones, en el cual no se ha considerado como grave la conducta omisa de no dar trámite en los plazos legales a una solicitud de información, cuando constitucionalmente se trata de la transgresión a un Derecho Fundamental, por lo que se expone en este texto, una análisis funcional y sistemático en donde las normas electorales sí convergen con las normas de transparencia.

Lo anterior encuentra sustento normativo en la Ley General de Partidos Políticos (LGPP) en sus artículos 25 inciso t) y 27 al 33 (Capítulo IV), los que establecen que es una obligación de los Partidos el cumplir con las disposiciones previstas por la legislación en materia de transparencia y acceso a la información, desarrollando en el Capítulo IV la misma Ley, las obligaciones a las que están sujetos, así como también que el régimen sancionador que debe aplicarse ante su incumplimiento, al señalar que, sin perjuicio de las sanciones establecidas para los partidos políticos en la Ley General Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE), deben ser sancionados en los términos que establece la ley federal en materia de transparencia.

¹ Reporta el INAI rezago de partidos en materia de transparencia. <http://www.jornada.com.mx/2018/04/08/politica/009n1pol>

² <https://www.eleconomista.com.mx/politica/INAI-impone-54-resoluciones-a-partidos-20170101-0079.html>

En ese sentido, el Pleno del INAI da vista al INE, ya que esa autoridad nacional en materia de transparencia no es competente para conocer de las infracciones cometidas por los partidos políticos en tanto que esa facultad sancionadora en materia de transparencia hacia los partidos políticos le corresponde al INE, así lo dispone el artículo 187 de la LFTAIP.

1. La regulación de los Partidos Políticos como sujetos obligados en materia de transparencia

Con la emisión de la LGTAIP se amplió el catálogo de sujetos obligados, incluyendo entre ellos a los partidos políticos, puesto que antes de la reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia, sólo algunas legislaciones estatales daban esa calidad a los partidos políticos con registro en las entidades federativas. Por su parte, las obligaciones de transparencia establecidas en la norma electoral para los partidos políticos, eran atendidas a través del Instituto Federal Electoral quien –conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental entonces vigente–, era el sujeto obligado.³

Derivado de esa reforma constitucional, surgió en 2015 la LGTAIP como marco regulatorio nacional para los órganos garantes (el INAI y los locales) a fin de homologar las reglas en materia de transparencia y acceso a la información en todo el país, y, subsecuentemente, en 2016, surgió la LFTAIP para regular el ámbito federal estableciendo para esos sujetos obligados (entre ellos a los Partidos con registro nacional) como órgano garante el INAI. Por ello, que de la imposición de sanciones el INAI de vista al INE con fundamento en la nueva LFTAIP.

Con base en lo anterior, los partidos políticos son sujetos obligado a través de su Titular de la Unidad de Transparencia:

1. Titular de la Unidad de Transparencia es el encargado de recibir y dar trámite a las solicitudes de acceso a la información, realizar los trámites internos necesarios para la atención de dichas solicitudes y de efectuar las notificaciones a los solicitantes, así como de informar sobre el cumplimiento de las resoluciones ordenadas por el INAI, es el vínculo directo del Partido Político con el solicitante.

2. El artículo 174 de la LFTAIP, establece que INAI, en el ámbito de su competencia puede imponer una medida de apremio al servidor público encargado de cumplir con la resolución o a los miembros de los sindicatos, partidos o las personas físicas o morales para asegurar el cumplimiento de sus determinaciones.

Sin embargo debe dar vista al INE, porque no es competente para conocer de las infracciones cometidas por los partidos políticos.

³ **Artículo 61 y Artículo 11**, “Cualquier ciudadano podrá solicitar al Instituto Federal Electoral, la información relativa al uso de los recursos públicos que reciban los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales”.

3. Las sanciones establecidas en las leyes electorales para los partidos políticos, derivada de un incumplimiento a un plazo para dar respuesta a una solicitud de información, el INAI pudo haber señalado que conforme a la LFTAIP, por resultar del incumplimiento de las obligaciones de un miembro del partido político, esto es, del Titular de la Unidad de Transparencia, el sujeto infractor de la conducta es éste, más aún cuando la misma norma en materia de transparencia establece en su artículo 188, que en los casos en que se trate de infractores con calidad de servidores públicos debe remitir a la autoridad competente –en este caso el INE–, la documentación con todos los elementos en que se sustente la presunta responsabilidad; y si fuera el caso que el infractor no tuviere la calidad de servidor público, el artículo 190 establece que corresponde al mismo INAI, conocer y desahogar el procedimiento sancionatorio correspondiente.⁴

Es entonces que, las resoluciones del INAI que dan vista al INE, se observe que esa autoridad de transparencia no es competente para atender las presuntas infracciones de los partidos políticos obligados a dar acceso a la información, puesto que los artículos 187 y 193 de la citada ley, limita a esta autoridad de transparencia para imponer sanciones a los partidos políticos.⁵

2. Caso de estudio

El 14 de octubre de 2016 la Directora General de Atención al Pleno del INAI dio vista al Secretario Ejecutivo del INE de la posible infracción por la entrega extemporánea de información a una solicitud de información que le fue formulada al PRD, vista que a la letra dice:

⁴ Artículo 188. En aquellos casos en que el presunto infractor tenga la calidad de servidor público, el Instituto deberá remitir al Órgano Interno de Control de la autoridad competente, la documentación necesaria con todos los elementos que sustenten la presunta responsabilidad administrativa.

Artículo 190. Cuando se trate de presuntos infractores de sujetos obligados, que no cuenten con la calidad de servidor público, el Instituto será la autoridad facultada para conocer y desahogar el procedimiento sancionatorio conforme a la Ley General y esta Ley.

⁵ Artículo 187. Ante incumplimientos en materia de transparencia y acceso a la información por parte de los partidos políticos, el Instituto dará vista al Instituto Nacional Electoral, para que resuelva lo conducente, sin perjuicio de las sanciones establecidas para los partidos políticos en las leyes aplicables.

Artículo 193. Las infracciones a lo previsto en la presente Ley y en la Ley General por parte de sujetos obligados que no cuenten con la calidad de servidor público ni sean partidos políticos, serán sancionadas por el Instituto de conformidad con lo dispuesto en este Capítulo.

TERCERO. Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 160⁶ y 186, Fracción II⁷ de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dese (sic) vista al Instituto Nacional Electoral con el propósito de que inicie una investigación correspondiente y determine lo que en derecho corresponda respecto de la irregularidad expuesta en la parte final del Considerando Cuarto del presente fallo.

En razón de lo anterior, el 18 de octubre de 2016, la Dirección de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del INE, remitió a la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral las constancias derivadas de la vista del INAI, de manera que el 24 de octubre de 2016, se registró el Procedimiento Ordinario Sancionador UT/SCG/Q/INAI/CG/51/2016, se admitió y se emplazó al partido denunciado, mismo que contestó el 9 de noviembre de ese año a través de su representante ante el Consejo General del INE.

La información que se le solicitó a dicho Partido fue: *Los montos de financiamiento público otorgado mensualmente a sus órganos nacionales, estatales y municipales, así como los descuentos correspondientes a sanciones del Partido de la Revolución Democrática (PRD).*

Datos relevantes del procedimiento de acceso a la información

Fecha de presentación de la solicitud de información	Fecha de la respuesta el PRD	Tiempo de respuesta
13 de junio de 2016	5 de agosto de 2016 (La fecha en que debió dar respuesta era: 11 de julio de 2016)	39 días (El plazo máximo era de 20 días hábiles)
Fecha de presentación del Recurso de Revisión	Fecha de la resolución del Recurso de Revisión	
5 de agosto de 2016	7 de septiembre de 2016	

En la resolución del Procedimiento Ordinario Sancionador se determinó que la conducta del PRD, al dar respuesta fuera de los plazos legales establecidos para contestar una solicitud de información, violó la normativa electoral por las

⁶ Artículo 160. Cuando el Instituto determine durante la sustanciación del recurso de revisión que pudo haberse incurrido en una probable responsabilidad por el incumplimiento a las obligaciones previstas en esta Ley y las demás disposiciones aplicables en la materia, deberán hacerlo del conocimiento del Órgano Interno de Control o de la instancia competente para que ésta inicie, en su caso, el procedimiento de responsabilidad respectivo.

⁷ Artículo 186. Serán causas de sanción por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la materia de la presente Ley, de conformidad con el Capítulo II del Título Noveno de la Ley General, las siguientes conductas:

(...)

II. Actuar con negligencia, dolo o mala fe durante la sustanciación de las solicitudes en materia de acceso a la información o bien, al no difundir la información relativa a las obligaciones de transparencia previstas en la presente Ley;

siguientes razones:

1. La normatividad en materia de transparencia le otorga competencia al INE para conocer sobre las infracciones que en relación a ello, cometan los partidos políticos, toda vez que la LGIPE y LGPP, lo señala como sujetos obligados a cumplir las disposiciones que en materia de transparencia y acceso a la información, ahí se establecen.
2. En la sustanciación del Recurso de Revisión RRA 1090/2016 ante el INAI, como en las constancias que obran en la resolución que se presenta, se acreditó la extemporaneidad de la respuesta que el PRD entregó al solicitante, extemporaneidad que a su decir, se tuvo por causa de la complejidad de la solicitud planteada, manifestando que tuvo que “recorrer a diversas instancias del partido” (sin ofrecer evidencia de haberlo hecho), ocasionando el retraso en la entrega de lo solicitado. Sin acreditar tampoco, porque aun cuando pudo ampliar el plazo por 10 días más no lo hizo, luego que el exceso en la dilación fue de 19 días; y
3. En relación con el contenido de la respuesta dada por el PRD, el INAI resolvió que el solicitante, al sólo controvertir el hecho de la extemporaneidad, tácitamente aceptó que la información entregada, si correspondió a lo solicitado. Siendo entonces sólo materia de la resolución del INE, la violación al artículo 443, fracciones a) y k) de la LGIPE y, 27 y 28 numeral 1, 2 y 3 de la LGPP en correlación con el 160, 186 fracciones I y III de la LFTAIP, disposiciones referentes al “incumplimiento de obligaciones, en especial las de transparencia.”⁸

⁸ **Ley General Instituciones y Procedimientos Electorales**

Artículo 443. 1. Constituyen infracciones de los partidos políticos a la presente Ley:

a) El incumplimiento de las obligaciones señaladas en la Ley General de Partidos Políticos y demás disposiciones aplicables de esta Ley;

(...)

k) El incumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente Ley en materia de transparencia y acceso a la información;

Ley General de Partidos Políticos

Artículo 27.

1. Las disposiciones del presente Capítulo son de carácter obligatorio para los partidos políticos sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de transparencia.

Artículo 28.

1. Toda persona tiene derecho a acceder a la información de los partidos políticos de conformidad con las normas previstas en este Capítulo y en la legislación en materia de transparencia y acceso a la información. El organismo autónomo garante en materia de transparencia tendrá competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales en posesión de los partidos políticos.

2. Las personas accederán a la información de los partidos políticos de manera directa, en los términos que disponga la ley a que se refiere el artículo 60. constitucional en materia de transparencia.

3. La legislación de la materia establecerá los órganos, formatos, procedimientos y plazos para desahogar las solicitudes que se presenten sobre la información de los partidos políticos.

En consecuencia, en la resolución se determinó que la conducta del PRD es de gravedad leve y culposa, por considerar que la pretensión del solicitante sobre la entrega de la información se vio colmada con el contenido de la respuesta, sin que se le causara un daño por la extemporaneidad en la entrega de la misma. Sirviendo de antecedente, lo dictado en el INE/CG458/2016 al resolver los procedimientos ordinarios sancionadores UT/SCG/CG/179/2015 y UT/SCG/CG/3/2016 en los que también quedó acredita la conducta infractora del mismo Partido (PRD) por responder también de manera extemporánea a otras dos solicitudes de información.

En ese sentido, la resolución dictada por el INE fue imponer al PRD una sanción de \$8, 937.18 (118.39 UMAS), deducible de su ministración mensual.

3. La competencia del INE para sancionar el incumplimiento de los partidos en materia de transparencia y acceso a la información

De acuerdo a la LGPP los Partidos Políticos deben cumplir con las obligaciones que la legislación en materia de transparencia y acceso a la información les impone⁹ y, en ese sentido, contempla en su capítulo IV las obligaciones a las que están sujetos, así como el régimen sancionador ante su incumplimiento. Es decir, sin perjuicio de las sanciones establecidas para los partidos políticos en la LGIPE,¹⁰ deben ser sancionados en los términos que establece la ley en materia de transparencia.

En correlación con lo anterior, esta facultad sancionadora del INE en materia de transparencia hacia los partidos políticos está reconocida en los artículos 209¹¹ y 187⁶ de la Ley General y Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Artículo 160. Cuando el Instituto determine durante la sustanciación del recurso de revisión que pudo haberse incurrido en una probable responsabilidad por el incumplimiento a las obligaciones previstas en esta Ley y las demás disposiciones aplicables en la materia, deberán hacerlo del conocimiento del Órgano Interno de Control o de la instancia competente para que ésta inicie, en su caso, el procedimiento de responsabilidad respectivo.

Artículo 186. Serán causas de sanción por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la materia de la presente Ley, de conformidad con el Capítulo II del Título Noveno de la Ley General, las siguientes conductas:

I. La falta de respuesta a las solicitudes de información en los plazos señalados en la normatividad aplicable;

II. Actuar con negligencia, dolo o mala fe durante la sustanciación de las solicitudes en materia de acceso a la información o bien, al no difundir la información relativa a las obligaciones de transparencia previstas en la presente Ley;

III. Incumplir los plazos de atención previstos en la presente Ley;

(...).

⁹ Artículos del 27 al 33 de la LGPP.

¹⁰ Artículo 443, numeral 1, inciso k) de la LGIPE.

¹¹ Artículo 209. Ante incumplimientos en materia de transparencia y acceso a la información por parte de los partidos políticos, el Instituto u organismo garante competente dará vista, según corresponda, al Instituto Nacional Electoral o a los organismos públicos locales electorales de las Entidades Federativas competentes, para que resuelvan lo conducente, sin perjuicio de las sanciones establecidas para los partidos políticos en las leyes aplicables.

Alcances sancionatorios en materia de transparencia y acceso a la información para los partidos políticos

Por lo anterior, el análisis en la resolución, el INE debió centrarse en la conducta del infractor que motivó la vista del INAI y no sólo en la conclusión a la que llegó el órgano garante respecto de la dilación en la entrega de la información. Los artículos 160 y 186, fracción II¹² de la Ley Federal de Transparencia LFTAIP, en los que el INAI fundamenta el motivo de su vista, se puede interpretar en el sentido de que solicita que la investigación que realice el INE se encamine a determinar que la conducta realizada por PRD, al incumplir con los plazos legales establecidos para la entrega de la información a un particular, pudo ser por la negligencia, dolo o mala fe en la sustanciación del trámite de la solicitud y, por lo tanto haber incurrido en una probable responsabilidad por el incumplimiento a las obligaciones previstas en el artículo 186 fracciones I y III¹³ de la Ley de referencia, es decir, la entrega extemporánea de la información.

En ese sentido, debe considerarse no sólo al partido político como presunto infractor de la conducta, sino también al Titular de la Unidad de Transparencia del PRD, toda vez que con claridad en la ley de la materia (véase artículos 61, 122 y 133 de la LFTAIP)¹⁴ y en los estatutos del partido¹⁵ están establecidas sus obligaciones que en el procedimiento de acceso a la información debe regir su actuar, y que de ningún modo, satisface su respuesta con la sola manifestación del representante del partido político ante INE, sobre que la entrega extemporánea de la respuesta a una

¹² Véase Nota al pie núm. 3.

¹³ Ídem.

¹⁴ Artículo 61. Los sujetos obligados designarán al responsable de la Unidad de Transparencia que tendrá las siguientes funciones:

II. Recibir y dar trámite a las solicitudes de acceso a la información;

IV. Realizar los trámites internos necesarios para la atención de las solicitudes de acceso a la información;

V. Efectuar las notificaciones a los solicitantes;

VI. Proponer al Comité de Transparencia los procedimientos internos que aseguren la mayor eficiencia en la gestión de las solicitudes de acceso a la información conforme a la normatividad aplicable;

VII. Proponer personal habilitado que sea necesario para recibir y dar trámite a las solicitudes de acceso a la información;

XI. Hacer del conocimiento de la instancia competente la probable responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y en las demás disposiciones aplicables.

Artículo 122. Las Unidades de Transparencia de los sujetos obligados deberán garantizar las medidas y condiciones de accesibilidad para que toda persona pueda ejercer el derecho de acceso a la información, mediante solicitudes de información y deberá apoyar al solicitante en la elaboración de las mismas, de conformidad con las bases establecidas en el presente Título.

Artículo 133. Las Unidades de Transparencia deberán garantizar que las solicitudes se turnen a todas las Áreas competentes que cuenten con la información o deban tenerla de acuerdo a sus facultades, competencias y funciones, con el objeto de que realicen una búsqueda exhaustiva y razonable de la información solicitada.

¹⁵ **Artículo 2, párrafo tercero** de los **Estatutos del PRD**, consultable en: <http://www.prd.org.mx/portal/documentos/basicos/ESTATUTO.pdf>

solicitud de información a su decir, se debió a la complejidad de la petición, sin haber demostrado que el órgano responsable realizó una búsqueda exhaustiva en los archivos de ese sujeto obligado, ni el haber solicitado la ampliación de plazo legal a su Comité de Transparencia, motivos que expresó el representante del partido.

Por lo anterior, se considera que el INE debió, a través de la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral hacer lo siguiente:

a) Emplazar al órgano de partido responsable

Sin contravenir con lo dispuesto en la Ley electoral, por conducto del representante del PRD ante el INE, se debe llamar al procedimiento al titular de la Unidad de Transparencia y al Comité de Transparencia, que de acuerdo con sus estatutos vigentes, son los órganos encargados de vigilar y garantizar el debido cumplimiento de acceso a la información y protección de datos al interior del Partido, para lo cual debe llevar a cabo las acciones y gestiones necesarias para entregar o poner a disposición la información de interés público que se encuentre en poder del Partido.

b) Acreditar, no sólo la entrega extemporánea de la información, sino también la negligencia, dolo o mala fe que lo provocó, al no haber agotado las instancias del partido, el haber acreditado búsqueda exhaustiva de la información, ni haber demostrado la razón de su dicho sobre que la solicitud resultaba compleja, ni de haber solicitado la ampliación del plazo para dar respuesta a la solicitud de información, de ahí que sostengo que la UTCE no realizó una investigación integral al caso de estudio.

La conducta extemporánea la tiene acreditada el INAI desde el momento que da la vista al INE, por lo que resulta innecesario que en la investigación se indague sobre algo ya probado y aceptado por el sujeto infractor. De manera que lo que se tiene que probar es, sí el órgano responsable de la entrega de la información realizó las providencias necesarias para dar cumplimiento a la solicitud, cuando estaba obligado a hacerlo, que en el caso no se observa que se haya realizado.

Aunado a lo anterior, la sanción que se debe imponer al órgano responsable del partido no debe ser pagada con recursos públicos. Cabe precisar que si bien es cierto, los partidos políticos, son entidades de interés público, cuyo financiamiento se compone tanto de recursos públicos como privados, de acuerdo a la imposición de su sanción la misma LGIPE prevé que las sanciones que se paguen deben ser de su financiamiento público. De ahí que la norma en materia de transparencia establezca que no sea un costo público, las transgresiones al derecho humano que tutela, sino que el infractor con o sin calidad de servidor público sea quien las pague.

Por ello que la investigación debió centrarse a estudiar que de la violación a los preceptos señalados en el artículo 186 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia, el INE puede allegarse del régimen sancionador por el incumplimiento en materia de transparencia y, que su esencia viene a sancionar la

violación al derecho fundamental de acceso a la información y, que no es infracción administrativa como el órgano electoral lo asume en su resolución, determinando una sanción irrisoria pagada con recursos públicos.

En ese sentido y, toda vez que de una interpretación sistemática y funcional como se ha expuesto, se podría determinar que se sancione y se inhíba la reiteración de las conductas omisivas y dolosas en materia de transparencia cometidas por los partidos políticos, si existiera voluntad política y social de quienes deciden en el Consejo General del INE puesto que, sí es posible que esa autoridad adopte el régimen sancionador de la materia que transgrede el sujeto infractor:

Artículo 202. Las infracciones a lo previsto en la presente Ley por parte de sujetos obligados que no cuenten con la calidad de servidor público, de conformidad con lo establecido en el Capítulo II del Título Noveno de la Ley General, serán sancionadas con:

I. El apercibimiento, por única ocasión, para que el sujeto obligado cumpla su obligación de manera inmediata, en los términos previstos en esta Ley, tratándose de los supuestos previstos en las fracciones I, III, V, VI y X del artículo 186 de esta Ley. Si una vez hecho el apercibimiento no se cumple de manera inmediata con la obligación, en los términos previstos en esta Ley, tratándose de los supuestos mencionados en esta fracción, se aplicará multa de ciento cincuenta a doscientos cincuenta veces la Unidad de Medida y Actualización;

II. Multa de doscientos cincuenta a ochocientas veces la Unidad de Medida y Actualización, en los casos previstos en las fracciones II y IV del artículo 186 de esta Ley, y

Así mismo, el párrafo final del artículo 186 de la Ley Federal de Transparencia establece que:

Las sanciones de carácter económico no podrán ser cubiertas con recursos públicos.

Las responsabilidades que resulten de los procedimientos administrativos correspondientes derivados de la violación a lo dispuesto por este artículo, son independientes de las del orden civil, penal o de cualquier otro tipo que se puedan derivar de los mismos hechos.

Dichas responsabilidades se determinarán, en forma autónoma, a través de los procedimientos previstos en las leyes aplicables y las sanciones que, en su caso, se impongan por las autoridades competentes, también se ejecutarán de manera independiente.

El Instituto podrá denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto u omisión violatoria de la Ley General o de esta Ley y aportar las pruebas que consideren pertinentes a las autoridades correspondientes, en los términos de las leyes aplicables.

Conclusión

El INE sí tendría competencia para iniciar un procedimiento ordinario sancionador para investigar el incumplimiento de un órgano partidario responsable de no atender un plazo legal establecido para dar respuesta a una solicitud de información, conforme a dicho régimen especializado de la materia, los presuntos infractores en el caso son: a) el Partido Político y b) el Titular de la Unidad de Transparencia y/o quien resulte responsable. El primero por ser el sujeto obligado y el segundo por ser el responsable en el procedimiento de acceso a la información.

Eso es así, puesto que la norma en materia de transparencia establece que ante los incumplimientos de sus atribuciones, los infractores pueden tener la calidad de servidores públicos o no y además existe un procedimiento de responsabilidad para los infractores que no tienen la calidad de servidores públicos. Y tratándose, como

ya se mencionó, de partidos políticos, el INAI no tiene competencia, en ese sentido corresponde este INE el adoptar el régimen sancionador que establece la LFTAIP.

Por ello, de acuerdo a los artículos 160 y 186, fracción II de la LFTAIP, en los que el INAI fundamenta el motivo de su vista, esa autoridad electoral debe realizar una investigación encaminada a determinar que la conducta realizada por PRD y su titular de la unidad de transparencia (y o quien resulta responsable), al incumplir con los plazos legales establecidos para la entrega de la información a un particular, pudo ser por la negligencia, dolo o mala fe en la sustanciación del trámite de la solicitud y por lo tanto haber incurrido en una probable responsabilidad por el incumplimiento a las obligaciones previstas en el artículo 186 fracciones I y III de la Ley de referencia, es decir, la entrega extemporánea de la información.

En esa lógica, es que debe considerarse no sólo al partido político, como presunto infractor de la conducta, sino también al Titular de la Unidad de Transparencia del PRD o quien resulte responsable, toda vez que con claridad en la ley de la materia y en los estatutos del partido, están establecidas sus obligaciones que en el procedimiento de acceso a la información debe regir su actuar, y que de ningún modo, satisface su respuesta con la sola manifestación del representante del partido político ante INE sobre que, la entrega extemporánea de la respuesta a una solicitud de información se debió a la complejidad de la petición, sin haber demostrado que el órgano responsable realizó una búsqueda exhaustiva en los archivos de ese sujeto obligado.

En ese sentido, si de la investigación se determina la violación a los preceptos señalados en el artículo 186 fracciones I y II de la LFTAIP, el INE puede alegarse del régimen sancionador establecido en esa norma, puesto que la determinación de la responsabilidad del infractor, recae sobre aquella persona que no tiene la calidad de servidor público, así como, que la sanción a imponer, no se pague con recursos públicos del partido político.

Ello, sin soslayar al partido político como responsable indirecto toda vez que el sujeto obligado es él, luego entonces, sin prejuzgar sobre el resultado de la investigación, se tendría que sancionar al partido político y al titular de la Unidad de Transparencia por ser responsables de la extemporaneidad en la entrega de información.

En conclusión, la autoridad electoral debe contribuir de manera conjunta con la ciudadanía a frenar la crisis de legitimidad que tiene los partidos políticos, para que éstos contribuyan al derecho a saber de la ciudadanía de los asuntos públicos, pues la información y su transmisión a la sociedad, sobre todo cuando ésta es de interés público debe ser garantizada por el Estado (Artículo 6 Constitucional).

Así mismo, esa dicotomía irreconciliable entre la satisfacción de las necesidades económicas y el ejercicio de los derechos políticos y sociales, resulta para el ciudadano una carga económica considerable por lo que de ninguna manera la negligencia, dolo o mala fé en el actuar de quien ejerce recursos de origen público debe negar, soslayar o retrasar el ejercicio del derecho humano a la información, de

ahí que la esencia de la norma de transparencia presupone sanciones económicas que no se paguen con recursos públicos, ya que la imposición de las mismas no resultarían ejemplares o en su caso no lograría inhibir el incumplimiento de la normativa de transparencia de los partidos políticos y por ende, garantizar el ejercicio ciudadano del derecho a la información.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

FERNÁNDEZ Santillán, José, "Partidos políticos, Transparencia y Rendición de Cuentas", Ed. UNAM, México 2013.

PESCHARD, Jaqueline, Coord. Hacia el Sistema Nacional de Transparencia, IIJ UNAM, Serie Doctrina Jurídica número 752, México 2016.

SARTORI, Giovanni, Partidos y sistemas de partidos, Madrid, Alianza, 1997.

Legislación

Ley General de Partidos Políticos

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Facultades extraordinarias del Ejecutivo Federal para restringir o suspender el ejercicio de derechos y las garantías*

Esperanza Sandoval Pérez**

RESUMEN: El objeto de estudio son los conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Federal, que concede facultades extraordinarias al Presidente de la República para emitir el decreto mediante el cual se restringe o suspende el ejercicio de derechos y las garantías en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro, que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. La expresión cualquier otro caso, encaja en la categoría de indiferentes jurídicos al abarcar todo acontecimiento que persiga el mismo fin y que conduzca a determinar su procedencia.

Palabras clave: Indiferentes jurídicos, restricción de derechos, suspensión de garantías, paz pública y perturbación grave.

ABSTRACT: The object of study are indeterminate juridical concepts in accordance with the provisions of Article 29 of the Federal Constitution, which grants extraordinary powers to the President of the Republic to issue the decree by which the exercise of rights and guarantees is restricted or suspended in cases of invasion, serious disturbance of the public peace or any other, that puts society in grave danger or conflict. The expression any other case, fits into the category of indifferent juridical, to cover any event that pursues the same purpose and that leads to determine its origin.

Keywords: Indifferent juridical, restriction of rights, suspension of guarantees, public peace and serious disturbance.

SUMARIO. Introducción; 1. Suspensión y restricción del ejercicio de derechos y las garantías; 2. Conceptos jurídicos indeterminados; 3. Marco legislativo aplicable; 4. Procedimiento para emisión del Decreto; 5. Revisión oficiosa; Reflexiones finales; y, Fuentes de consulta.

Introducción

* Artículo recibido el 6 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 8 de octubre de 2018.

** Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho. Maestría en Ciencias Penales y Doctorado en Derecho Público grados obtenidos con Mención Honorífica. Con Especialidad en Derecho Penal por el Instituto de Iberoamérica y Portugal de Salamanca España. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1 y Profesor PROMEP. Estancias académicas en las Universidades de Granada y en Sevilla, España.

La Constitución Federal en el artículo 49, dispone la división del Supremo Poder de la Federación y no podrá reunirse dos o más de los poderes públicos en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto por el artículo 29. Esto es, para restringir o suspender el ejercicio de derechos y las garantías, en casos de invasión o perturbación grave de la paz pública o de *cualquier otro* que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos (junio, 2011), al trascender en el contenido de dicho precepto adiciona un segundo párrafo que contiene disposición expresa sobre el ejercicio de los derechos que no podrán ser objeto de restricción o suspensión. Se considera relevante y trascendente ocuparse hoy del estudio del citado numeral y de manera, específicamente de la expresión *cualquier otro* que encaja perfectamente en la categoría de indiferentes jurídicos.

Si bien la norma constitucional alude en forma imprecisa a estos conceptos que comprende toda situación que coloque a la sociedad en riesgo; al ser analizada -en el margen de la discrecionalidad- para determinar si es suficiente para decretar la restricción o suspensión, podrían ser manipulados y llevar a una actuación arbitraria.

En cuanto a la estructura metodológica primero, se analiza la facultad extraordinaria del Ejecutivo Federal en términos de lo dispuesto por el artículo 29; después es necesario aproximarse a los conceptos jurídicos indeterminados y posteriormente exponer el marco legislativo aplicable al tema. Enseguida se examina el procedimiento la emisión del decreto correspondiente y por último se explica la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para revisar el decreto presidencial. Se concluye y citan las fuentes de información.

1. Suspensión y restricción del ejercicio de derechos y las garantías

A partir de la vigencia del Decreto de reforma constitucional del 10 de junio de 2011, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución Federal establece en el artículo 29; ordenando en el Transitorio Cuarto que el Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria en materia de suspensión del ejercicio de derechos y las garantías en un plazo máximo de un año a partir de la vigencia del citado decreto.

La Constitución Federal concede facultades extraordinarias al Presidente de la Republica para restringir (limitar) o suspender (interrumpir) el ejercicio de derechos y las garantías en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o *cualquier otro*, que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, esta última expresión encaja perfectamente en la categoría *indiferentes jurídicos* que abarca todo hecho

futuro que persiga el mismo fin. Se trata de una situación jurídica necesaria para que la actividad gubernativa de emergencia pueda válidamente desarrollarse y enfrentar dicha situación.¹

El antecedente de esta facultad se encuentra en la *dictadura romana* que surgió como una magistratura de excepción por las continuas guerras en que Roma participaba, obligando a los Cónsules a delegar parte de sus facultades a un Dictador confiriendo facultades ilimitadas -por un tiempo no mayor a seis meses- para enfrentar situaciones de crisis nacional que ponen en juego la existencia de Roma.²

Tito Livio refiere que *Lucio Quincio Cincinnato* -patricio, cónsul, general y dictador romano- por orden del Senado, proclamó la suspensión de los negocios, manda que se cierren las tiendas de la ciudad, prohíbe que nadie se ocupe de asuntos particulares, ordena a cuantos puedan servir que se presenten armados con la finalidad de salvar al ejército cercado en los alrededores del Monte Álgido, logrando su objetivo en solo 16 días, renuncia a la dictadura que le había sido conferida para un periodo de seis meses.³

Posteriormente, surgieron otras instituciones para la protección del Estado concediendo facultades a la autoridad estatal para enfrentar las siguientes situaciones de excepción:

- a) El destierro o registros domiciliarios;
- b) El estado de guerra y estado de sitio para fortalecer a la autoridad militar, la patria en peligro, figura francesa para la protección extraordinaria del Estado frente a situaciones de invasión extranjera (Francia, 1792);
- c) El toque de queda. Asimilado a la ley marcial;
- d) El *habeas corpus suspensión acts* con suspensión de la garantía de libertad individual, los Comisionados del Rey, las Dictaduras Comisariales o Militares Soberanas, la ley marcial con la cual los tribunales militares ejercían facultades legislativas, ejecutivas e incluso jurisdiccionales, justificando el empleo de la fuerza armada para disolver reuniones o manifestaciones de personas (Inglaterra, 1714);
- e) La suspensión del *hábeas corpus* (EU), en situaciones de emergencia o violencia interna ya que mediante esta institución jurídica que tutela la vida y la libertad, se persigue evitar los arrestos y detenciones arbitrarias asegurando los derechos básicos de la víctima, por ejemplo: estar vivo y consiente, ser escuchado por la justicia y el saber porque se le acusa.⁴

Las anteriores medidas enmarcaron innumerables excesos, persecuciones y otros modos de violación de derechos.

¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1976, p. 202.

² MARGADANT, S. Guillermo F. *Derecho Romano*, México, Esfinge, 2005, p. 32.

³ TITO Livio. *Historia romana*, Libro III, I Década. México, Porrúa, 1985, p. 81.

⁴ Derechos que sustentan el Juicio de Amparo en la Constitución Yucateca en 1840.

Entre los antecedentes más importantes en la República Mexicana, se encuentran:

I. El Decreto del 25 de agosto de 1829, autorizó al Ejecutivo de la Federación para suspender de forma temporal la garantía general de seguridad y adoptar cuantas medidas fueran necesarias para la conservación de la Independencia, del sistema federal y de la tranquilidad pública. Limitando esta autorización al declarar que no por ella podría el gobierno disponer de la vida de los mexicanos, ni expelerlos del territorio de la República. Fija también la duración de esta autorización y la obligación de dar cuenta del uso de las facultades extraordinarias. Esta ley fue la primera que desnaturalizó las facultades extraordinarias que podían concederse al Poder Ejecutivo, y fue también la primera que dio lugar a infinidad de abusos que desde entonces se ha cometido con el pretexto de facultades extraordinarias.

II. El Presidente Ignacio Comonfort, en noviembre de 1857 envió al Congreso y al Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública; de conformidad con lo que previene el artículo 29 de la Constitución, un decreto de suspensión de garantías individuales, que a la letra dice:

Artículo único. Se aprueba el acuerdo presentado por el Ejecutivo de la Unión, que dice a la letra: Para proveer al restablecimiento del orden público, a la defensa de la independencia y de las instituciones se suspenden, desde la publicación de la presente ley, hasta el 30 de abril próximo venidero (1958), las garantías consignadas en los arts. 7, 9, 10, 11, 1ª parte del 13, 16, 1ª y 2ª parte del 19, 21 y 26 de la Constitución. El Ejecutivo dictará los reglamentos y órdenes relativas á dicha suspensión en todos los casos en que deba tener efecto. Lo tendrá entendido el Ejecutivo y cuidará tenga su más exacto cumplimiento. Dado en el salón de sesiones del congreso de la Unión, a tres de noviembre de mil ochocientos cincuenta y siete. -Joaquín Ruiz, diputado presidente. -Miguel Blanco, diputado secretario. -José Antonio Cisneros, diputado secretario.

El Presidente acordó con el Consejo de Ministros las prevenciones y declaraciones siguientes:

1ª La libertad de imprenta se sujetará, por ahora a la ley de 28 de diciembre de 1855; más respecto de escritos que directa o indirectamente afecten la Independencia nacional, las instituciones o el orden público, el gobierno podrá prevenir el fallo judicial imponiendo a los autores o impresores una multa que no pase de mil pesos. En defecto de la multa, y de bienes en que hacerla efectiva, se impondrá la pena de prisión solitaria o confinamiento hasta por seis meses. Los gobernadores de los Estados podrán aplicar las mismas penas, pero en el caso de confinamiento darán cuenta al gobierno general para que designe el lugar, quedando entretanto el reo asegurado competentemente.

2ª La ampliación de la autoridad que se concede al gobierno por la suspensión de la garantía establecida en el Art. 21 de la Constitución, se ejercerá solamente con los reos de algún delito político cuando no se hubieren consignado a los tribunales. El gobierno, en virtud de esta autorización podrá imponer las penas de reclusión, confinamiento o destierro hasta por un año.

3ª Los tribunales federales que conozcan de los delitos políticos se avocarán el conocimiento de los delitos comunes que hayan cometido, o cometieren durante el juicio los reos a quienes juzguen. Los jueces, al sentenciar estas causas, aplicarán la pena mayor que corresponda,

Facultades extraordinarias del Ejecutivo Federal para restringir o suspender el ejercicio de derechos y las garantías

inclusive la de muerte siempre que la establezcan las leyes y la autorice el art. 23 de la Constitución.

4ª En los delitos políticos y en los comunes de que se conozca acumulativamente, según lo dispuesto en la prevención anterior, no es admisible el recurso de indulto. En consecuencia, las autoridades judiciales y políticas a quienes correspondan cuidarán bajo su más estrecha responsabilidad de que la pena se ejecute irremisiblemente.

5ª Solamente el gobierno general podrá dictar providencias sobre los puntos relativos a las garantías individuales no comprendidas en las prevenciones anteriores. *México, noviembre 5 de 1857.*

III. En 1862, con motivo del estado de sitio en que se hallaba la Ciudad de México, el General Anastasio Parrodi, Jefe Militar del Distrito, decretó: 1) Desde el día de la fecha y mientras permanezca el Distrito en estado de sitio, se prohíbe toda clase de diversiones públicas en la municipalidad de México; 2) Se prohíbe igualmente la reunión de más de tres personas en los lugares públicos, después de las once de la noche; y, 3) Los dueños o encargados de establecimientos públicos, los cerrarán a la hora mencionada en el artículo anterior.⁵

IV. El Presidente Manuel Ávila Camacho convocó el 2 de junio de 1942 a los miembros de su gabinete para discutir y aprobar las medidas que habrían de tomarse frente a la doble ofensa que se perpetró a nuestra soberanía, acordando tres puntos fundamentales: declarar el estado de guerra entre la República Mexicana, por una parte, y Alemania, Italia y Japón por la otra; suspender la vigencia de las garantías individuales que fueran obstáculo para enfrentar rápida y fácilmente la situación.; y, solicitar, en favor del Ejecutivo Federal, facultades extraordinarias para legislar.

El Congreso de la Unión, aprobó el 30 de mayo de 1943 la ley que faculta al Ejecutivo para declarar el estado de guerra entre nuestro país y las naciones del Eje-Alemania, Imperio de Japón, Reino de Italia.⁶ Tanto el Decreto como la reglamentación versó sobre las circunstancias de la suspensión de garantías individuales, la transitoriedad de la medida y cuya vigencia dependía de que prevalecieran las causas y circunstancias que habían originado el Decreto.⁷

El 13 de junio siguiente, se publicó la Ley de Prevenciones Generales que reglamenta el derecho de suspensión de garantías, determinando el alcance y sentido, precisando que todas las reclamaciones que se formulen contra la Federación o contra sus autoridades con motivo de la suspensión, se tramitarían en la forma que el Congreso determine una vez que cesara el estado de guerra.⁸

Actualmente las causas de procedencia para la suspensión o restricción, previstas en el Art. 29 son las siguientes:

⁵ DUBLÁN y Lozano, Versión digital de la *Legislación mexicana*, p. 441. Consultado en 2 de junio de 2016 y disponible en: <http://www.biblioweb.tic.unam.mx/dublanylozano/>

⁶ ISIDRO Montiel y Duarte, *Estudio sobre las Garantías Individuales*. México, Porrúa, 1979, p. 558.

⁷ IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba. *Garantías Individuales*. México, Oxford, 2007, p. 305-306.

⁸ Diario Oficial de la Federación, 13 de junio de 1942.

- 1) *La invasión del territorio nacional*. Por la penetración de fuerzas armadas extranjeras;
- 2) *La perturbación grave de la paz pública*. Que consiste en la alteración de la vida normal del Estado o de la sociedad a través de motines, revoluciones, asonadas, rebeliones, revueltas internas; en la incursión de grupos armados internos; crisis económicas que, por su gravedad, entre muchas otras;⁹ o,
- 3) *Por cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o grave conflicto*. Esto es, cualquier situación que atente contra la paz social del estado, en cuyo caso el Presidente de la República podrá decretar las medidas convenientes e indispensables a fin de prevenir o remediar trastornos propios de una situación anormal, por ejemplo: el desequilibrio político, la carencia de credibilidad en la autoridad pública, por circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación, la inseguridad y el crimen organizado, entre otros factores; que generen en el individuo un estado de desconcierto, inseguridad, temor, etcétera; que de no enfrentarse y resolverse podrían ser determinantes para que la sociedad inconforme se manifieste y en el extremo, se organice y rebele en contra del propio Estado.

2. Conceptos jurídicos indeterminados

Con relación a las causales de suspensión o restricción de derechos, que se explican en este trabajo, Silva Gutiérrez explica que, salvo el caso de invasión, la perturbación grave de la paz pública y la facultad del Ejecutivo para decretar que la Nación se encuentra en una situación que se traduce en grave peligro o conflicto, son de carácter discrecional y no está sometido a regla alguna.¹⁰ La referencia a esa *situación* equivale a *cualquier otro caso* y este se subsume en el concepto de indiferentes jurídicos, parte substancial del tema.

Por lo anterior, antes de ocuparnos de dicho concepto, es importante precisar que la conducta administrativa puede manifestarse de distintas maneras, una de ella es la *técnica del concepto jurídico indeterminado* al que alude una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho sin explicarlo a detalle.

La ventaja de estos conceptos es que la ley no determina con exactitud sus límites, sin embargo, para la función legislativa es claro, basta fijarse en su gran capacidad de abarcar situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten. De ese modo se consigue que las normas que los usan sean flexibles y duraderas, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de indicar, a la vez, suficientemente lo esencial de su *ratio*.

La función del concepto indeterminado es, precisamente expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley. Para Miras Jorge, el principal problema radica en la interpretación de la norma y se plantea cuando se usan para expresar

⁹ Aprobar suspensión de garantías es “una ofensiva autoritaria” en México. Consultado en mayo de 2016. Disponible en: <http://rubenluengas.com/aprobar-suspension-de-garantias-es-una-ofensiva-autoritaria-en-mexico/>

¹⁰ SILVA GUTIÉRREZ, Gustavo, *Suspensión de garantías, análisis del artículo 29 Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Consultado en mayo de 2016. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/19/ard/ard3.htm>

requisitos o presupuestos que la misma exige respecto a la actuación de la autoridad para que sea legitimada.¹¹ Algunos son intencionalmente abandonados en la vaguedad porque la *indeterminación intrínseca* de su contenido es un *factor de adaptación* del derecho.

Son indeterminados, pero podrán ser determinables y redeterminables conforme a las circunstancias y las épocas, pues se trata de nociones evolutivas que constituyen, como uno podría decir, los órganos flexibles o blandos del sistema jurídico.¹²

Lo que más importa no es la falta de precisión, sino el riesgo latente de que sean manipulados y en su nombre se llegue a una actuación autoritaria, resultando ilegítimo el subjetivismo en la interpretación de tales categorías, cuyo contenido cambia no sólo en la medida en que cambian las circunstancias sociales, sino también en la medida que nuevas orientaciones se van haciendo presentes en el espíritu humano.¹³

En criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito la forma de actualizar los conceptos jurídicos indeterminados al caso concreto exige un proceso argumentativo que debe reducir la discrecionalidad y las apreciaciones subjetivas. Definirlos puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas. En estos casos, se debe acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio.¹⁴

Rendón Huerta, por su parte agrega que las nociones que nos ocupa son: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública.

La compleja indeterminación de estos conceptos ha de ser dotada de un contenido concreto mediante la aplicación, correlación, calificación y ponderación

¹¹ MIRAS, Jorge. *Concepto Jurídico Indeterminado*. Conciencia (Juicio de) DGDC II. Consultado en: noviembre de 2016. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/28150/1/CONCEPTO%20JUR%C3%8DDICO%20INDETERMINADO.pdf>

¹² BERGEL, Jean Louis. *Méthodologie juridique*. Thémis Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 115.

¹³ RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho administrativo*. Cevallos Editora Jurídica, Quito. Ecuador, 2012. p. 117.

¹⁴ 177342. I.4o.A.59 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, septiembre de 2005, p. 1431.

de los hechos o circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración, y que puedan resultar congruentes con su expresión genérica.

Fijar su alcance y sentido es un hecho que puede subsanarse al momento de aplicarlos sin que ello implique que la autoridad administrativa pueda dictar sus resoluciones en forma arbitraria, pues el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación tanto en los casos de las facultades regladas como en el de aquellas donde ha de hacerse uso del arbitrio o la discreción, explicitando mediante un procedimiento argumentativo por qué los hechos o circunstancias particulares encuadran en la hipótesis normativa que, entonces sí, resulta concretada al momento de subsumir los acontecimientos y motivar de esa manera la decisión, evitando visos de arbitrariedad.¹⁵

3. Marco legislativo aplicable

Con la intención de explicar la evolución de las disposiciones jurídicas relacionadas con las facultades extraordinarias del Ejecutivo en este rubro, se agrupan de la manera siguiente:

I. *Ámbito Nacional*. En 1833 se expide la Ley de Facultades Extraordinarias que autoriza al Gobierno Supremo Federal para dictar todas las medidas que juzgue convenientes al restablecimiento del orden y consolidación de las instituciones federales. Años después, se crearon las Bases Constitucionales de 1836, que prohibieron expresamente asumir en sí o delegar en otros órganos por vía de facultades extraordinarias dos o más poderes (Art. 45 fracción VI). Por su parte, las Bases Orgánicas de 1843, autorizan al Congreso a suspender las garantías para la aprehensión de delincuentes y la ampliación de facultades al Ejecutivo en casos de invasión extranjera; mientras que, la Constitución de 1857 establece en el artículo 29 la suspensión de Garantías en el Título Primero, Sección I. De los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁶

La Constitución de 1917 recoge el texto original del artículo 29, adicionando al primer párrafo que la suspensión de garantías podrá ser en todo el país o en lugar determinado, cuando fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación; y sustituye la expresión Diputación permanente por la palabra Congreso; Con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 se modifica el mismo párrafo, para quedar como sigue:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente

¹⁵ 172068. I.4o.A.594 A. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 2472.

¹⁶ *Vid.* La legislación completa de las disposiciones expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial México, 1877, Tomo VIII, pp. 384-399.

Facultades extraordinarias del Ejecutivo Federal para restringir o suspender el ejercicio de derechos y las garantías

cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.¹⁷

Con la citada reforma también se adiciona al Art. 29, una cláusula de reserva, por una parte, en observancia de las obligaciones del Estado Mexicano para concordar el artículo 29, con el segundo párrafo del artículo 27 de la Convención de Estados Americanos (1969),¹⁸ y prohíbe la restricción o la suspensión del ejercicio de los derechos siguientes:

a) a la no discriminación, b) el reconocimiento de la personalidad jurídica, c) a la vida, d) a la integridad personal, e) de protección a la familia, f) al nombre, g) a la nacionalidad; h) de la niñez; i) políticos; j) de libertad de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; k) al principio de legalidad y retroactividad; l) a la prohibición de la pena de muerte; m) a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; n) a la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ñ) ni las garantías judiciales indispensables para su protección.

II. *Ámbito internacional.* En diferentes momentos el sistema internacional y los sistemas nacionales de los DH analizan el tema del estado de excepción o de emergencia, y aun cuando la doctrina no ha dado hasta el momento una definición formal del mismo la ONU en resoluciones, opiniones y comentarios generales sostiene de manera análoga que el término "emergencia" hace referencia a condiciones políticas, sociales o económicas en las cuales existe una desviación del régimen legal normal, y los límites de la autoridad estatal son, de *iure* o de facto, expandidos más allá del ámbito prescrito en circunstancias ordinarias.¹⁹

Como el derecho internacional tiene como objetivo principal mantener la paz y la seguridad internacional y, en paralelo, la difusión y protección de los DH; es pertinente hacer referencia a los instrumentos jurídicos internacionales más relevantes que se ocupan de estas situaciones emergentes, entre ellos se encuentran los siguientes:

¹⁷ Mediante la reforma constitucional se suprime del texto anterior la referencia al Acuerdo o aprobación de los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República. -a la postre reconocida como órgano constitucional autónomo (Art. 102, B), Vid. Diario Oficial de la Federación, febrero, 14, 2014.

¹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor en México en 1981 mediante publicación en el DOF del 7 de mayo del mismo año. Consultado en 28 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>

¹⁹ Informe Especial de Derechos Humanos del Relator Especial, Leandro Despouy, sobre los derechos humanos y los estados de excepción. E/CN.4/Sub.2/1997/19 y del comentario general 29 al artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

A. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (San José de Costa Rica, 1969) al ocuparse de la suspensión de garantías, interpretación y aplicación, dispone que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (Art. 27).

Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, los motivos que hayan suscitado la suspensión y la fecha en que termina la suspensión.

B. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Nueva York, 1966) expresa que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (Art. 4).

La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6o. (respeto a la vida), 7o. (prohibición de tortura o penas crueles), 8o. párrafos 1 y 2 (prohibición de esclavitud y servidumbre), 11 (prohibición de encarcelamiento por deudas de carácter civil), 15 (Prohibición de retroactividad de normas penales), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento y religión) del mismo ordenamiento jurídico, no serán susceptibles de suspenderse bajo ninguna circunstancia.

Quien haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.²⁰

C. *Para la Corte Interamericana de DH* la suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno

²⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) entró en vigor en México en 1981 a partir de la publicación en el DOF del 20 de mayo del mismo año. Consultado el 28 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que; en condiciones normales; están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos.²¹

En Latinoamérica Argentina, Honduras, Chile, en caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de su Constitución y de las autoridades creadas por ella, declararán *estado de sitio* la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden; Ecuador decretará *estado de emergencia*; Bolivia, Paraguay, Perú el *estado de excepción*; Brasil determinara *estado de defensa* para preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados, el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectada por calamidades naturales de grandes proporciones; la República Dominicana y Colombia el *estado de conmoción interior*; Venezuela el *estado de alarma* cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas y *Estado de emergencia económica* cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación; y Guatemala decretará *estado de Prevención*.

4. Procedimiento para la emisión del Decreto

La decisión de restringir o suspender el ejercicio de derechos y sus garantías debe estar justificada y motivada, señalando con claridad los derechos o garantías que se restringen, el motivo o razón que amerita la medida, la proporcionalidad a observarse entre la medida y el riesgo presente, así como la necesidad e idoneidad de ella; lo que se subsume en el principio de proporcionalidad *-lato sensu-*, y que a la vez comprende los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*stricto sensu*) que deberá incluirse en la ley que reglamente el artículo 29 constitucional. El decreto presidencial tiene como características las siguientes:

- a) Es una norma de observancia general, abstracta e impersonal;
- b) Debe revisarse de oficio e inmediatamente por la SCJN, con lo cual se garantiza que la suspensión o restricción de derechos es la medida adecuada para evitar que la sociedad se vea expuesta a un grave peligro, además es la necesaria para enfrentar la situación mediante una acción rápida, enérgica y eficaz;
- c) Es revocable, con la observación de que el ejecutivo no podrá hacer observaciones al Decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión;
- d) Solo suspende o restringe el ejercicio de los derechos DH autorizados, pero no el goce de ellos;

²¹ Corte Interamericana De Derechos Humanos opinión consultiva oc-9/87 del 6 de octubre de 1987 garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de la república oriental del Uruguay. Consultado el 2 de junio de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

- e) El acto o la situación suspensivos tienen un carácter temporalmente limitado o transitorio, rigiendo únicamente mientras subsista el estado de emergencia que los motivó. Está determinado por prevenciones generales que no se afecte a individuos aislados, ni a grupos determinados.
- f) Concluye la restricción o suspensión -bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso-, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedaran sin efecto de forma inmediata; y,
- g) Garantiza el retorno a la normalidad, la preservación del Estado de Derecho, las instituciones democráticas y los derechos fundamentales de los seres humanos.

De esta manera, la finalidad perseguida por el procedimiento de suspensión permite al gobierno hacer frente a situaciones de emergencia, sin obstáculos, pero con estricto respeto a las normas que lo regulan.

5. Revisión oficiosa

La suspensión de garantías en doctrina es considerada como un estado jurídico-político de excepción, el cual, requiere un fundamento constitucional. De otra manera ¿existe la oportunidad de impugnar el Decreto respectivo? En una primera afirmación la doctrina se inclina por la procedencia del control constitucional vía juicio de amparo. Al respecto Burgoa, afirma que los afectados por las leyes de autorización, podrán reclamarlas en dicho juicio cuando sean inconstitucionales por haber sido expedidas contraviniendo las normas del Art. 29, en consecuencia, los actos del Ejecutivo podrán violar la garantía de legalidad si no están debidamente fundados y motivados en las propias leyes, o traten de aplicarlos, autoridades diferentes.²²

Para los críticos del autor en consulta tampoco procede la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105, fracción II, sosteniendo que el decreto de suspensión o restricción no lo emite el Congreso de la Unión o su Comisión Permanente, sino el Ejecutivo Federal, por tanto, no procedería la acción de inconstitucionalidad con fundamento en los incisos a) y b) independientemente del órgano emisor del decreto, la legitimación activa podría derivar de los incisos c) o g) de la fracción II del artículo 105 constitucional.

Se destaca también que, ante la diversidad de órganos participantes en la procedencia de la restricción o suspensión se genera un control sobre la discrecionalidad requerida evitando el abuso del procedimiento constitucional, pues además deberá estar fundada y motivada en los términos establecidos por la Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

²² BURGOA, *Ob. Cit.* pp. 202 y Sgtes.

Por último y como se desprende de las características el decreto de restricción o suspensión de DH y sus garantías será revisado de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Es importante hacer notar que el Decreto de reforma constitucional (2011) en el transitorio Cuarto dice que el Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria en materia de suspensión del ejercicio de derechos fundamentales y sus garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto - que expiró el 11 de junio de 2012-, sin que hasta la fecha se cumpla, en consecuencia estamos de frente a una *omisión legislativa*, que desde un punto de vista doctrinal se define como 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 impediría la eficaz aplicación de dicho precepto. En esta perspectiva, solo es inconstitucional la inacción del legislador.²³

Reflexiones finales

Con motivo de la reforma constitucional en materia de DH (2011), se introducen nuevas y novedosas formas de aplicar el Derecho, de manera particular hace referencia al artículo 29 que regula la suspensión o restricción del ejercicio de derechos y las garantías necesarias para hacer frente a casos de emergencia que dicho numeral prevé. El procedimiento deberá desarrollarse dentro del orden constitucional y, por ende, las autoridades u órganos que en el mismo actúan interpretaran y aplicaran la norma, haciendo caso omiso de cualquier precepto que contradiga o limite la facultad extraordinaria del Presidente de la República.

La norma constitucional dispone con claridad los casos en que procede la restricción o la suspensión, dejando en la expresión *cualquier otro caso* abierta la posibilidad de valorar aquellas situaciones que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto, será hasta que estemos en presencia de un hecho concreto que podrá definirse lo que la disposición jurídica no precisa y no limita, pues en una amplia interpretación de la expresión conduciría a una actuación arbitraria. De frente a tal caso se deberá acudir a principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos.

²³ En el boletín No. 2783 de 13 de diciembre de 2016, la Cámara de diputados da a conocer que se aprobó la Ley reglamentaria del artículo 29 que regula el procedimiento e para decretar la restricción o suspensión de derechos y las garantías, además las autorizaciones necesarias para que el Ejecutivo haga frente a una situación de emergencia, con el único fin de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos, observando las obligaciones que imponen los tratados internacionales de la materia, observando en todo momento el principio *pro-persona*.

La tarea legislativa no concluye, hace falta que se expida la Ley Reglamentaria del artículo 29 de la Constitución Federal, cuyo debate puede ser el espacio ideal para analizar los conceptos jurídicos indeterminados para eliminar minando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser analizado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento. Una emergencia por grave que sea no justifica lo anterior.

Fuentes de consulta

Bibliografía

- ARTEAGA NAVA, Elisur. *Derecho Constitucional*, México, Oxford, 2008.
- BERGEL, Jean Louis. *Méthodologie juridique*. Thémis Presses Universitaires de France, Paris, 2001.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1976.
- ISIDRO Montiel y Duarte, *Estudio sobre las Garantías Individuales*. México, Porrúa, 1979.
- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba. *Garantías Individuales*. México, Oxford, 2007.
- LIVIO TITO. *Historia Romana, Libro III, I Década*. México, Porrúa, 1985.
- MARGADANT, S. Guillermo F. *Derecho Romano*, México, Esfinge, 2005.
- RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho administrativo*. Cevallos Editora Jurídica, Quito. Ecuador, 2012.

Legisgrafía

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917.
- Diario Oficial de la Federación, 13 de junio de 1942.
- Diario Oficial de la Federación, 10 de junio, 2011.
- Diario Oficial de la Federación, 14 de febrero, 2014.
- Dictamen con proyecto de decreto de la Ley Reglamentaria del artículo 29 de la Constitución Federal, en materia de Restricción o Suspensión del Ejercicio de Derechos y Garantías. Senado de la LXII Legislatura. Cámara de Diputados.
- Informe Especial de Derechos Humanos del Relator Especial, Leandro Despouy, sobre los derechos humanos y los estados de excepción. E/CN.4/Sub.2/1997/19 y del comentario general 29 al artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.
- Legislación completa de las disposiciones expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial México, 1877, Tomo VIII.
- Tesis 172068. I.4o.A.594 A. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Julio de 2007.

Tesis 177342. I.4o.A.59 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, septiembre de 2005.

Medios electrónicos

Aprobar suspensión de garantías es “una ofensiva autoritaria” en México. Consultado en mayo de 2016. Disponible en: <http://rubenluengas.com/aprobar-suspension-de-garantias-es-una-ofensiva-autoritaria-en-mexico/>

Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor en México en 1981 mediante publicación en el DOF del 7 de mayo del mismo año. Consultado en 28 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva oc-9/87 del 6 de octubre de 1987 garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de la República oriental del Uruguay. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

DUBLÁN y Lozano, *Versión digital de la Legislación mexicana*. Disponible en: <http://www.biblioweb.tic.unam.mx/dublanylozano/>

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) entró en vigor en México en 1981 a partir de la publicación en el DOF del 20 de mayo del mismo año. Consultado el 28 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

MIRAS, Jorge. *Concepto Jurídico Indeterminado*. Conciencia (Juicio de) DGDC II. Consultado en: noviembre de 2016. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/28150/1/CONCEPTO%20JUR%C3%8DDICO%20INDETERMINADO.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

SILVA GUTIÉRREZ, Gustavo, *Suspensión de garantías, análisis del artículo 29 Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/19/ard/ard3.htm>

Tribunales especializados de comercio exterior y la ineficacia del resarcimiento económico aduanero*

Nohemí Bello Gallardo**

RESUMEN: El trabajo de investigación tiene como propósito verificar la eficacia del resarcimiento económico en materia aduanera regulado en el artículo 157 de la Ley Aduanera, aplicado por diversas autoridades administrativas y jurisdiccionales al momento de ser solicitado por el particular y que puede desprenderse por la interposición de un medio de defensa, con el propósito de que exista evidencia que permita brindar un diagnóstico de la eficacia de la figura del resarcimiento económico. Es así, que partimos de los fundamentos jurídicos que dan competencia a las Salas especializadas de comercio exterior en México que forman parte de los Tribunales Federales de Justicia Administrativa. Destacaremos elementos de la eficacia, así como analizar el contenido del artículo referido. Por último, analizaremos el procedimiento de resarcimiento económico en materia aduanera, tomando como ejemplo un caso práctico (de diversos casos estudiados en donde observamos coinciden elementos esenciales como autoridades y supuesto impugnado). Con lo anterior podemos tener evidencia del propósito de esta investigación. Para el desarrollo de la presente investigación partiremos de un enfoque cualitativo que busca obtener conclusiones empleando el método inductivo, empleando la técnica de investigación documental. Distinguiendo

ABSTRACT: This investigation is made for the purpose of verifying the efficiency of the economic compensation referred to customs, regulated in the article 157 of the customs law, applied by many administrative and jurisdictional authorities when a individual requests it and being able to detach itself from a means of defense, with the purpose of their existing evidence that can allow a diagnosis of the efficiency of the economic compensation. Therefore, we start from the legal fundamentals that give jurisdiction to the courts specialized in foreign trade in Mexico that are part of the Federal Courts of Administrative Justice. Highlighting elements of efficiency as well as analyzing the article already referred to. Finally, we'll analyze the procedure of the economic compensation in the matter of customs, taking as an example a practical case (of many cases studied where we can observe essential elements like authorities and challenged circumstances are the same). With the above, we can evidence the purpose of this investigation. For the development of this investigation we'll start from a qualitative focus that seeks to obtain conclusions using the inductive method, using the documented investigation technique. Distinguishing, that the intention is to identify in a concrete

* Artículo recibido el 22 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 23 de noviembre de 2018.

** Doctora en Derecho Público. Profesora de tiempo completo e Investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro en México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1, con línea de investigación en Comercio Exterior y Aduanas. Líder y Responsable del CAC-128 Derechos Humanos y Globalización. dra.nbg@hotmail.com

que se pretende identificar en un caso concreto la probable aplicación de la norma jurídica. *case the probable application of the legal norm.*

Palabras clave: *Tribunales especializados de comercio exterior, resarcimiento económico aduanero.* **Keywords:** *Specialized foreign trade courts, customs economic recovery.*

SUMARIO: Introducción, 1. Tribunales especializados de comercio exterior. 1.1 El juicio contencioso administrativo como medio de defensa. 1.2 La eficacia jurídica. 2. Resarcimiento económico en materia aduanera. 3. Análisis de procedimiento de resarcimiento económico en materia aduanera. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

De las disciplinas del derecho, entre las menos estáticas, encontramos a la materia aduanera. Su constante evolución normativa de diferente jerarquía jurídica y diversificación de la actividad económica del país requiere dar atención en materias específicas que por su grado de complejidad y tecnicismo deben ser atendidas por servidores públicos que cuenten con el conocimiento y la experiencia profesional de la materia de que se trate, además dar cumplimiento con los objetivos del Plan Estratégico 2010-2020 que consiste en reducir a menos de 1,500 expedientes el inventario máximo en cada Sala Regional. Entre otros aspectos, lo anterior ha dado motivo a la creación de órganos jurisdiccionales capacitados y especializados en dirimir controversias que se derivan de la entrada y salida de mercancías al y del territorio mexicano.

De las controversias relacionadas con el resarcimiento económico en materia aduanera conocen los Tribunales especializados en comercio exterior. Éstos al momento de emitir una resolución para ser ejecutada intervendrán otras unidades administrativas federales, que se rigen por ordenamientos que les son comunes e iguales entre sí, es así que en cualquier parte de la República mexicana entendemos que actuarán de la misma manera, lo que facilita y prevé iguales resultados en relación a la eficacia del resarcimiento económico en materia aduanera.

El análisis que realizamos no es económico, éste aparece solo de la enunciación de la figura jurídica. Nuestro estudio resulta más bien: sociológico jurídico ya que analizaremos lo que se hace de la norma reguladora del resarcimiento económico en su aplicación por las autoridades.

1. Tribunales Especializados de comercio exterior

El derecho al acceso a la impartición de justicia, se encuentra consagrado en los primeros artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente el artículo 17. Los artículos 104, fracción III y el diverso 73, fracción

XXIX-H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, numerales que tras la reforma de 1967, contemplan la creación de un tribunal encargado de la impartición de la justicia administrativa, el cual adquiere actualmente el nombre de Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que está dotado de autonomía plena en el dictado de sus fallos, organización y funcionamiento. El Tribunal, tal y como lo establece el artículo 73, fracción XXIX-H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, será el encargado de dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares. El órgano jurisdiccional funcionará en Pleno o en Salas Regionales, que de conformidad el artículo 28 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2016, se clasificará en ordinarias, auxiliares, especializadas y mixtas.

Las Salas Regionales, estarán integradas por tres Magistrados, con la jurisdicción que establezca el Reglamento Interior del Tribunal, específicamente en su artículo 21. Por ejemplo, la Sala competente para el estado de Querétaro es la Sala Regional del Centro II, que hasta el año 2015 era competente territorialmente para conocer asuntos de los estados de Querétaro y San Luis Potosí, sin embargo, por acuerdo G/JGA/49/2015, se aprobó la creación de la Sala Regional de San Luis Potosí, con sede en el estado de San Luis Potosí, por lo que actualmente la Sala Regional del Centro II, únicamente es competente por razón de territorio, para conocer asuntos de particulares cuyo domicilio fiscal se encuentre ubicado en el estado de Querétaro.

No es óbice a lo anterior el hecho que la Sala Regional del Centro II, cuando se trate de asuntos que le competan exclusivamente a las diversas Salas Especializadas, deberá declararse incompetente por razón de materia y remitirá los autos que integren el expediente a la Sala que, conforme al Reglamento Interior de dicho Tribunal, resulte competente para conocer del asunto.

Tal situación acontece con la materia aduanera, lo anterior ya que el Congreso de la Unión mediante punto de acuerdo publicado en la Gaceta Parlamentaria el 27 de noviembre de 2014, exhortó al Tribunal Federal de Justicia Administrativa a llevar a cabo un análisis de factibilidad para la creación de Salas Especializadas en materia de comercio exterior y, de considerarlo procedente, realizar las modificaciones al Reglamento Interior del Tribunal, a fin de establecer Salas especializadas en la materia de comercio exterior en las regiones que así lo ameritaran.

En ese orden de ideas y tras los estudios realizados, en razón al volumen y valor de las operaciones en las aduanas del país, y considerando la proyección que tendría el comercio internacional en la región sur del país en los próximos años, surge la necesidad de la creación de la Salas Especializadas en materia de comercio exterior, con competencia territorial limitada a los Estados de Veracruz de Ignacio de la Llave y Tamaulipas, siendo ésta la Primer Sala especializada en comercio exterior. Para llevar a cabo lo anterior, tuvieron que realizarse reformas al Reglamento Interior del propio Tribunal, proyecto que fue aceptado por la Junta de Gobierno y

Administración el 2 de junio de 2015 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 siguiente, en ese orden de ideas el artículo 23 del Reglamento citado en su fracción IV, quedó del siguiente modo:

Artículo 23.- (...)

IV.- Una Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior, que será también la Quinta Sala Auxiliar, con sede en la ciudad de Xalapa-Enríquez, Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, que tendrá competencia territorial limitada a los Estados de Veracruz de Ignacio de la Llave y Tamaulipas, y competencia material para tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas y actos a que se refiere el artículo 14, fracciones I, II, III, IV, X, XI, XII, XIII, exclusivamente cuando el acto impugnado se funde en un tratado o acuerdo internacional en materia comercial, suscrito por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor dicho tratado o acuerdo; XIV, penúltimo y último párrafos de la Ley, dictados con fundamento en la Ley Aduanera, en la Ley de Comercio Exterior, así como en los demás ordenamientos que regulan la materia de comercio exterior.

Respecto de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas y actos a que se refiere el artículo 14, fracción X, de la Ley, la Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior conocerá de los mismos en términos del párrafo que antecede, cuando se controvierta exclusivamente la aplicación de cuotas compensatorias, quedando a salvo la competencia especial de las Secciones de la Sala Superior, en términos del artículo 23, fracción I, de la Ley.

La Sala en comento inició sus funciones treinta días naturales siguientes a publicación en el Diario Oficial, tal y como se precisó en el tercero de los Transitorios del acuerdo SS/8/2015.

El pasado 28 de octubre de 2015, el Diario Oficial de la Federación dio a conocer el acuerdo SS/11/2015, mediante el cual se modificó el artículo 23 del Reglamento para quedar como sigue:

Artículo 23.- (...)

I. a III. (...)

IV. Salas Especializadas en Materia de Comercio Exterior, que tendrán competencia material para tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas y actos a que se refiere el artículo 14, fracciones I, II, III, IV, X, XI, XII, XIII, exclusivamente cuando el acto impugnado se funde en un tratado o acuerdo internacional en materia comercial, suscrito por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor dicho tratado o acuerdo; XIV, penúltimo y último párrafos de la Ley, dictados con fundamento en la Ley Aduanera, en la Ley de Comercio Exterior, así como en los demás ordenamientos que regulan la materia de comercio exterior.

Respecto de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas y actos a que se refiere el artículo 14, fracción X, de la Ley, las Salas Especializadas en Materia de Comercio Exterior conocerán de los mismos en términos del párrafo que antecede, cuando se controvierta exclusivamente la aplicación de cuotas compensatorias, quedando a salvo la competencia especial de las Secciones de la Sala Superior, en términos del artículo 23, fracción I, de la Ley.

Dichas Salas Especializadas serán las siguientes:

a) La Primera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior, con sede en la Ciudad de México, Distrito Federal, que tendrá competencia territorial limitada a las Entidades Federativas de Aguascalientes, Colima, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí y Tlaxcala;

Tribunales especializados de comercio exterior y la ineficacia del resarcimiento económico aduanero

- b) La Segunda Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior, con sede en el Municipio de San Pedro Garza García, en el Estado de Nuevo León, que tendrá competencia territorial limitada a los Estados de Coahuila, Nuevo León, Tamaulipas y Zacatecas, y
- c) La Tercera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior, que será también la Quinta Sala Auxiliar, con sede en la ciudad de Xalapa-Enríquez, Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, que tendrá competencia territorial limitada a los Estados de Campeche, Tabasco y Veracruz de Ignacio de la Llave.

En ese orden de consideraciones, la Sala Especializada en materia de comercio exterior competente para el estado de Querétaro, es la primera, cuya sede es en la Ciudad de México, por tanto, cuando se trate de actos que se impugnen de nullos, fundados en un tratado o acuerdo internacional en materia de comercio, suscrito por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor dicho tratado o acuerdo; dictados con fundamento en la Ley Aduanera, en la Ley de Comercio Exterior, así como en los demás ordenamientos que regulan la materia de comercio exterior, deberán ser tramitados en la Ciudad de México, ya que en caso de ingresarse en la Sala Regional del Centro II (con sede en Querétaro), ésta se declarará incompetente en razón de materia y remitirá los autos a la Primera Sala Especializada en Comercio Exterior, a fin de que ésta acepte la competencia, conozca y resuelva del fondo del asunto.

Es manifiesto señalar que todos los asuntos que ingresaron con anterioridad a la creación de las Salas Especializadas en materia de comercio exterior, continuaron hasta su conclusión en las Salas de origen.

Una vez establecidas las competencias que en la actualidad rigen para conocer de impugnaciones relacionados con la Ley aduanera, la cual regula la figura del resarcimiento económico en materia aduanera, pasaremos a describir brevemente el juicio contencioso administrativo.

1.1 El juicio contencioso administrativo como medio de defensa

Cuando una resolución no le es favorable al particular cuenta con diversos mecanismos de defensa para combatir el actuar de la autoridad fiscal. Es así que nos referimos a las siguientes posibilidades: la primera de ellas es acudir al recurso de revocación ante el Servicio de Administración Tributaria, y como segunda posibilidad optar por el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, específicamente a una Sala Especializada en comercio exterior (por las razones y motivos ya explicados en la primera parte del presente trabajo). Lo anterior en atención a los artículos 116, 117 inciso c) y 120 del Código Fiscal de la Federación.

En el caso de que el gobernado decida hacer uso del segundo de los mecanismos señalados acudiendo al juicio contencioso administrativo, ante la Sala Especializada en Comercio Exterior que por territorio es competente para conocer el asunto, el gobernado cuenta con 30 días hábiles, contados a partir del día hábil a aquél en que surte efectos la notificación de la resolución emitida por la autoridad fiscal. Lo anterior de conformidad con el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento

Contencioso Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2016,¹ demanda que deberá cumplir con los requisitos que establecen los numerales 14 y 15 de la última ley citada.

La Sala Especializada en materia de Comercio Exterior, en caso de que la demanda cumpla con todos los requisitos, con fundamento en el artículo 3, fracción XI de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016, numeral que establece la competencia material de dicho Tribunal; admitirá la demanda y ordenará correr traslado a la autoridad demandada, para que en el término previsto por los artículos 19, 20 y 21 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, formule la contestación de demandada respectiva.

Una vez formulada la contestación de la demanda la Sala determinará si se actualiza algún supuesto de los contemplados por el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el cual prevé la ampliación a la demanda y en caso de no actualizarse ninguna de las hipótesis, otorgará a las partes el término de cinco días a fin de que formulen alegatos, de conformidad con el artículo 47 de la última ley citada. Una vez fenecido el plazo la Sala procederá a dictar la sentencia respectiva. Hasta aquí la breve descripción del procedimiento que termina con la emisión de una resolución de autoridad competente en la materia. En el ejemplo que adelante analizaremos nos encontramos en el supuesto de que la Sala Especializada en comercio exterior, al dictar la sentencia respectiva, declara la nulidad de la resolución mediante la cual la autoridad demandada determinó al gobernado un crédito fiscal y la condena a la devolución de la mercancía indebidamente embargada, fallo que de conformidad con los artículos 57 y 58 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se encuentra obligada a acatar la autoridad fiscal aduanera. En este orden, la autoridad demandada al momento de informar a la Sala sobre el cumplimiento a la sentencia, señala que ha comercializado el bien embargado (vendida a un particular), por lo que se encuentra imposibilitada materialmente para devolver la mercancía embargada en el procedimiento administrativo en materia aduanera.

1.2 La eficacia jurídica

Para efectos de este artículo resulta necesario delimitar el término de eficacia de la norma jurídica a fin de contar con un marco de referencia. Es así que una norma jurídica es eficaz en el sentido más amplio y a la vez más sencillo que cabe atribuir al adjetivo eficaz en el sentido material o externo, si la acción que la norma prescribe es en la realidad la acción que realizan los destinatarios de la norma. Una norma es

¹ Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2016.

eficaz, si se constata que se produce una correspondencia entre la conducta real de ciertos sujetos y la conducta de una norma dirigida a ellos.²

Rolando Tamayo y Salmorán refiere de la eficacia es la conformidad del comportamiento con lo dispuesto en una norma, en consecuencia, una norma será eficaz si los actos de los destinatarios se conforman con lo dispuesto por el texto legislativo. Por el contrario una legislación no es eficaz cuando no es observada.³

También es considerada como un concepto teórico o categoría propia de la sociología jurídica que señala la propiedad de las normas que cumplen con la función asignada por el legislador.⁴

Así mismo es concebida como una subgarantía contenida en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal, la cual no es privativa del ámbito judicial, sino que su dimensión de acceso a la justicia comprende los procedimientos administrativos de carácter no contencioso seguidos ante las dependencias del poder ejecutivo. La eficacia de la autoridad administrativa presupone una sujeción irrestricta a los procedimientos señalados a la ley y los reglamentos.⁵

Bajo el sustento de lo breve pero categórico expuesto, consideramos que la norma en materia aduanera contemplada en el artículo 157 de la Ley aduanera (el resarcimiento económico en materia aduanera) será eficaz, si los destinatarios de la misma (autoridades aduaneras – administrativas y particulares) aplican y consienten los términos y condiciones que se advierten de la norma. Por el contrario, no será eficaz, si la conducta que se realiza: no se aplica o no está en correspondencia con la norma.

Otros elementos relevantes de la eficacia los desprendemos de lo siguiente:

La se eficacia así como la eficiencia son elementos de la tutela judicial efectiva: la eficiencia y la eficacia refieren a la calidad de la gestión y sus resultados. La eficacia puede definirse como la obtención de los resultados idóneos para la solución de un problema o la satisfacción de una necesidad. La eficiencia por su parte, puede describirse como la obtención de dichos resultados idóneos al menor costo posible.⁶

Los elementos relevantes que desprendemos de lo transcrito es que aunado a la concordancia de la actuación de los destinatarios con la norma, también forma parte de la eficacia: la calidad de la gestión y resultados idóneos como elemento de la tutela judicial efectiva.

² HIERRO, Liborio L, La eficacia de la normas jurídicas, Ariel S.A., Barcelona, España, 2003, p. 75.

³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Introducción al estudio de la Constitución. UNAM. 2da. Ed. 1986, p.310.

⁴ CORREAS, Oscar, Eficacia, en Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa, Tomo III, Distrito Federal, México, 2002, pp. 670-671.

⁵ Tesis 2008230. III.3o. J/16 (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia constitucional. Libro 14. Enero 2015. Tomo II.

⁶ MARISCAL URETA, Karla Elizabeth, *El derecho a la tutela efectiva. La sentencia en el proceso contencioso administrativo*, VIESCA DE LA GARZA, Eduardo J, et. al. (Coordinadores), Porrúa, México, 2017, pág. 88.

Una vez efectuado lo anterior, de gran significado resulta conocer el sentido y texto del artículo de la Ley Aduanera que estatuye el resarcimiento económico en materia aduanera a fin de calificar su eficacia que desprenderemos de un análisis inmediato posterior.

2. Resarcimiento económico en materia aduanera

El resarcimiento económico, proviene de un vocablo latino *resarcio, resarcire, resarsi, resartum*, formado por el prefijo re- que significa hacia atrás y por el verbo *sarcio, sarcire, sarsi, sartum* [cuyo significado es coser, zurcir, componer, reparar]. Haciendo referencia a reparar, compensar o indemnizar un daño o perjuicio. El resarcimiento, por lo tanto, es una reparación, compensación o indemnización.

La legislación aduanera prevé dos mecanismos de resarcimiento o indemnización al particular, cuando las mercancías de comercio exterior hayan sufrido pérdida o menoscabo por responsabilidad de las autoridades aduaneras⁷. La primera de ellas encuentra su fundamento jurídico en el artículo 28 y la segunda en el artículo 157 ambos de la Ley Aduanera.⁸ Nos ocuparemos del segundo señalado:

ARTICULO 157.⁹ Tratándose de mercancías perecederas, de fácil descomposición o deterioro, de animales vivos, que sean objeto de embargo precautorio y que dentro de los diez días siguientes a su embargo, no se hubiere comprobado su legal estancia o tenencia en el país, el Servicio de Administración Tributaria podrá proceder a su destrucción, donación o asignación. En lo que refiere a vehículos automotores, aeronaves y embarcaciones serán transferidos para su venta al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su embargo siempre que no se hubiere comprobado su legal estancia o tenencia en el país.

Respecto de las mercancías embargadas conforme al artículo 151, fracciones VI y VII de esta Ley, si dentro de los diez días siguientes a su embargo, no se hubieran desvirtuado los supuestos que hayan dado lugar al embargo precautorio o no se hubiera acreditado que el valor declarado fue determinado de conformidad con el Título Tercero, Capítulo III, Sección Primera de esta Ley, según sea el caso, se procederá a su destrucción, donación, asignación o transferencia para venta.

Cuando una resolución definitiva ordene la devolución de las mercancías y la autoridad aduanera haya comunicado al particular que existe imposibilidad para devolver las mismas, el particular podrá optar por solicitar la entrega de un bien sustituto con valor similar, salvo que se trate de mercancías perecederas, de fácil descomposición, de animales vivos, de vehículos automotores, aeronaves y embarcaciones o de las mercancías a que se refiere el artículo 151, fracciones VI y VII de esta Ley, o el valor del bien, actualizado conforme lo establece el párrafo siguiente.

⁷ TREJO VARGAS, Pedro, *Tratado de Derecho Aduanero*, Editores TAXXX, México, 2013, pp.413-414. Es un autor que describe al resarcimiento de mercancías estipulado en el art. 157 de la Ley Aduanera.

⁸ CANCINO Rodolfo, TREJO Pedro, *Nuevo Derecho Aduanero Electrónico*, Novum, México, 2015, pp.162, 163.

⁹ El Artículo 157 de la Ley Aduanera que actualmente se encuentra vigente, fue reformado en sus párrafos primero, tercero, cuarto y séptimo mediante Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Aduanera publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 2018. La reforma a este artículo entrará en vigor a los 180 días naturales siguientes al de la publicación referida, lo anterior con fundamento en el artículo Primero de los Transitorios.

Tribunales especializados de comercio exterior y la ineficacia del resarcimiento económico aduanero

En el caso de que el Servicio de Administración Tributaria haya procedido a la destrucción, donación, asignación o transferencia para venta de la mercancía, la resolución definitiva que ordene la devolución de la misma, considerará el valor determinado en la clasificación arancelaria, cotización y avalúo practicado por la autoridad aduanera competente con motivo del procedimiento administrativo en materia aduanera, actualizándolo en los términos establecidos en el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación hasta que se dicte la resolución que autoriza el pago.

El particular que obtenga una resolución administrativa o judicial firme, que ordene la devolución o el pago del valor de la mercancía o, en su caso, que declare la nulidad de la resolución que determinó que la mercancía pasó a propiedad del Fisco Federal, y acredite mediante documento idóneo tener un derecho subjetivo legítimamente reconocido sobre los bienes, podrá solicitar al Servicio de Administración Tributaria la devolución de la mercancía, o en su caso, el pago del valor de la mercancía, dentro del plazo de dos años, contados a partir de que la resolución o sentencia haya causado ejecutoria.

Cuando la persona que obtenga una resolución administrativa o judicial firme, de manera excepcional sea distinta a quien acredite tener el derecho subjetivo legítimamente reconocido sobre los bienes, ambos deberán solicitar el resarcimiento en forma conjunta, designando a una de ellas de común acuerdo como el titular del derecho.

Tratándose de las mercancías a que se refiere el artículo 151, fracciones VI y VII de esta Ley, la resolución definitiva que ordene la devolución del valor de las mercancías, considerará el valor declarado en el pedimento, adicionado con el coeficiente de utilidad a que se refiere el artículo 58 del Código Fiscal de la Federación, que corresponda conforme al giro de actividades del interesado.

El artículo referido faculta a la autoridad aduanera para proceder a la destrucción, donación, asignación o transferir para su venta, determinadas mercancías, de las cuales no se haya comprobado la legal estancia o tenencia en el país en los plazos de 10 días o 45 días siguientes al embargo de la mercancía. Cuando el particular comprueba dentro del procedimiento administrativo la legal estancia o tenencia de la mercancía y en consecuencia se ordena la devolución, pero la autoridad se encuentra imposibilitada para la misma, se puede optar por la entrega de un bien sustituto con valor similar para las mercancías embargadas. No opera lo anterior para mercancías perecederas, de fácil descomposición o deterioro, de animales vivos o de vehículos automotores, aeronaves o embarcaciones o de los supuestos del artículo 151 fracción VI y VII de la Ley Aduanera, casos en los cuales se considerará el valor actualizado.

Por otra parte, en los casos en que el particular haya obtenido una resolución favorable [sea administrativa o judicial] en donde se ordene la devolución o el pago del valor el particular podrá solicitarlo durante el término de 2 años a quien compruebe tener el derecho subjetivo. En caso del que el embargo haya tenido sustento en el artículo 151 de las fracciones enunciadas, se considerará el valor declarado en el pedimento, adicionado con el coeficiente de utilidad en los términos del artículo 58 del Código Fiscal de la Federación.

Podemos advertir que son diferentes momentos y diferentes autoridades las que intervienen en el resarcimiento económico, así como de lo que se puede obtener de él. En el caso de que corresponda, el Servicio de Administración Tributaria (SAT),

procede a la emisión de la resolución respectiva del resarcimiento económico, para ello el SAT, requiere al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), para que le informe sobre la cantidad obtenida por la comercialización de los bienes embargados, costo que será obtenido del procedimiento establecido por los artículos 27 y 89, primer párrafo de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público.

Es así que se observa la voluntad del legislador federal de resarcir económicamente al particular en los casos que se han expuesto y que corresponden, así como advertir a dos autoridades que se encuentran vinculadas a atender al particular. A continuación pasaremos a analizar a través de un ejemplo real (de tres casos estudiados), sí lo que se hace de la norma resulta acorde a lo estipulado en ella para advertir su eficacia, es decir, la realización práctica de la misma, de la obediencia real de la norma jurídica.

3. Análisis de procedimiento de resarcimiento económico en materia aduanera

El resarcimiento económico, es un derecho subjetivo que el legislador previo para el gobernado, al no dejar al contribuyente en estado de indefensión en caso de que la autoridad fiscal, disponga de la mercancía que embargó sin tener ese derecho. A continuación señalaremos un ejemplo real del cual se modificaron los datos personales de conformidad con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

- a) La Administración Local de Recaudación de San Luis Potosí, en el Estado de San Luis Potosí del Servicio de Administración Tributaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, le notificó a Pedro Contreras López diversos créditos fiscales con números de folios 234567, 132435, 576890, 346123, en cantidad total de \$93,444.45, los cuales el señor Pedro desconoce de dónde provienen, sin embargo, al señor Pedro le han iniciado un Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera, por lo que su carro marca BMW, modelo 2000, color azul rey, número de serie 2678942300, se encuentra embargado por la autoridad aduanera.
- b) El día 20 de agosto de 2016, el señor Pedro inconforme con la determinación de la Administración Local de Recaudación de San Luis Potosí, en el Estado de San Luis Potosí, acude ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, específicamente a la Primera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior, con sede en la Ciudad de México, a interponer el juicio de nulidad en contra de la resolución indicada en el inciso a), en términos del artículo 16, fracción II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, es decir desconoce la resolución que dio origen a los créditos fiscales números 234567, 132435, 576890, 346123, en cantidad total de \$93,444.45, por lo que se reserva su derecho de ampliar la demanda respectiva hasta en tanto se le den a conocer los motivos y fundamentos de dichos determinantes, de conformidad con el artículo 17, fracción II de dicho ordenamiento.

- c) La Primera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior, con sede en la Ciudad de México, admite la demanda en términos del artículo 16, fracción II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, fundamentando su competencia material en el artículo 3, fracción XI de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y ordena correr traslado a la autoridad demandada la Administración Local de Recaudación de San Luis Potosí, en el Estado de San Luis Potosí, para que en el término de treinta días hábiles contados a partir de que surta efectos la notificación del auto admisorio, formule su contestación de demanda.
- d) En virtud de que el señor Pedro desconocía el origen y resolución por la que le determinaron los créditos indicados, él manifestó la fecha en que tuvo conocimiento por primera vez de la existencia de dichos créditos, señalando como fecha el día 20 de junio de 2016.
- e) La autoridad demandada, formula la contestación de la demanda, argumentando que trata de un acto consentido, lo anterior en virtud de que la resolución determinante de los créditos fiscales números 234567, 132435, 576890, 346123, en cantidad total de \$93,444.45, le fue legalmente notificada por estrados el 27 de mayo de 2011, por lo que la presentación de la demanda del señor Pedro, era extemporánea, en consecuencia, el juicio debía sobreseerse de conformidad con el artículo 8, fracción IV.
- f) Al actualizarse las hipótesis previstas en el artículo 17, fracciones II y V de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se otorgó a la parte actora el término para que realizará la ampliación de demanda correspondiente, en la cual el señor Pedro indica que la autoridad actúo en contravención del artículo 134 del Código Fiscal de la Federación, toda vez que nunca citó qué hipótesis de dicho numeral se actualizó para que la autoridad demandada, procediera a notificarle la resolución crediticia por medio de estrados. Cabe precisar que la notificación por estrados, se debe encontrar debidamente fundada y motivada por la autoridad y que en caso de no hacerse de tal modo, ésta resultará ilegal.
- g) Visto el contenido de la ampliación de demanda, la Sala del Tribunal Federal de Justicia Administrativo, corrió traslado de la misma a la autoridad demandada para que formulará la contestación a la ampliación de demanda, en la cual señaló que procedió a la notificación ya que el señor Pedro se encontraba como no localizable en el domicilio fiscal que tiene registrado ante la autoridad fiscal.
- h) En ese orden de ideas, se concedió término a las partes para formular alegatos y la Sala Especializada en Comercio Exterior, procedió a la elaboración del proyecto de sentencia correspondiente, en la cual declaró la nulidad lisa y llana de la resolución contenida en el oficio 500-043-03-23-2016, al actualizarse la caducidad especial, asimismo condenó a la autoridad demandada a que una vez firme la sentencia, procediera a devolver el vehículo marca BMW, modelo 2000, color azul rey, número de serie 2678942300 a la persona que acreditara ser el legal propietario o tenedor del mismo.

- i) No obstante que se condenó a la autoridad demandada a la devolución del vehículo marca BMW, modelo 2000, color azul rey, número de serie 2678942300, ésta fue omisa en dar cabal cumplimiento a la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada en comercio exterior, por lo que el señor Pedro acudió ante la autoridad demandada para que ésta, diera cumplimiento en la forma y términos precisados en la sentencia.
- j) Por su parte, la autoridad demandada le indicó que su vehículo había sido objeto de comercialización por lo que el Fisco Federal ya no lo tenía en su poder, de ahí la imposibilidad física, material y legal para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, pero que podía solicitar el resarcimiento económico.
- k) El señor Pedro acudió a presentar su solicitud de resarcimiento ante la Administración Local de Recaudación de San Luis Potosí, en el Estado de San Luis Potosí del Servicio de Administración Tributaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual fue resuelta por la Administración Local Jurídica de San Luis Potosí, en la cual después de que se le había determinado un crédito de \$93,444.45, (noventa y tres mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos), únicamente se le autoriza la devolución por cantidad de \$38,603.55, (treinta y ocho mil seiscientos tres pesos con cincuenta y cinco centavos), la cual fue resultado del procedimiento indicado en los artículos 27 y 89 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público el cual indica que el cálculo será: importe bruto obtenido por la comercialización del vehículo, al cual se le restarán el total de los gastos y costos de administración, resultado al que se le sumarán los rendimientos obtenidos por la venta y lo que se obtenga será la cantidad a devolver.
- l) Sin embargo, aún y con la resolución que le autoriza el pago al señor Pedro, la autoridad no le devuelve el efectivo autorizado, ya que indica en su resolución de resarcimiento económico, que la autoridad competente de conformidad con el Reglamento Interior del SAT, es el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), porque el señor Pedro aún y con una sentencia favorable y la cantidad autorizada, sigue sufriendo las consecuencias de los errores de la Administración Pública.
- m) En consecuencia, el señor Pedro, acude ahora ante la Primera Sala Especializada en Comercio Exterior a interponer queja por omisión, de conformidad con los artículos 57, primer párrafo y 58, fracción II, inciso a) punto 3 e inciso b) de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en el cumplimiento de la sentencia, la cual se admite a trámite, corriéndose traslado a la autoridad demandada, para que, en el término de cinco días hábiles, contados a partir de que surta efectos la notificación a efecto de que manifieste lo que a su derecho convenga, en relación a la queja interpuesta.

- n) Una vez desahogada la vista por parte de la autoridad demandada e integrada la queja la Sala Especializada en Comercio Exterior, procede a elaborar la interlocutoria correspondiente.
- o) La Sala Especializada en Comercio Exterior, en la interlocutoria correspondiente a la queja, indica que al existir un principio de ejecución¹⁰ de la sentencia por parte de la Administración Local de Recaudación de San Luis Potosí, en el Estado de San Luis Potosí del Servicio de Administración Tributaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el sentido de autorizar el resarcimiento al señor Pedro por la cantidad de \$38,603.55, respecto al vehículo embargado, sin embargo señala que dentro de las facultades establecidas en el Reglamento Interior del SAT así como en el capítulo tercero de los Lineamientos del SAE, para la transferencia de bienes provenientes de comercio exterior, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2005, indica que será el SAE, por conducto del Director Corporativo de dicha administración quien deberá efectuar el pago autorizado.
- p) En ese orden de ideas la Sala, procede con fundamento en los artículos 57, primer párrafo y 58, fracciones I, inciso a) y II, punto 3, inciso f) de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, otorgarle a la Administradora Local Jurídica de San Luis Potosí del SAT, el término de tres días hábiles, a fin de que haga uso de todos los medios a su alcance para que el Director Corporativo de Bienes del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, realice al señor Pedro el pago por concepto de resarcimiento económico por la cantidad de \$38,603.55.

La anterior determinación encuentra sustento en la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, con número 1º.9.A. J/3 (10ª), visible en la página 1380, Libro 4, Tomo II, Décima Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación.

Lo anterior toda vez que aún y cuando el Director Corporativo de Bienes del SAE, no fue autoridad demandada en el juicio, de conformidad con el artículo 57 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, tiene el carácter de autoridad vinculada en el cumplimiento a la sentencia.

Podemos advertir del análisis del procedimiento de resarcimiento económico señalado, que éste se desprende porque la autoridad aduanera (Administración Local de Recaudación en San Luis Potosí) no se encontraba en posibilidad de devolver el vehículo que había sido embargado precautoriamente, por ello se le señala al particular que puede optar por el resarcimiento. No debemos olvidar que el resarcimiento establecido en el artículo 157 de la Ley Aduanera dicta que en su caso,

¹⁰ Entendiéndose como principio de ejecución de la sentencia en el juicio contencioso administrativo federal como aquél principio en el cual la autoridad demandada ha realizado diversas gestiones con la intención de dar cumplimiento a la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, pero que por cuestiones ajenas y no atribuibles a dicha autoridad no ha podido darse el debido cumplimiento a la sentencia, principio que se relaciona con el principio general de derecho que indica que a lo imposible nadie está obligado.

el pago por el resarcimiento deberá efectuarse por el valor determinado conforme a la clasificación arancelaria, entre otros, y actualizado ó el pago del bien actualizado. Ello es lo que estatuyó el legislador. No obstante, no advertimos que así se haya efectuado. La determinante que prevaleció para la devolución fue el valor de la comercialización del vehículo menos otros gastos. De esto nos resulta un desapego de la norma jurídica por quienes la aplican (La Administración Local Jurídica de San Luis Potosí y el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes ambas autoridades pertenecientes al Servicio de Administración Tributaria). Aunado a estar en oposición con el contenido de la norma, se aleja de los criterios jurisdiccionales que señala que en caso de discrepancia entre leyes (como es el presente que nos ocupa), debe aplicarse la ley aduanera por ser la especial.¹¹

Conclusiones

1. La tardanza, el retraso en la administración de justicia, el cumplimiento parcial y fuera de lo contemplado en el supuesto del art. 157 de la Ley Aduanera, son formas de ineficacia de las normas que los tribunales deben abatir.
2. La eficacia de una norma conlleva a que materialmente se cumpla con el mandato estatuido, por lo que consideramos, con base a lo analizado en lo expuesto que existe un déficit de eficacia para el cumplimiento de lo previsto en el art. 157 de la Ley Aduanera, circunstancias que se advierten del análisis del proceso de resarcimiento económico verificado lo que incide en su determinación.
3. Las autoridades administrativas y judiciales, deben asegurarse del cumplimiento correcto de sus determinaciones cuando están soportadas en la normativa jurídica, ello para asegurar un orden y una adecuada eficacia de las normas jurídicas y de la tutela judicial efectiva.
4. Cumplir a medias, no es eficaz. Es soslayar un derecho, que con independencia de las justificaciones como el disminuido presupuesto que pueda desprenderse o por la diversidad de autoridades que intervienen en su acatamiento, sea razón para desvirtuar la figura del resarcimiento económico en materia aduanera.
5. Las autoridades tienen el deber normativo de procurar la efectividad de la sentencia y respetar el principio de la legalidad, así como los derechos derivados del fallo protector y las propias normas.

Fuentes de consulta

- CANCINO, Rodolfo, TREJO, Pedro, *Nuevo Derecho Aduanero Electrónico*, Novum, México, 2015, pp.395.
- CORREAS, Óscar, *Eficacia*, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Porrúa, Tomo III, Distrito Federal, México, 2002, pp.934.

¹¹ Tesis 2006844 IV.1o.A.22 A (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo II. Pág. 1810.

- HIERRO, Liborio L, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel S.A., Barcelona, España, 2003, pp.239.
- MARISCAL URETA, Karla Elizabeth, *El derecho a la tutela efectiva. La sentencia en el proceso contencioso administrativo*, VIESCA DE LA GARZA, Eduardo J., et. al. (Coordinadores), Porrúa, México, 2017, pp. 381.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, UNAM, 2da. Ed. 1986, pp.359.
- TREJO VARGAS, Pedro, *Tratado de Derecho Aduanero*, Editores TAXXX, México, 2013, pp.608.

Legisgrafía

- Acuerdo G/JGA/49/2015 Inicio de Funciones de la Segunda Sala Regional de Oriente, Sala Regional de Morelos, Sala Regional de San Luis Potosí, Décimo Segunda, Décimo Tercera Y Décimo Cuarta Salas Regionales Metropolitanas.
- Acuerdo SS/11/2015 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Reglamento Interior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- Acuerdo SS/8/2015 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Reglamento Interior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- Código fiscal de la federación,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_250618.pdf. Última consulta lunes, 20 de agosto de 2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Agenda de amparo, Editorial ISEF, Sección II, 2018, pp.152.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Aduanera, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 2018.
- Ley federal de procedimiento contencioso administrativo,
<http://marcojuridico.tfja.gob.mx/lfpca.html>. Última consulta lunes, 20 de agosto de 2018.
- Ley orgánica del tribunal federal de justicia administrativa
<http://marcojuridico.tfja.gob.mx/lotfja.html>. Última consulta lunes, 20 de agosto de 2018.
- Plan estratégico 2010-2020, Tribunal Federal de Justicia Administrativa
<http://marcojuridico.tfja.gob.mx/planEst.html>. Última consulta lunes, 20 de agosto de 2018.
- Reglamento interior del tribunal federal de justicia administrativa,
<http://marcojuridico.tfja.gob.mx/ritfj.html>. Última consulta lunes, 20 de agosto de 2018.
- Tesis 2008230. III.3o. J/16 (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, enero de 2015. Tomo II. Pág. 1691 Última consulta jueves 5 de junio de 2018.

- Tesis 2005830. I.9o.A. J/3 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, marzo de 2014. Tomo II. Pág. 1380. Última consulta lunes 19 de noviembre de 2018.
- Tesis 2006844 IV.1o.A.22 A (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, junio de 2014, Tomo II. Pág. 1810. Última consulta lunes 19 de noviembre de 2018.

El seguro de invalidez en las Leyes de seguridad social*

Verónica Lidia Martínez Martínez**

RESUMEN: *Partiendo del concepto de invalidez, en este trabajo se analizan los requisitos y procedimientos administrativos para determinar el estado de invalidez y acceder a las diversas prestaciones previstas en los regímenes de seguridad establecidos por el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que se estudian en esta obra. Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió de la consulta de fuentes especializadas en derecho de la seguridad social y medicina del trabajo, las que al amparo de los métodos deductivo y comparado, nos permitieron comprender no sólo las disimilitudes existentes entre los distintos esquemas prestacionales que operan en el seguro de invalidez, de cuya regulación se han ocupado las leyes de seguridad social, sino los inconvenientes de establecer un sistema de baremación para determinar un grado de valuación en el caso de la invalidez, tal y como opera en el seguro de riesgos de trabajo.*

Palabras clave: *estado de invalidez, dictamen médico, pensión de invalidez, semanas de cotización, enfermedad general.*

ABSTRACT: *Based on the concept of disability, this paper analyzes the requirements and administrative procedures to determine the status of disability and access the benefits provided in the safety regimes established by the Mexican Social Security Institute and the Institute of Social Security and Services. the Workers of the State, whose study we also deal with in this work. From the methodological point of view, the research required the consultation of specialized sources in social security law and occupational medicine, which under the deductive and comparative methods, allowed us to understand not only the dissimilarities between the different schemes benefits that operate in disability insurance, whose regulation has been dealt with by social security laws, but the disadvantages of establishing a system of scale to determine a degree of valuation in the state of disability, as occurs in the insurance of work risks.*

Keywords: *disability status, medical opinion, disability pension, contribution weeks, general illness.*

SUMARIO: Introducción. 1. El estado de invalidez en los regímenes de seguridad social. 2. Requisitos de procedencia del seguro de invalidez. 3. Prestaciones del seguro de invalidez en las leyes de seguros sociales. 4. Procedimientos para

* Artículo recibido el 28 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2018.

** Doctora y maestra en derecho, especialista en derecho social, grados obtenidos con Mención Honorífica. Académica de la Universidad Anáhuac, Campus Norte de la Ciudad de México e Investigadora de la Dirección Jurídica para la Evaluación y Control de la Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación de la H. Cámara de Diputados; contacto: marb_cap@hotmail.com

determinar el estado de invalidez. 5. El sistema de baremación en la invalidez. A modo de conclusión. Bibliografía.

Introducción

Con base en el método comparado en el presente trabajo se realiza un estudio de los requisitos que se deben reunir en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado para acceder a las prestaciones del seguro de invalidez, de cuya revisión también nos ocupamos en esta obra con la finalidad de identificar los distintos esquemas de protección que existen en México al suscitarse una enfermedad de corte general.

Por supuesto, una parte medular del trabajo lo constituyó la revisión del material documental dedicado al ámbito de medicina del trabajo y los seguros sociales, al ser herramientas útiles para identificar la terminología empleada en el ámbito de los riesgos no profesionales y la falta de regulación de los procedimientos para determinar el estado de invalidez en las normas de seguridad social, lo que dificulta la justiciabilidad de los derechos que derivan de este seguro.

Finalmente, en el último apartado del trabajo se realiza la revisión de la conveniencia de instaurar un sistema de baremación en el seguro de invalidez, tal y como opera en el seguro de riesgos de trabajo y ante la referencia a los grados de invalidez en las normas de seguridad social.

1. El estado de invalidez en los regímenes de seguridad social

De acuerdo con el artículo 118 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (en adelante Ley del ISSSTE) y el artículo 119 de la Ley del Seguro Social (en lo sucesivo LSS), existe invalidez cuando el asegurado se halla imposibilitado para procurarse, mediante un trabajo igual, una remuneración superior al cincuenta por ciento de su remuneración habitual percibida durante el último año de trabajo y esa imposibilidad deriva de una enfermedad o accidente no profesionales, a consecuencia del agotamiento de las fuerzas físicas o mentales, o defectos físicos o mentales de origen natural, lo que implica que no existe relación de causa-efecto-daño con los accidentes de índole laboral, la actividad profesional o el medio ambiente en que es prestado el servicio por el asegurado.

Por su parte, los artículos 118 de la Ley del ISSSTE y 122 de la LSS disponen que además de la presencia de las enfermedades de orden general o del agotamiento de las fuerzas físicas o mentales, defectos físicos o mentales de origen natural, para que proceda el otorgamiento y pago de las prestaciones del seguro de invalidez, el perito médico o el médico de Salud en el Trabajo de los institutos de seguridad social debe dictaminar padecimientos de orden no profesionales con un determinado grado, como se muestra en el siguiente cuadro:

Grado de invalidez	Resultado
0%	No existe estado de invalidez

1% a 49%	No existe estado de invalidez
50% a 74%	Estado de invalidez
75% en adelante	Estado de invalidez

Cuadro 1. Grados de Invalidez

Elaboración propia con base en la LSS y la Ley del ISSSTE

Es necesario señalar que cuando la imposibilidad se sustente en enfermedades o padecimientos de origen no profesional que por su gravedad o naturaleza provocan una imposibilidad total para desarrollar sus labores, la circunstancia de que aparezca inscrito como trabajador en activo de un patrón, o se justifique que tiene un empleo, no desvirtúa la imposibilidad citada.¹

En cambio, si se trata de enfermedades que no provocan con su sola presencia una imposibilidad total y que por su naturaleza requieren de una evolución avanzada para provocar ese desgaste, en el supuesto de que se vea corroborado con pruebas que justifican que el asegurado está trabajando y que no tuvo variación salarial en el último año con motivo de su empleo, inferior al porcentaje indicado, dichas probanzas sí desvirtúan la imposibilidad referida por los peritos, quedando a cargo del asegurado demostrar que si bien aparece como trabajador en activo del patrón, esto se debe a circunstancias ajenas a la prestación del servicio.²

Y es que si bien es cierto que con la pericial médica puede acreditarse la privación de la ganancia en el monto referido, será la autoridad laboral la que determine la eficacia o ineficacia de esta probanza para la configuración del estado de invalidez, con base en la facultad de interrogar a los peritos respecto a la trascendencia de las patologías, las circunstancias personales del asegurado relativas a su edad, antigüedad laboral, trabajos desempeñados, exigencias mínimas de salud requeridas para el desempeño de la actividad última realizada, su capacidad y limitación para dicha actividad, sus antecedentes médicos, etcétera, confrontándolas con la naturaleza de los padecimientos de orden no profesional que presenta el asegurado³ y las funciones que desempeña.

¹ Tesis PC.IV.L. J/10 L (10a.) Plenos de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo III. Página 1697, bajo el rubro: INVALIDEZ CONFORME A LOS ARTÍCULOS 128 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL DEROGADA Y 119 DE LA VIGENTE. LA IMPOSIBILIDAD DEL ASEGURADO DE PROCURARSE UNA REMUNERACIÓN SUPERIOR AL 50% DE LA HABITUAL PERCIBIDA EN EL ÚLTIMO AÑO, DERIVADA DE AQUÉLLA, ES SUSCEPTIBLE DE SER DESVIRTUADA SI ESTÁ LABORANDO AL MOMENTO DE SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE AQUÉLLA, DEPENDIENDO DE LA NATURALEZA DE LAS ENFERMEDADES DIAGNOSTICADAS, DE SUS CARACTERÍSTICAS PERSONALES Y DE LAS FUNCIONES DESEMPEÑADAS. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/196/196120.pdf>. Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018.

² Idem.

³ Tesis IV.2o. J.25. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII, julio de 1998, página. 273, bajo el rubro: INVALIDEZ, ESTADO DE. LA

2. Requisitos de procedencia del seguro de invalidez

De acuerdo con las leyes de seguridad social para que se otorguen y paguen las prestaciones del seguro de invalidez es necesario que los derechohabientes cumplan con los requisitos que exige el régimen de seguridad social aplicable.

De esta forma, conforme a los artículos 128, 131 y 133 de la LSS de 1973 que tiene aplicabilidad para los asegurados que hayan cotizado antes del 1º de julio de 1997 al régimen obligatorio del IMSS,⁴ las prestaciones del seguro de invalidez se otorgarán cuando se cumplimenten los siguientes requisitos:

a. Que los Servicios Médicos de Salud en el Trabajo del Instituto Mexicano del Seguro Social (en lo sucesivo IMSS) dictaminen el estado de invalidez.

PERICIAL MÉDICA ES APTA PARA ACREDITARLO, SI DE LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DEL ASEGURADO Y LA NATURALEZA DE LA ENFERMEDAD O ACCIDENTE, SE DESPRENDE SU IMPOSIBILIDAD PARA DESEMPEÑAR ALGUNA ACTIVIDAD CON UNA REMUNERACIÓN SUPERIOR AL 50% DE LA QUE RECIBIÓ DURANTE EL ÚLTIMO AÑO LABORADO, disponible en:

http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetailGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=10000000000000&Expresion=INVALIDEZ%2C%2520ESTADO%2520DE%2520LA%2520PERICIAL%2520M%25C3%2589DICA%2520ES%2520APTA%2520PARA%2520ACREDITARLO%2C%2520SI%2520DE%2520LAS%2520CIRCUNSTANCIAS%2520PARTICULARES%2520DEL%2520ASEGURADO%2520Y%2520LA%2520NATURALEZA%2520DE%2520LA%2520ENFERMEDAD%2520O%2520ACCIDENTE%2C%2520SE%2520DESPRENDE%2520SU%2520IMPOSIBILIDAD%2520PARA%2520DESEMPE%25C3%2591AR%2520ALGUNA%2520ACTIVIDAD%2520CON%2520UNA%2520REMUNERACION%25C3%2593N%2520SUPERIOR%2520AL%252050%2525%2520DE%2520LA%2520QUE%2520RECIBI%25C3%2593%2520DURANTE%2520EL%2520%25C3%2591TIMO%2520A%25C3%2591O%2520LABORADO&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSelecci

onadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=195918&Hit=1&IDs=195918&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Fecha de consulta: 30 de julio de 2018.

⁴ Conforme al artículo tercero transitorio de la LSS. Los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, así como sus beneficiarios, al momento de cumplirse, en términos de la Ley que se deroga, los supuestos legales o el siniestro respectivo para el disfrute de cualquiera de las pensiones, podrán optar por acogerse al beneficio de dicha Ley o al esquema de pensiones establecido en el presente ordenamiento. De igual manera, el artículo quinto transitorio de la LSS reza: Los derechos adquiridos por quienes se encuentran en período de conservación de los mismos, no serán afectados por la entrada en vigor de esta Ley y sus titulares accederán a las pensiones que les correspondan conforme a la Ley que se deroga. Tanto a ellos como a los demás asegurados inscritos, les será aplicable el tiempo de espera de ciento cincuenta semanas cotizadas, para efectos del seguro de invalidez y vida. Y, finalmente el artículo undécimo transitorio de la LSS dispone que los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, al momento de cumplirse los supuestos legales o el siniestro respectivo que, para el disfrute de las pensiones de vejez, cesantía en edad avanzada o riesgos de trabajo, se encontraban previstos por la Ley del Seguro Social que se deroga, podrán optar por acogerse a los beneficios por ella contemplados o a los que establece la presente ley. *Vid.* Ley del Seguro Social, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf. Fecha de consulta: 30 de julio de 2018.

b. Que el asegurado haya cotizado 150 semanas de cotización al régimen obligatorio del seguro social y se encuentre dentro del periodo de conservación de derechos⁵ al momento de declararse el estado de invalidez.

c. Que se determine la imposibilidad temporal o definitiva del asegurado para procurarse, mediante trabajo, una remuneración superior al cincuenta por ciento de la habitual percibida durante su último año de trabajo, y que esa imposibilidad derive de una enfermedad o accidente de índole no profesional.⁶

d. Que el derechohabiente presente la solicitud para obtener las prestaciones del seguro de invalidez

e. Que el derechohabiente se someta a los reconocimientos y tratamientos que los médicos del IMSS prescriban. De acuerdo con el artículo 124 de la LSS, la inobservancia de esta exigencia provoca la suspensión de la pensión de invalidez.

Tratándose de las actuales LSS y Ley del ISSSTE en el régimen de cuentas individuales, con excepción del período de espera,⁷ deben cumplirse los mismos requisitos que exige la LSS de 1973. De acuerdo con los artículos 122 de la LSS y 118 de la Ley del ISSSTE, el periodo de espera dependerá del grado de invalidez que se le dictamine al asegurado en las instancias administrativa o jurisdiccional.

En el caso que en el dictamen médico se determine el setenta y cinco por ciento o más de invalidez para acceder a las prestaciones del seguro de invalidez se requiere que el derechohabiente tenga acreditadas ciento cincuenta semanas de cotización conforme al artículo 122 de la LSS. En el mismo supuesto, de acuerdo con el artículo 118 de la Ley del ISSSTE, es necesario que el asegurado haya cubierto sus cuotas cuando menos durante cinco años.

En cambio, al determinarse al asegurado un estado de invalidez valuado en un cincuenta por ciento a setenta y cuatro por ciento, el artículo 122 de la LSS dispone que el asegurado deberá reunir un total de doscientas cincuenta semanas de

⁵De acuerdo con el Glosario de términos técnico-administrativos de uso frecuente en el Instituto Mexicano del Seguro Social, la conservación de derechos es el período por el que se prolonga el disfrute de las prestaciones que reconoce la Ley del Seguro Social, en la forma y términos que la misma establece. *Vid.* Instituto Mexicano del Seguro Social, *Glosario de términos técnico-administrativos de uso frecuente en el Instituto Mexicano del Seguro Social*, IMSS, México, 1982, págs. 236-237. Conforme a los artículos 182 de la LSS de 1973 y 150 de la actual LSS, Los asegurados que dejen de pertenecer al régimen del seguro obligatorio, conservarán los derechos que tuvieron adquiridos a pensiones en los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, por un periodo igual a la cuarta parte del tiempo cubierto por sus cotizaciones semanales, contado a partir de la fecha de su baja. Este tiempo de conservación de derechos no será menor de doce meses.

⁶ Artículo 119 de la Ley del Seguro social, op. cit., nota 4.

⁷ Los periodos de espera son los términos establecidos por la ley en semanas de cotización, reconocidas por el Instituto para que el asegurado obtenga el otorgamiento de las prestaciones de los seguros de enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

cotización para que se le otorguen las prestaciones del seguro de invalidez. Con el mismo grado de incapacidad, el artículo 118 la Ley del ISSSTE establece que es necesario que el asegurado inscrito en el régimen obligatorio del ISSSTE haya cotizado durante cinco años.

Tanto en la LSS como en la Ley del ISSSTE, el asegurado que presente un estado de invalidez permanente, pero no reúna las semanas de cotización requeridas por ambas legislaciones, podrá retirar el saldo de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez en una sola exhibición.

De existir controversia sobre el número de semanas cotizadas en el período de aseguramiento y la vigencia de derechos,⁸ la carga de la prueba recae de manera

⁸ Artículo 899-D de la Ley Federal del Trabajo, disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf. Fecha de consulta: 3 de agosto de 2018 y las tesis siguientes: Tesis: 2a./J. 27/98, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Mayo de 1998, Página: 524, SEGURO SOCIAL. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS COTIZACIONES DE LOS TRABAJADORES QUE SIRVEN DE BASE SALARIAL PARA DETERMINAR LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PENSIONES QUE PREVÉ LA LEY RELATIVA, CORRESPONDE AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, disponible en:

http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100210000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=SEGURO%2520SOCIAL.%2520LA%2520CARGA%2520DE%2520LA%2520PRUEBA%2520DE%2520LAS%2520COTIZACIONES%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=10&Epp=20&Desde=100&Hasta=100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=2,7&ID=197601&Hit=9&IDs=170283,170887,171684,179519,184290,188946,195730,196394,197601,198594&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Fecha de consulta: 25 de agosto de 2018. Tesis: XIX.2o.P.T.2 L (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3. Página 2048, bajo el rubro: PENSIÓN POR CESANTÍA EN EDAD AVANZADA. PARA CUANTIFICARLA CORRESPONDE AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL LA CARGA DE LA PRUEBA DEL PROMEDIO SALARIAL DE LAS ÚLTIMAS 250 SEMANAS DE COTIZACIÓN, AL CONTAR CON MÁS Y MEJORES ELEMENTOS DE PRUEBA QUE EL ASEGURADO, disponible en:

http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3210000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=PENSI%25C3%2593N%2520POR%2520CESANT%25C3%258DA%2520EN%2520EDAD%2520AVANZADA.%2520PARA%2520CUANTIFICARLA%2520CORRESPONDE%2520AL%2520INSTITUTO%2520MEXICANO%2520DEL%2520SEGURO%2520SOCIAL%2520LA%2520CARGA%2520DE%2520LA%2520PRUEBA%2520DEL%2520PROMEDIO%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2003100&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

Fecha de consulta: 23 de agosto de 2018. Tesis: IV.4o.5 L, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Octubre de 1997, Página: 756, bajo el rubro: INVALIDEZ, PENSIÓN DE. CARGA DE LA PRUEBA DE LOS REQUISITOS RELATIVOS AL NÚMERO DE COTIZACIONES SEMANALES PAGADAS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL Y A LA CONSERVACIÓN DE DERECHOS, CONTEMPLADAS POR LOS ARTÍCULOS 131 Y 182 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, disponible en:

directa en los institutos de seguridad social al contar con más y mejores elementos de prueba que el derechohabiente, pues en su calidad de organismos aseguradores, son a quienes les corresponde conservar los comprobantes e información idónea para acreditar el tiempo de cotización por tener a su cargo el registro e inscripción de los trabajadores para efectos del seguro social obligatorio, altas y bajas de éstos, así como el registro de los salarios y sus modificaciones.⁹

Por su parte, de optarse por la pensión de invalidez bajo el sistema establecido en el artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE es necesario que el asegurado haya cotizado durante quince años al régimen obligatorio previsto en este ordenamiento y que la baja que provoque la inhabilitación física o mental por causas ajenas a su trabajo, se acredite mediante dictamen médico.

3. Prestaciones del seguro de invalidez en las leyes de seguros sociales

Al igual que los requisitos para acceder a los beneficios del seguro de invalidez, las prestaciones también dependerán del régimen de seguridad social aplicable. De acuerdo con la LSS de 1973 y la actual LSS, el pensionado por invalidez tendrá derecho a las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad.

En el caso de la LSS de 1973, las prestaciones en dinero del seguro de invalidez son las siguientes:

a. Pensión de invalidez. Esta prestación puede ser cubierta bajo dos modalidades: pensión temporal de invalidez o pensión definitiva de invalidez. El primer tipo de pensión es la que se otorga por periodos renovables de dos años al existir la posibilidad de recuperación del pensionado para el trabajo o cuando por la continuación de una enfermedad no profesional se termine el disfrute del subsidio del seguro de enfermedades y la enfermedad general persista.¹⁰

Por el contrario, la pensión definitiva de invalidez es la que corresponde cuando el estado de invalidez es de naturaleza permanente porque no existe posibilidad de

http://00.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100a10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=INVALIDEZ%2C%2520PENSI%25C3%2593N%2520DE.%2520CARGA%2520DE%2520LA%2520PRUEBA%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&D=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,2,7&ID=197601&Hit=5&IDs=165975,17951Desde9,185147,189571,197601&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Fecha de consulta: 26 de agosto de 2018

⁹ Artículos 251 de la Ley del Seguro Social, op. cit., nota 4 en correlación con los artículos 47, 50, 55, 57, 112, 122 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSS_MACERF.pdf. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2018.

¹⁰ Artículo 130 de la Ley del Seguro Social. Diario Oficial de la Federación de 12 de marzo de 1973. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4606014&fecha=12/03/1973&cod_diario=197813. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018

mejoría o recuperación de las capacidades físico funcionales para el trabajo remunerado, una vez agotado todos los tratamientos médicos disponibles.¹¹

En ambas modalidades, el derecho a la pensión de invalidez comenzará desde el día en que se produzca el siniestro. En caso de que sea incierta la fecha del siniestro que provoque el estado de invalidez, la pensión se comenzará a pagar a partir de la fecha de presentación de la solicitud para obtenerla o de la interposición de la demanda ante las juntas especiales que integran la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje¹² de existir un laudo que así lo condene.

Tanto la cuantía básica como los incrementos anuales de la pensión de invalidez se determinan con base en el salario diario promedio correspondiente a las últimas doscientas cincuenta semanas de cotización que haya cubierto el asegurado dividido entre el salario mínimo general para el Distrito Federal vigente en la fecha en que se cuantifica la pensión de invalidez y la aplicación de la tabla prevista en el artículo 167 de la LSS de 1973, cuyo contenido es el siguiente:

Grupo de salario en veces el salario mínimo general para el D.F.	Porcentaje de los Salarios	
	Cuantía básica	Incremento anual
	%	%
Hasta 1	80.00	0.563
de 1.01 a 1.25	77.11	0.814
de 1.26 a 1.50	58.18	1.178
de 1.51 a 1.75	49.23	1.430
de 1.76 a 2.00	42.67	1.615
de 2.01 a 2.25	37.65	1.756
de 2.26 a 2.50	33.68	1.868
de 2.51 a 2.75	30.48	1.958
de 2.76 a 3.00	27.83	1.083
de 3.01 a 3.25	25.60	2.096
de 3.26 a 3.50	23.70	2.149
de 3.51 a 3.75	22.07	2.195
de 3.76 a 4.00	20.65	2.235

¹¹ Idem.

¹² Ante la inexistencia de los tribunales laborales dependientes del poder judicial federal y de los poderes judiciales de las Entidades Federativas, las juntas especiales que integran la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje continúan resolviendo los conflictos individuales de seguridad social.

El seguro de invalidez en las Leyes de seguridad social

de 4.01 a 4.25	19.39	2.271
de 4.26 a 4.50	18.32	2.302
de 4.51 a 4.75	17.30	2.330
de 4.76 a 5.00	16.41	2.355
de 5.01 a 5.25	15.61	2.377
de 5.26 a 5.50	14.88	2.398
de 5.51 a 5.75	14.22	2.416
de 5.76 a 6.00	13.62	2.433
de 6.01 a LIMITE SUPERIOR ESTABLECIDO	13.00	2.450

Tabla 2. Cuantía de la pensión de invalidez
Elaboración con base en el artículo 167 de la LSS de 1973

Es importante señalar que los incrementos anuales serán computados por el IMSS de acuerdo con el número de cotizaciones semanales reconocidas al asegurado con posterioridad a las primeras quinientas semanas de cotización que se requieren para el otorgamiento de la pensión de invalidez.¹³ El derecho al incremento anual se adquiere por cada cincuenta y dos semanas más de cotización. Tratándose de fracciones del año, los incrementos a la cuantía básica se calcularán de la siguiente manera:

Semanas cotizadas reconocidas	Porcentaje de incremento anual
Con trece a veintiséis semanas reconocidas	Cincuenta por ciento del incremento anual
Con más de veintiséis semanas reconocidas	Cien por ciento del incremento anual

Cuadro 3. Cálculo de incrementos a la cuantía de la pensión de invalidez
Elaboración con base en el artículo 167 de la LSS de 1973

El importe total de la pensión de invalidez será determinado y cubierto por el IMSS con base en la cuantía básica, los incrementos anuales y las asignaciones familiares o ayudas asistenciales.

b. Asignaciones familiares o ayudas asistenciales. Ambas prestaciones, al consistir en una ayuda por carga familiar, se pagan al pensionado por invalidez cuando reúna los requisitos y se encuentre dentro de los supuestos que se consignan en el siguiente cuadro:

Prestación	Beneficiarios	Requisitos	Monto de la cuantía de la pensión de invalidez
Asignación familiar por	Esposa	Acta de matrimonio	15%

¹³ Artículo 167 de la LSS de 1973, op. cit., nota 10.

esposa o concubina	Concubina	Haber vivido con el pensionado durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte. La existencia de este requisito no opera en caso de existir un descendiente. Que el pensionado y la concubina hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.	
Asignación familiar por hijos	Hijos	Acta de nacimiento Menores de dieciséis años De 16 a 25 años, cuando se encuentren estudiando en planteles del sistema educativo nacional, tomando en consideración las condiciones económicas, familiares y personales del beneficiario, siempre que no sea sujeto del régimen obligatorio. No pueda mantenerse por su propio trabajo, debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, en tanto no desaparezca la incapacidad.	10% para cada hijo
Asignación familiar por padres	Madre y padre	Dependencia económica No tener esposa o concubina, ni hijos menores de dieciséis años	10% para cada padre
Ayuda asistencial por soledad	Pensionado	No tener esposa o concubina, ni hijos, ni ascendientes que dependan económicamente del pensionado.	15%
Ayuda asistencial	Ascendiente	Tener un solo ascendiente	10%
Ayuda asistencial	Pensionado	Estado físico que requiera ineludiblemente, que lo asista otra persona de manera permanente o continúa. Dictamen médico que certifique el estado físico del pensionado.	20%

Cuadro 4. Asignaciones familiares y ayudas asistenciales
Elaboración propia con base en los artículos 164 y 166 de la LSS de 1973

Como puede advertirse, en la LSS de 1973 no se contempla el pago de las asignaciones familiares en favor del esposo o concubinario de la pensionada por invalidez en contravención a la prohibición de discriminación y al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres reconocidos en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 1º, 2º, 7º y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 55 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas; los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los artículos 2o, 3º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como los artículos 2o, 3o, 20.2,

24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, todos ellos suscritos por México.

c. Incrementos anuales a la pensión de invalidez. Cada vez que se modifiquen los salarios mínimos, las pensiones de invalidez se incrementarán con el mismo aumento porcentual que corresponda al salario mínimo general del Distrito Federal.¹⁴

d. Aguinaldo. Consistente en el pago de una mensualidad del importe de la pensión de invalidez que es cubierto de manera anual al pensionado.¹⁵

Al igual que la LSS de 1973, el texto vigente de la LSS dispone que el asegurado tiene derecho a que se le otorgue una pensión de invalidez de forma temporal o definitiva cuando reúna todos los requisitos mencionados en el segundo apartado de este trabajo.

La pensión de invalidez es otorgada por una aseguradora en la modalidad de renta vitalicia y equivale al 35% del promedio de los salarios correspondientes a las últimas quinientas semanas de cotización,¹⁶ o las que el asegurado tuviese, siempre y cuando no sean menores de 250 semanas de cotización requeridas para el otorgamiento de la pensión con un grado de invalidez de 50% a 74%, o 150 semanas de cotización cuando se trate de una invalidez del 75% o mayor.¹⁷

Asimismo, el pensionado por invalidez tendrá derecho a las asignaciones familiares o ayudas asistenciales en los mismos términos y condiciones que prescriben los artículos 164 y 166 de la LSS de 1973, y deberá contratar un seguro sobrevivencia, cuya finalidad es cubrir las prestaciones en dinero que se generen en favor de sus beneficiarios al ocurrir su fallecimiento.

Para la contratación de los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia, el IMSS calculará el monto constitutivo, que es la cantidad de dinero que se requiere para contratar ambos seguros.¹⁸ La cantidad que resulta de restar al monto constitutivo el saldo acumulado en la cuenta individual será la suma asegurada que el IMSS deberá entregar a la institución de seguros para la contratación de la renta vitalicia y el seguro de sobrevivencia.¹⁹

Cuando el asegurado tenga un saldo acumulado en su cuenta individual que sea mayor al necesario para integrar el monto constitutivo para contratar los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia podrá optar por: a. retirar la suma excedente en una sola exhibición de su cuenta individual; b. Contratar una renta vitalicia por una

¹⁴ Idem. Artículo 172 de la Ley del Seguro Social de 1973.

¹⁵ Idem. Último párrafo del artículo 167 de la Ley del Seguro Social de 1973.

¹⁶ Artículo 141 de la Ley del Seguro Social, op. cit., nota 4.

¹⁷ Idem. Artículo 122 de la Ley de Seguro Social.

¹⁸ Idem. Fracción VII del artículo 159 de la Ley del Seguro Social

¹⁹ Idem. Artículo 120 de la Ley del Seguro Social.

cuantía mayor, o c. Aplicar el excedente a un pago de sobreprima para incrementar los beneficios del seguro de sobrevivencia.²⁰

Finalmente, en el caso de los trabajadores al servicio del Estado, la pensión de invalidez puede ser cubierta mediante el esquema previsto en su artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE o en la modalidad de cuentas individuales que contempla el mismo ordenamiento. A partir del día primero de enero de 2008, a los trabajadores del ISSSTE se les concedió un término de seis meses para optar por el régimen previsto en el citado artículo décimo transitorio o por la acreditación de bonos de pensión del ISSSTE.

En este sentido, de acuerdo con la fracción VI del artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE, la pensión de invalidez se otorgará de manera vitalicia por un porcentaje del promedio del sueldo básico disfrutado en el último año inmediato anterior, conforme a la tabla siguiente:

Años de servicio	Porcentaje
15	50%
16	52.5%
17	55%
18	57.5%
19	60%
20	62.5 %
21	65 %
22	67.5 %
23	70 %
24	72.5 %
25	75 %
26	80 %
27	85 %
28	90 %
29	95 %

Tabla 5. Cuantía de la pensión de invalidez en la Ley del ISSSTE
Elaborado con base en el artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE

A diferencia del régimen que opera en el artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE, en la modalidad de cuentas individuales, el pago de la pensión de invalidez puede otorgarse de forma temporal o definitiva. El primer tipo de pensión, como su nombre lo indica, se concederá con carácter provisional por un periodo de adaptación de dos años.²¹

Transcurrido el periodo de adaptación, la pensión de invalidez se considerará como definitiva. Este tipo de prestación comienza a partir del día siguiente del

²⁰ Idem.

²¹ Artículo 121 de la Ley del ISSSTE. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_220618.pdf. Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018.

término de la pensión temporal y estará vigente hasta que el pensionado cumpla 65 años de edad y tenga reconocidos por el ISSSTE un mínimo de veinticinco años de cotización, lo que hará procedente que se le pague la pensión de vejez con los recursos que acumuló en su cuenta individual, de conformidad con el artículo 58 del Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la seguridad social (norma mínima) que data de 1952.

Al concluir la vigencia del contrato del seguro de invalidez, el asegurado recibirá la pensión garantizada cuando no haya cotizado durante veinticinco años al régimen obligatorio previsto en la Ley del ISSSTE.²²

La cuantía básica de la pensión de invalidez es equivalente al treinta y cinco por ciento del promedio del sueldo básico disfrutado en el último año inmediato anterior a la fecha de la baja del asegurado, y podrá tener un monto máximo de diez veces el salario mínimo. En caso de que la cuantía de la pensión de invalidez sea inferior a la pensión mínima garantizada del IMSS se pagará ésta última al derechohabiente del ISSSTE.²³

Anualmente, en el mes de febrero, la pensión de invalidez se actualizará conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.²⁴ Asimismo, por concepto de gratificación anual a los pensionados del ISSSTE se les cubrirá cuarenta días de pensión. Esta gratificación deberá pagarse, a elección del pensionado en una sola exhibición, pagadera antes del quince de diciembre de cada año, o conjuntamente al cubrirse de forma mensual la pensión de invalidez.²⁵

4. Procedimientos administrativos para determinar el estado de invalidez

En el ámbito administrativo, el IMSS para determinar el estado de invalidez inicia con una valoración médica integral por parte del médico familiar o del médico especialista de segundo nivel o incluso del tercer nivel de atención (Centro Médico Nacional Siglo XXI o Centro Médico Nacional la Raza).

De remitirse al asegurado con el médico adscrito a Salud en el Trabajo se le practicarán los estudios y las valoraciones médicas que sean necesarias para establecer el porcentaje global de pérdida de la capacidad para el trabajo de la persona asegurada o que permitan declararla como medicamente apta para desempeñar sus actividades laborales.

Ante el reconocimiento del estado de invalidez y su correspondiente grado consignados en el Formato ST-4, el asegurado debe tramitar la resolución de

²² Idem. Último párrafo del artículo 122 de la Ley del ISSSTE.

²³ Idem. Artículo 121 de la Ley del ISSSTE.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

otorgamiento de la pensión de invalidez en el área de Prestaciones Económicas de la Subdelegación del IMSS que le corresponda conforme a su domicilio.²⁶

En el caso del ISSSTE, el médico tratante deberá realizar las valoraciones médicas que estime necesarias en el proyecto de dictamen, con la finalidad de que en un plazo máximo de cincuenta y dos semanas, contado a partir de la expedición de la primera licencia médica emita el diagnóstico final del caso.²⁷

El proyecto de dictamen se remitirá al Subcomité de Medicina del Trabajo Delegacional, quien en un término no mayor a treinta días naturales, lo podrá ratificar o modificar para que la Subdelegación de Prestaciones del ISSSTE proceda a enviarlo al Comité de Medicina del Trabajo para que emita el dictamen final a través del formato RT-09.²⁸

Como puede advertirse, la descripción de los trámites realizados ante el IMSS e ISSSTE constituyen procesos para el llenado de la correspondiente documentación institucional, pero se adolece de un procedimiento para dictaminar el estado de invalidez en las leyes de seguridad social.

Las reglas y principios que es necesario instaurar dentro de la LSS y la Ley del ISSSTE para determinar un estado de invalidez son los referentes al ofrecimiento de los exámenes médicos que han de practicarse al asegurado, a quien debiera darse la oportunidad para que ofrezca en los servicios de Salud en el Trabajo del IMSS y del ISSSTE aquellas pruebas que acrediten los padecimientos generales que arguye tener, ya que de esta forma se logrará una mayor imparcialidad en el dictado de resoluciones.

Por supuesto, al ser fundamentales los dictámenes médicos y los formatos institucionales en la determinación del estado de invalidez, pues en ellos se consiga el resultado de los estudios y las valoraciones médicas que se practican a los derechohabientes, ameritan de una adecuada regulación en las leyes de seguridad social. Actualmente de forma incompleta en el artículo 899-E de la Ley Federal del Trabajo, se consignan como requisitos que deben reunir los dictámenes médicos que rinden los peritos de las partes y el perito médico de la autoridad laboral, a los siguientes:²⁹

I. Datos de la identificación y de la acreditación de la profesión de médico

²⁶Instituto Mexicano del Seguro Social. Disponible en:

<http://www.imss.gob.mx/tramites/imss03009>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018.

²⁷ Artículo 58 del Reglamento para la Dictaminación en Materia de Riesgos de Trabajo e Invalidez del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, disponible en:

<http://normateca.issste.gob.mx/webdocs/X12/200903131418421648.pdf>. Fecha de consulta: 27 de abril de 2018.

²⁸ Idem. Artículo 61 del Reglamento para la Dictaminación en Materia de Riesgos de Trabajo e Invalidez del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

²⁹ Artículo 899-E de la Ley Federal del Trabajo, op. cit., nota 8.

- II. Datos de identificación del actor, precisando el documento con el que se comprobó su identidad
- III. El diagnóstico de los padecimientos reclamados
- IV. La expresión de los razonamientos para determinar la relación de causa efecto entre la actividad específica desarrollada por el trabajador y el estado de incapacidad cuya calificación o valuación se determine
- V. Los medios de convicción en los cuales se basan las conclusiones del peritaje, incluyendo la referencia a los estudios médicos a los que se hubiera sometido el trabajador.
- VI. En su caso, el porcentaje de valuación, de disminución orgánico funcional, o la determinación del estado de invalidez.

La exigencia de los requisitos establecidos en la legislación laboral se considera inadecuada porque reduce el dictamen médico al análisis de los padecimientos reclamados, cuando el propósito del desahogo de esta prueba es ilustrar a la autoridad laboral sobre la existencia de todos los padecimientos, secuelas y limitaciones de orden profesional y general. En adición a lo establecido en el 899-E de la Ley Federal del Trabajo, se considera necesario que en el caso de la invalidez, los dictámenes médicos y formatos institucionales contemplen los siguientes aspectos:

- a. Las circunstancias personales de la persona asegurada (edad, sexo, antecedentes hereditarios, área geográfica donde vive, situaciones de índole social, económica, familiar, educativa y ambiental.
- b. Los antecedentes médicos del derechohabiente.
- c. Antecedentes laborales del operario, la antigüedad laboral, el lugar donde se desempeña el trabajo, la duración de la jornada laboral, la naturaleza de los trabajos desempeñados, la descripción de las actividades realizadas, las exigencias mínimas de salud requeridas para el desempeño de la actividad laboral así como la capacidad o limitación del asegurado para dicha actividad.
- d. Los resultados obtenidos de la exploración física y clínica.
- e. El diagnóstico nosológico conforme a la nomenclatura oficial de las enfermedades, esto es, el nombre de la enfermedad o enfermedades que presenta el asegurado.
- f. El diagnóstico etiológico que permite determinar el origen de los padecimientos
- g. El diagnóstico anatómico funcional para determinar los trastornos de estructura y funcionalidad.
- h. Aspectos o cambios patológicos que suelen designarse normalmente como signos o síntomas
- i. La interpretación de los estudios realizados al asegurado.

Se considera que la incorporación de los anteriores elementos contribuirá a erradicar las simulaciones de los asegurados y dotar de una mayor certeza y seguridad jurídica la toma de resoluciones administrativas o jurisdiccionales en lo referente a la determinación de la invalidez y al otorgamiento de las prestaciones que la misma provoca como medida de reparación del daño que presenta el derechohabiente en su organismo a consecuencia de padecimientos de orden general que le impiden desempeñar su trabajo y percibir una remuneración en un porcentaje equivalente a la mitad de lo obtenido en el año inmediato anterior.

5. El sistema de baremación en la invalidez

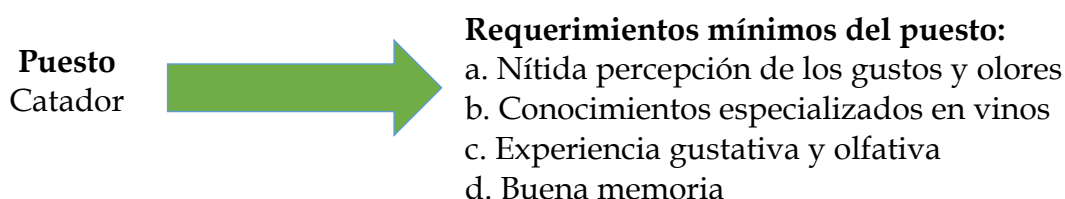
Normalmente cuando hablamos de baremo o tablas de minusvalía, nos referimos a un sistema matemático de valoración del daño corporal, cuyas normas asignan un valor (fijo o en forma de intervalo) a los padecimientos, lesiones y secuelas reconocidos como de índole no profesional. A pesar de que los baremos están en relación con la materia que se valora y la legislación aplicable, en cuanto a sus estructura suelen estar ordenados por aparatos, sistemas o por la gravedad de los padecimientos.

En México, la LSS vigente a partir del 1º de julio de 1997 y la Ley del ISSSTE en vigor a partir del 1º de abril de 2007 exigen la determinación de un grado de invalidez que oscila entre un 50% a un 74% y un 75% en adelante, pero en ambas disposiciones normativas y sus respectivas disposiciones reglamentarias es inexistente el sistema de baremación de la invalidez, lo que provoca la falta de una escala graduada de referencia que contenga por orden creciente categorías o clases que permitan “medir” la deficiencia corporal global.

Y es que los porcentajes contenidos en los artículos 118 de la Ley del ISSSTE y 122 de la actual LSS contrastan con la regulación que se hace de la invalidez de optarse por la LSS de 1973 y la abrogada Ley del ISSSTE de 1983, en donde los médicos de Salud en el Trabajo del IMSS y del ISSSTE, así como los peritos médicos comparecientes ante las autoridades laborales, por más de veinte años, sólo determinaban en sus respectivos dictámenes, si el asegurado se encontraba apto para prestar sus servicios o presentaba un estado de invalidez ante la pérdida de la capacidad para el trabajo determinada como resultado de la comparación realizada entre los requerimientos del puesto de trabajo y las capacidades de la persona, lo que hace innecesario el establecimiento de un baremo.

Bajo este panorama es que surgen las preguntas siguientes: ¿Es necesario un sistema de baremación para determinar el estado de invalidez? ¿La invalidez puede ser medida conforme a grados de valuación?

Para dar respuesta a los cuestionamientos planteados utilizaremos dos ejemplos. El primero de ellos, se trata del caso de un catador.



Al ser fundamental la percepción y experiencia gustativa, la ageusia³⁰ provoca la incompatibilidad entre el puesto de catador y los requerimientos que se exigen para el desempeño de la actividad laboral, siendo procedente la invalidez, lo que no ocurre, por ejemplo, en el caso de un trabajador que se dedica a las labores de aseo y limpia o cualquier otro trabajo que no requiera de la optimización de los sentidos del gusto y el olfato.

El segundo caso, es de un chofer con pérdida de los dos ojos.



De igual manera, en este caso ante la pérdida de la agudeza visual binocular y de la visión tridimensional, existe la incompatibilidad entre el puesto de chofer y los requerimientos que se exigen para el desempeño de la actividad laboral, lo que no ocurre, por ejemplo, en el caso de un trabajador dedicado a labores de carácter administrativo.

Como puede advertirse de las anteriores ejemplificaciones, el perito médico debe analizar a la persona asegurada en forma global, como lo que es, un ser bio-psico-social e individualizar cada caso.³¹ El estado de invalidez al derivar de la incompatibilidad entre las capacidades de la persona asegurada y los requerimientos que se exigen para el desempeño del puesto de trabajo, requiere de una valoración técnica y profesional en la que se tome en consideración tanto la capacidad laboral como la autonomía del asegurado

Mientras que la capacidad laboral es el conjunto de aptitudes que permiten asumir las exigencias de cualquier puesto de trabajo;³² la autonomía es la capacidad de efectuar las actividades de la vida diaria sin ayuda o supervisión de terceros.³³

³⁰ La ageusia es la pérdida del sentido del gusto

³¹ Díaz Vega, Manuel, *Criterios para dictaminar la invalidez*, disponible en:

http://www.medigraphic.com/medicospostgraduadosimss/capitulos/Cap_MedTra/MT-act-23.ht

m. Fecha de consulta: 19 de agosto de 2018

³² Comisión Técnica de Invalidez, *Normas para la Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez de los Trabajadores Afiliados al Nuevo Sistema Previsional*. Séptima edición. Santiago, Diciembre 22, Sesión N°2, pág. 7.

³³ Idem.

En México se han adoptado las definiciones de actividades de la vida diaria que contiene la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud.

Y es que a pesar de que los seguros de riesgos de trabajo e invalidez coinciden en el bien jurídico garantizado, que es la imposibilidad integral del asegurado para trabajar, mientras la procedencia y extensión de las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo se establece con base en la determinación de las consecuencias del hecho que en el organismo del asegurado se hayan actualizado, precisando así diversos grados de incapacidad, en el caso de la invalidez no es necesario la fijación de grados, debido a que es resultado de la gravedad de los padecimientos generales, de la incompatibilidad entre las capacidades de la persona asegurada y los requerimientos que se exigen para el desempeño del puesto de trabajo aunada a la imposibilidad de la ganancia, en un porcentaje equivalente a la mitad de lo obtenido en el año inmediato anterior, lo que hace inoperante la aplicación generalizada de un baremo como acontece en el seguro de riesgos de trabajo.

Es así que se considera que la invalidez no puede ser “medida” de forma porcentual, como sucede en el caso de los padecimientos profesionales, pues al provocarse la incompatibilidad entre el ser humano y la naturaleza del su trabajo por existir un grado de dependencia funcional, da como resultado que el asegurado pierda de forma integral la aptitud y capacidad de realizar su actividad laboral de forma normal, debido a una disminución notable de la salud provocada por un accidente o enfermedad de índole general.

A modo de conclusión

La exigencia de un grado de valuación del estado de invalidez constituye uno de los principales obstáculos para acceder a las prestaciones del seguro de invalidez consignadas en las leyes de seguridad social, pues contraviene la naturaleza de la invalidez, cuya presencia tiene lugar al surgir la incompatibilidad entre el ser humano y su trabajo, lo que hace necesario que el perito médico determine de forma objetiva y en cada caso, si existe tal imposibilidad y cuáles son los requerimientos mínimos que se exigen al operario para desempeñar adecuadamente la función encomendada.

Con gran desacierto se ha exigido un grado de valuación de la invalidez en las leyes de seguridad social para acceder a las prestaciones del seguro de invalidez, pero en las mismas se ha omitido la regulación de un baremo que permita llevar a cabo la “medición” del daño provocado en el organismo de la persona asegurada a consecuencia de enfermedades o accidentes de naturaleza general, lo que provoca incertidumbre jurídica y discrecionalidad en la manera de determinar el estado de invalidez por parte de los institutos de seguridad social o de los organismos encargados de impartir justicia en el ámbito de la seguridad social.

Bibliografía

- DÍAZ VEGA, Manuel, Criterios para dictaminar la invalidez, disponible en: http://www.medigraphic.com/medicospostgraduadosimss/capitulos/Cap_MedTra/MT-act-23.htm. Fecha de consulta: 19 de agosto de 2018.
- INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, Glosario de términos técnico-administrativos de uso frecuente en el Instituto Mexicano del Seguro Social, IMSS, México, 1982
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf. Fecha de consulta: 30 de julio de 2018.
- Convenio (número 102) sobre la seguridad social (norma mínima), Organización Internacional del Trabajo, Normlex, Information System on International Labour, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102. Fecha de consulta: 3 de agosto de 2018.
- Ley Federal del Trabajo, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf. Fecha de consulta: 3 de agosto de 2018.
- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_:240_316.pdf, Fecha de consulta: 15 de agosto de 2018.
- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1983.
- Ley del Seguro Social. Diario Oficial de la Federación de 12 de marzo de 1973.
- Ley del Seguro Social, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_12115.pdf. Fecha de consulta: 30 de julio de 2018.
- Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSS_MACERF.pdf. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2018.
- Reglamento de Prestaciones Económicas y Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4746406&fecha=28/06/1988. Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.
- Reglamento para la Dictaminación en Materia de Riesgos de Trabajo e Invalidez del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, disponible en: <http://normateca.issste.gob.mx/webdocs/X12/200903131418421648.pdf>. Fecha de consulta: 27 de abril de 2018.

- Organización Mundial de la Salud, Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud, OMS, Ginebra, 2001.
- Acuerdo 43.1356.2016 de la Junta Directiva por el que se aprueba el Reglamento para la Dictaminación en Materia de Riesgos del Trabajo e Invalidez del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Diario Oficial de la Federación de 24 de febrero de 2017.
- Comisión Técnica de Invalidez, Normas para la Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez de los Trabajadores Afiliados al Nuevo Sistema Previsional. Séptima edición. Santiago, Diciembre 22, Sesión N°2.
- Instituto Mexicano del Seguro Social. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/tramites/imss03009>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018.

Los Derechos humanos de los trabajadores en el marco de la Reforma Laboral*

Ángel Javier Casas Ramos**

Jorge Martínez Martínez***

RESUMEN: Muchos de los derechos de los trabajadores, son considerados derechos humanos, de corte social, no obstante en los últimos años su importancia parece ser superpuesta por las condiciones de las economías globales, por los requerimientos de productividad y competitividad en los mercados internacionales, lo cual impone la necesidad de recordar que los derechos humanos son en esencia indisponibles para el Estado, tienen por sus propias características una relevancia especial sobre la que no puede supeditarse ningún tipo de interés, salvo otros derechos de la misma naturaleza.

Palabras clave: Reforma laboral, derechos humanos, justicia laboral.

ABSTRACT: Many of the labor rights are considered human rights, also considered social rights, however in recent years their importance seems to be superimposed by the conditions of global economies, by the requirements of productivity and competitiveness in international markets, this circumstances imposes the need to remember that there are unavaliabes for the state; human rigths have their own characteristics, that must be considered with especial relevance on top of the others rights, these not be subordinated of the any kind of interests or facts, except other human rights.

Key words: Labor reform, human rights, labor justice.

SUMARIO: Introducción; 1. Los derechos humanos; 2. Principios generales de los derechos humanos; 3. Principios establecidos expresamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 4. La inalienabilidad e irrenunciabilidad de los derechos humanos; 5. Los derechos humanos en materia de trabajo; 6. Disrupción de la irrenunciabilidad; Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

Se dice que nuestro país ha buscado a través de los años, la tutela de los derechos humanos, aunque ésta se ha enfocado en buena parte hacia una tutela judicial

* Artículo recibido el 29 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 22 de noviembre de 2018.

** Candidato a Doctor en Derecho Procesal por el Centro Mexicano de Estudios de Posgrado, Maestro en Derecho por la Universidad Veracruzana, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, abogado postulante especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

*** Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Candidato a Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

efectiva que comenzó en la rama del derecho penal y que por la influencia de los organismos supranacionales de protección de derechos humanos, impactaron al diseño constitucional del Estado.

La transformación del sistema de control constitucional de concentrado a difuso y sus interpretaciones en vía de regreso no ha logrado vencer las inercias que permanecieron a lo largo de los años, y es ahí donde precisamente estriba no sólo lo loable de la labor, sino el reto que habrá que superar.

Las características de los derechos humanos son aparentemente sencillas y consideradas por algunos autores como principios, de entre los cuales se pondrá especial énfasis en la de inalienabilidad, pues la misma es necesaria para efectos de la presente reflexión.

Hay que destacar que el estudio de los derechos humanos, aunque parece un tema en boga, no lo es, al resultar indudable que epistemológicamente en iusnaturalismo es la corriente más antigua de las existentes, desde luego si se considera al clásico o aristotélico tomista.

Previamente a la concepción actual, la tutela de derechos dependió de un enfoque completamente positivista, en el que pueden destacarse también ventajas o aciertos; sólo que ante el cambio de paradigma su regulación se vuelve indisponible para el estado, en conformidad tanto a los organismos supranacionales de protección de derechos humanos, como a los tratados internacionales que los reconocen, y desde luego a aquellos que intrínsecamente deben ser considerados como derechos humanos a pesar de no encontrarse aún regulados en las fuentes expresadas con antelación.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue un parteaguas en este sentido, al ser cronológicamente la primera en el mundo de contenido social, que planteó y obedeció no solo a la lucha revolucionaria, sino a las tendencias en el mundo que ya evidenciaban la insuficiencia de las constituciones de corte liberal individualista.

Con la reciente reforma constitucional en materia de justicia laboral cotidiana que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2017 -que conduce a la presente reflexión- se ha retrocedido en cuanto a la tutela de los derechos humanos en materia laboral, lo que comprende tanto la parte sustantiva, como el propio derecho humano al debido proceso; con ello surgen algunas inquietudes que de alguna manera se refrendan con el proyecto de reforma a la Ley Federal del Trabajo propuesto por el Partido Revolucionario Institucional y que al menos en apariencia muestran un claro hito en la concepción y aplicación del principio de irrenunciabilidad de los derechos, algo que no solo constituye una antinomia con lo dispuesto por el propio texto de la norma fundamental, sino que amenaza la tutela judicial de los derechos de los trabajadores.

Hoy en día es más claro que nunca, que las características de constitucionalismo social que alguna vez fueron el bastión del Estado mexicano y que debieron

quedarse como una especie de cláusula pétrea, ya no existen más.

El objetivo del presente es reflexionar sobre la importancia de la irrenunciabilidad de los derechos humanos de los trabajadores, y particularmente en tratándose de convenios ante la autoridad laboral; lo que se sustenta en la indisponibilidad de estos derechos; para lo cual primeramente se hace un esbozo de las generaciones de derechos humanos, para continuar con el análisis de los principios generales de los derechos humanos y los reconocidos por la norma fundamental; se señalan los derechos humanos laborales y finalmente se establece cómo el máximo tribunal del país cambia abruptamente lo establecido con antelación, con lo cual los derechos humanos en materia de trabajo son renunciables, lo que sin duda puede ser un retroceso para la tutela judicial efectiva.

1. Los derechos humanos

Desde el punto de vista epistemológico, tal como ya se ha mencionado desde la introducción, la forma más adecuada de estudiarlos es de acuerdo a la visión del iusnaturalismo clásico, al ser la única que permite sostener tanto su existencia, como fundamento emanado de la ley eterna, natural y humana¹, como lo concibió Santo Tomás, ya que en este orden de ideas los derechos humanos son una derivación de leyes de rango superior, y que resultarían indisponibles para el ser humano, con lo que no podrían ser coartados.

Son una concepción del mundo moderno al ser concebidos como tales a partir de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, la cual a su vez es el resultado del cambio de paradigma estatal, producto de la Revolución Francesa.

El reconocimiento de los derechos humanos se ha clasificado por generaciones, de las cuales las tres primeras muestran coincidencias en los estudios doctrinales que sobre el particular se han realizado.

La sistematización de los derechos humanos ha sido ampliamente usada por la doctrina internacional, influenciada por razones ideológicas y políticas características del período de la guerra fría. Sin embargo desde finales de los años ochenta, dicha doctrina ha rechazado enérgicamente esa sistematización con argumentos históricos, éticos, políticos y jurídicos.

El primero en formular esta división en generaciones de derechos fue el checoslovaco, exdirector de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO; Karel Vasák, radicado en París, de ahí que el tema de las generaciones de derechos humanos tiene una base doctrinal francesa.²

La misma autora en cita, sostiene la existencia de una cuarta generación, pero se carece al respecto, de consenso unánime en la doctrina, lo que conduce a establecer que básicamente existen tres generaciones.

¹ TRUJILLO, Isabel, "Iusnaturalismo tradicional clásico, medieval e ilustrado", FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (ed.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, III – UNAM, México, 2015, p. 9.

² FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, BUAP, México, 2015, p. 27.

La primera generación que comprende a los derechos civiles y políticos:

La mayoría de autores señala que en la Constitución de Estados Unidos de América del Norte y en la Declaración Francesa es donde surge la primera generación de los derechos humanos, los llamados “derechos individuales”, que contenían, a la par, derechos civiles y derechos políticos.

Las ideas que dieron forma a estos derechos de la primera generación son proporcionadas al mundo por primera vez por Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás de Aquino, etc., y retomadas posteriormente por Rousseau, Voltaire, Diderot, D’Alembert y otros personajes.³

Si se toma en cuenta que en esta primera generación ya se establecía que los individuos poseían iguales derechos, sin importar su raza, color, idioma o cualquier otro elemento que pudiera distinguirlos, es que se sostiene desde aquel momento el surgimiento de la célula embrionaria del derecho a la igualdad.

Mediante la evolución social, en donde por supuesto se incluye la jurídica y por ende, los instrumentos normativos que posibilitan la delimitación de los hitos históricos que segmentan las generaciones de derechos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la primera en el mundo que rompe el esquema anterior, y le permite catalogarse como de contenido social, seguida por la de Rusia en 1918 y la de Weimar en 1919.

Los derechos de la segunda generación son básicamente de tres tipos: derechos sociales y derechos económicos, sumándoseles casi inmediatamente los derechos culturales. Estas anexiones emergieron debido a las necesidades de los hombres por mejorar sus condiciones de vida social, en el campo, en el renglón cultural, etc.

Los filósofos, ideólogos y pensadores que dan vida a los derechos humanos de la segunda generación, son entre otros, Karl Marx, Federico Engels, Lenin, Hegel y algunos más.⁴

Esto cobra relevancia debido a la tutela colectiva de los derechos, impensable en tanto el diseño constitucional anterior únicamente reconocía o en su caso otorgaba derechos individualmente considerados; no obstante en su evolución se asignó al estado un papel activo, en donde ya se contempló una obligación de hacer por parte del estado.

En este ámbito, el Estado debe actuar como promotor y protector del bienestar económico y social, es decir, tiene que convertirse en garante del bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción, para que éstas desarrollen sus facultades al máximo, individual y colectivamente. Tales derechos han sido propugnados desde hace varios años por el constitucionalismo social, entre los cuales tenemos: derechos al trabajo y a la seguridad social; derechos al salario equitativo, la sindicación, la huelga; derechos al descanso y al pleno empleo, derecho a la educación.⁵

Dentro de los derechos de más reciente reconocimiento, se ubican los de tercera generación también conocidos como de solidaridad, ahí se catalogan a los derechos

³ *Ibidem*, p. 29.

⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁵ VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho, autonomía y educación superior*, IIJ – UNAM, México, 2003, pp. 44-45.

al patrimonio cultural de la humanidad, al desarrollo, los difusos, como el derecho al medio ambiente sano:

En términos generales, se refieren al derecho de los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional. Sólo con la finalidad de dar una idea más exacta de lo que comprende esta tercera generación, mencionaremos algunos: derecho a la paz, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad, derecho a la comunicación, derecho al desarrollo, etc.

[...]

Entre los pensadores, filósofos e ideólogos que hicieron surgir los derechos de la tercera generación podemos mencionar a Harold J. Laski, Benedetto Croce, Marcery Fry, Mahatma Gandhi, Jacques Maritain, Kurt Riezler, George Friedman, Hung – Shulo, Luc Somerhausen, Humayeum Kahir y Richard Mckeen, entre muchos otros.⁶

Sin duda estos derechos se enfocan a un grupo mucho mayor que los de segunda generación, lo que parte de la idea de la solidaridad internacional, este grupo es la humanidad en su conjunto, pero que además no pueden limitarse a los que, anteriormente, en su momento fueron enunciados.

Nueva generación de derechos humanos que viene caracterizada no sólo por su generalidad, que supera la miopía del individualismo, sino por su realismo, que sobrepasa la estrechez de la concepción socialista, der regreso de todas las discriminaciones injustificadas a la raíz profunda de lo humano, a la preocupación por la salvación de la especie, integralmente, alejada a la vez de los particularismos nacionalistas como el racismo, el clasismo y el ideologismo que dividen irracionalmente a los hombres.⁷

De ahí que es factible argumentar que los nuevos derechos o derechos emergentes, sigan subsumiéndose en la tercera generación, o bien que en la medida en que la evolución o el desarrollo lo exija, sean concebidos nuevos derechos y consecuentemente nuevas generaciones de éstos.

2. Principios generales de los derechos humanos

Algunas características de los derechos humanos han sido conceptualizados como principios, aunque por característica podemos entender un atributo que distingue a un objeto de estudio, y por principio una optimización u orientación del objeto en razón de su característica; mientras la característica define al objeto, el principio sujeta al objeto hacia una dirección específica, de la que no debe alejarse; se sostiene la idea de que los derechos humanos tienen cualidades que no solo los describen sino que imponen la observancia de esa cualidad.

Para efectos del presente, se parte de la consideración de que se trata de principios y no de características, aunque finalmente esto no deja de ser opinable.

Los principios son uno de los componentes del derecho, y como tales sirven de fundamento a las normas jurídicas, así como también permiten la solución de

⁶ FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, op. cit., p. 32.

⁷ SÁCHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, IJ – UNAM, México, 2002, p. 208.

antinomias, lo que desde luego comprende también su interpretación.

Aunque resulta complicado dar una aproximación de lo que debe entenderse por tales, es posible establecer que son postulados o máximas, que cuentan con ciertas características para ser considerados como tales, y el ser universales, evidentes e inmutables.

La universalidad debe ser entendida como la validez que encuentran en todo tiempo y lugar, de manera que no pueden relativizarse por cuestiones geográficas, o de pertenencia a determinado sistema jurídico.

La característica siguiente, es decir ser evidentes, implica que su entendimiento sobresale sin requerir un acto de intelección complejo, lo que además los hace comprensibles para todos, de manera que es innecesario realizar interpretación.

Asimismo son inmutables, porque permanecen incólumes a través del tiempo, de manera que es imposible que sufran transformaciones, característica que tiene relación directa con la universalidad.

No deben confundirse con los valores, ya que desde el punto de vista filosófico, los principios son, y los valores valen, es decir se atribuyen como cualidades del ser; no obstante pueden existir principios que coincidentemente sean también valores, lo que en ningún caso modifica su propia naturaleza. Los principios permiten la formulación de una Teoría General del Derecho, válida en cualquier tiempo y lugar, y le otorgan coherencia, sistematicidad y sentido a la misma, a pesar de la coexistencia con otros elementos con los cuales se establecen relaciones y jerarquía. De manera que en el caso particular de los derechos humanos, también es posible sustentarlos en principios propios, y de acuerdo a lo establecido con anterioridad permite vislumbrar claramente la naturaleza de éstos derechos, así como su importancia; a partir de ello es factible sostener igualmente la existencia de otros principios adicionales a los que señala nuestra Constitución, e incluso el establecimiento de un catálogo de los mismos, implica correr el riesgo de dejar fuera a algunos.

3. Principios establecidos expresamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La CPEUM establece como primer principio de los derechos humanos el de universalidad, el cual por supuesto no es privativo de éstos, sino de cualquier principio del derecho, por lo que parece que la norma fundamental pretende con ello impedir la limitación de la que pudieran ser objeto los derechos humanos en su tutela, además de que refrenda la idea de la magnitud en cuanto a su validez y alcance.

La universalidad⁸ significa que debe extenderse a todos los seres humanos, ya que su alcance compete a toda la comunidad internacional, de modo que a partir del

⁸ CARPIZO, Jorge, "Los derechos humanos, naturaleza, denominación y características", *Cuestiones constitucionales*, no. 25., julio - diciembre, IJ - UNAM, México, 2011, p. 17.

mismo se impiden las restricciones de que pudieran ser objeto este tipo de derechos.

Con la característica de universalidad, es evidente el cambio de paradigma hacia una no disposición por parte del Estado de este tipo de derechos, derivado por supuesto de la dignidad de la persona como su fundamento, por lo que, bajo el paradigma mencionado los derechos humanos dejan de ser concedidos y otorgados hacia los gobernados.

Asimismo la universalidad permite el entendimiento de los derechos humanos a pesar de lo variado que sea el contexto en el que se estudien, pues es indiscutible que los fenómenos jurídico-sociales relacionados con los derechos humanos y su tutela se producen en las más variadas circunstancias, y aun así deben conservar su esencia.

El principio de interdependencia⁹ se traduce en la relación que guardan unos derechos con otros, de manera que su aislamiento sólo se produce en la doctrina y para efectos de estudio, pero en el momento de su tutela, no es posible hacerla aisladamente; por mencionar un ejemplo, la relación que guarda el derecho al medio ambiente sano con el derecho a la salud.

Asimismo la interdependencia de los derechos humanos es la que ha permitido el agrupamiento o estudio natural en generaciones, con los efectos prácticos que esto conlleva y la evolución que representa. De ahí incluso derivan las complementaciones que se producen con los tratados internacionales que los reconocen, y sus protocolos adicionales.

En cuanto a la indivisibilidad, es traducida en la imposibilidad de separación en su estudio, a pesar de la división que se hace para efectos de la doctrina, pues las referidas generaciones no significan en modo alguno que su importancia sea jerarquizada, o que haya derechos humanos más relevantes que otros, sobre todo por que como se ha sostenido la dignidad es la que los soporta y fundamenta por igual.

La indivisibilidad también debe entenderse para realizar su interpretación, ponderación y alcances, a partir de una visión de conjunto como parte de un sistema, más no como elementos independientes o aislados.

El principio de progresividad es el reflejo del compromiso que asumen los Estados para su respeto, tutela y protección, de adoptar las medidas que resulten necesarias para lograrlo, ya que constituyen en muchos casos parámetros ideales o difíciles de alcanzar, pero que el esfuerzo estatal debe encaminarse hacia tal objetivo, de manera que este principio también implica que la tutela de los derechos humanos debe hacerse mediante avances que se traduzcan en eficacia en dicha labor, evitando regresiones o desprotección de los mismos.

En cuanto a la aplicación de las normas de tutela al caso concreto, la progresividad debe traducirse en un beneficio cada vez mayor hacia la persona como titular y

⁹ SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2015, p. 23.

destinatario de los derechos, por lo que encuentra relación práctica con el principio *pro persona*.

La aplicación de este último principio es necesaria llevarla a cabo con cautela, porque; nunca debe pasarse por alto que en el caso de los procesos jurisdiccionales, se enfrentan a otros derechos humanos de los que también goza la otra parte contendiente y que no necesariamente es la más fuerte del proceso.

En los principios antes mencionados, no se encuentra la de irrenunciabilidad, porque hay autores que consideran, se encuentra subsumida en la inalienabilidad.

4. La inalienabilidad e irrenunciabilidad de los derechos humanos

De acuerdo a Sandra Serrano "(...) la inalienabilidad implica una restricción de dominio de los derechos humanos, es decir no se pueden vender, transmitir la posesión o el uso de ninguna forma, por ejemplo una persona no puede venderse a sí misma como esclava porque su libertad e integridad personal no son materia de comercio".¹⁰ No obstante, los alcances de la inalienabilidad son mayores a la enajenación y esto incluye cualquier forma en la que pudieran soslayarse aun cuando ello podría atender a una forma de expresión autónoma de la voluntad, es decir la autonomía de la voluntad se encuentra limitada en favor de la tutela de los derechos de los trabajadores.

De esta suerte, surge una correlación entre la irrenunciabilidad y la nulidad del acto que la vulnere o del documento en el que se contenga, pues no debería tolerarse la validez de algo que es contrario no sólo al orden jurídico positivo, sino también contra sus principios y su propia esencia.

Sánchez Castañeda expresa que la podemos entender como la "imposibilidad legal de la privación voluntaria de un beneficio que otorga el derecho del trabajo a favor de la persona que intenta la renuncia de lo que está vedado".¹¹

El maestro Trueba sostenía que: "las normas de trabajo necesariamente tienen que ser irrenunciables e imperativas. Así lo reconocen los juristas del mundo, para los efectos de que funcionen como instrumentos reguladores de las relaciones entre el trabajo y el capital".¹² Esto es una característica intrínseca de los derechos laborales con la consecuente y correlativa nulidad de aquello que implique la renuncia, ya que como lo menciona Néstor de Buen "a propósito de la irrenunciabilidad, es el medio de que se vale el legislador para proteger al trabajador, en su estado de necesidad, contra sí mismo".¹³

La irrenunciabilidad constituye entonces una tutela en contra del propio sujeto de derechos humanos el cual, dado su estado de necesidad, vulnerabilidad o desventaja social o económica, es capaz de aceptar cualquier condición de trabajo, por

¹⁰ *Ibidem*, p.5

¹¹ SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *Diccionario de Derecho Laboral*, Oxford, México, 2005, p. 83.

¹² TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, Porrúa, México, 1970, p.119.

¹³ DE BUEN, Néstor, *Derecho del trabajo*, Porrúa, México, 2001, p.70.

desventajosa que sea.

5. Los derechos humanos en materia de trabajo

Dentro de los derechos humanos de segunda generación, es decir los económicos, sociales y culturales, se encuentran algunos principalmente de corte social, como lo son los derechos de los trabajadores.

Es posible sostener que aquí se ubican el derecho al salario y sus accesorios y el derecho a ser indemnizado en caso de despido injustificado o en caso de accidente de trabajo. Ambos formaron parte del germen del constitucionalismo social mexicano. Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos “El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad”.¹⁴ Lo anterior es así, dado que para el trabajador cuyo único patrimonio es su fuerza de trabajo, el salario consiste en la única forma de sustentarse a sí mismo y a su familia y ante la ausencia de éste, prácticamente lo que se pone en riesgo es su propia existencia.

En las primeras décadas del siglo XIX, las referencias a justicia y a equidad no contemplaban más calificación que la de la justicia natural, como ocurre en la encíclica *Rerum Novarum* de 1891 al tratar sobre el señalamiento del justo salario entre el patrón y el trabajador- que puede hasta contentarse con un modesto salario y sin mencionar más, recuérdese que el principalísimo entre todos los deberes de los amos se consigna en el dar a cada uno de lo que se merezca en justicia.¹⁵

Hoy nadie cuestiona la naturaleza jurídica que de humanos, se otorga a los derechos de los trabajadores, quienes gozan de ellos por el sólo hecho de ser persona y trabajar”.¹⁶ De ahí que la doctrina y la jurisprudencia reconozcan principios como el de “mínimo vital”.

La problemática de los derechos laborales producto de la desigualdad social, se aprecia documentalmente desde los *Sentimientos de la Nación* en 1813,¹⁷ transita durante la evolución del estado mexicano a través de sus constituciones y de manera más reciente se plasma en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.¹⁸

La pérdida de la fuente de ingreso cualquiera que sea la causa, impacta negativamente también a la sociedad, por ello se llegó a considerar que el pago de

¹⁴ En <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/15-DH-trabajo.pdf>, 21/11/2018, 23:33 hrs.

¹⁵ KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, “Apuntes sobre los derechos humanos en el ámbito laboral”, Los derechos sociales, *Derechos Humanos en el Trabajo y la Seguridad Social*, México, UNAM, 2014. P. 71

¹⁶ *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*, CNDH, México, 2016, p. 3.

¹⁷ *Los Sentimientos de la Nación* de José María Morelos, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2013.

¹⁸ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2015, ONU, p. 48., en http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, 27/8/2018, 12:06 hrs.

indemnizaciones es una modalidad de lo que en otras ramas del derecho comprende la reparación del daño.

Las tendencias actuales del derecho del trabajo están atentando contra la naturaleza y esencia de éste, no obstante al tratarse también de derechos humanos de los trabajadores, es imprescindible revertir este fenómeno.

[...] Este tipo de intervención estatal se caracteriza por la falta de transparencia, la ausencia de mecanismos de participación, responsabilidad y rendición de cuentas, y por favorecer la manipulación de las prestaciones y la asistencia, a través de prácticas clientelares que definen la relación entre la administración y quienes acceden a los beneficios que se distribuyen. Al mismo tiempo acaban consolidando un campo de acción de la administración pública con un alto grado de discrecionalidad, que funciona como una zona ajena al derecho, en el que se obstaculiza cualquier forma de control ciudadano e institucional. Este tipo de políticas de baja institucionalidad, se combina con la degradación de los derechos laborales, sindicales y de la seguridad social, como resultado de las reformas implementadas en la última década en el ámbito del mercado del trabajo y en los sistemas de jubilaciones y pensiones.¹⁹

Los derechos en materia de trabajo que podemos entender como fundamentales son: el derecho a la seguridad social, el de estabilidad en el trabajo o permanencia en el empleo, indemnización, salario, vivienda, y jornada máxima, para organismos internacionales tienen también mucha relevancia los derechos aquellos vinculados al derecho colectivo de trabajo “La OIT otorga desde antiguo una importancia especial a la libertad de asociación y la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.”²⁰

Es incuestionable que algunas de las veces el Estado tiene que realizar una labor de ponderación respecto a lo que quiera privilegiar, es decir si protección social o tutela de derechos humanos laborales que se enfrentan a la competitividad y productividad; pero tampoco se trata de que la flexibilización del trabajo se extienda hacia los derechos laborales, ya que de suceder, se traduce en violaciones a derechos que no sólo se pueden considerar como humanos, sino que han constituido un hito histórico en la evolución del constitucionalismo social en el mundo.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales la establece el artículo 123, apartado “A”, fracción XXVII,²¹ de la norma fundamental en donde se enumera una lista de condiciones de trabajo nulas, lo que además hace que no produzcan efecto alguno en el contrato y que además no estén sujetas a posterior declaración de nulidad. Y de ahí deriva el fundamento que se desglosa en los artículos 5º y 33 de la aún vigente Ley Federal del Trabajo; no obstante las Juntas llegan en ocasiones a

¹⁹ ABRAMOVICH, Victor, *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como marco para la formulación y el control de las Políticas Sociales*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Chile, Argentina, 2006 p. 13.

²⁰ *Principios y derechos fundamentales en el trabajo del compromiso a la acción*, OIT, En https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_177345.pdf, 20/11/2018, 12:30 hrs.

²¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de febrero de 1917.

aprobar convenios que resultan perjudiciales para la clase trabajadora.

De los preceptos legales citados con antelación, se puede considerar que la irrenunciabilidad puede ser de tres tipos: irrenunciabilidad de los derechos de acceso al empleo, irrenunciabilidad de los derechos relativos a las condiciones de trabajo, e irrenunciabilidad de las indemnizaciones y salarios derivados de la terminación de la relación laboral.

6. Disrupción de la irrenunciabilidad

Las ideas plasmadas en la doctrina del derecho mexicano del trabajo, particularmente Mario de la Cueva señaló que: “aun sin mencionar su nombre, el duendecillo de la autonomía de la voluntad se presentaba continuamente ante la comisión a fin de hacerla incurrir en algún error y obtener ventajas para los postulados del derecho civil”.²² Si bien desde la reforma a la Ley Federal del Trabajo de noviembre de 2012 se buscaba “la protección a la fuente empleo,” el problema realmente surge derivado de la última reforma constitucional, que plantea antinomias que cuestionan la efectividad de lo dispuesto por el constituyente de 1917. Esto es así porque llama la atención el texto del artículo 123 apartado “A” fracción XX de la Constitución cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2017 que señala: “[...] La ley establecerá las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución”.²³

Esa modificación al texto constitucional es el mandato supremo de la observancia de un principio jurídico, uno distinto al de cosa juzgada en tratándose de convenios laborales, cuya obligación del legislador ordinario será de reglamentarlo en las leyes secundarias. Por ello se habla de disrupción entendida ésta como la interrupción súbita de lo que se sostenía y entendía anteriormente.

Hay que destacar que la *res iudicata*: “se refiere a la cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia.”²⁴ En otras palabras es el pronunciamiento de algo ya analizado, por lo que no debería volver a plantearse. Para otros su naturaleza es de una excepción, que no puede además ser de naturaleza formal, sino sustancial ya que constituye un obstáculo definitivo para la procedencia de la acción.

La ley de la materia establece por ejemplo en sus artículos 876 fracción III y 987 que cuando los convenios sean aprobados por la Junta, producirán los efectos jurídicos inherentes a un laudo. En ese mismo sentido debe entenderse que si se llega a un convenio en un procedimiento ante las autoridades laborales, el hecho de violar su categoría de cosa juzgada como consecuencia de una secuela procesal posterior,

²² DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 2007, p. 207.

²³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.

²⁴ ENRIGUE LANCASTER – JONES, Carlos María, *Manual de excepciones civiles*, Porrúa, México, 2009, p. 68.

hace innecesaria y ociosa tanto la posibilidad de llegar a un convenio, como la facultad de aprobarlo y elevarlo a categoría de laudo por parte de la junta.

No obstante en la *iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales; de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en materia de justicia laboral*.²⁵ Propuesto por integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y cuya reforma propone dicho grupo parlamentario en los siguientes sentidos:

Artículo 33 Todo convenio o liquidación celebrado entre las partes, para ser válido, deberá hacerse por escrito, contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos y se deberá cumplir con los acuerdos establecidos en él.

El convenio podrá ser ratificado ante el Instituto o Centros de Conciliación, quienes verificarán su validez y, en su caso, lo sancionarán, siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores.

Cuando el convenio sea celebrado directamente entre las partes, será susceptible de ser reclamada la nulidad solamente de aquello que contenga renuncia de los derechos de los trabajadores o por las causas propias de la nulidad, conservando su validez el resto de las cláusulas convenidas.²⁶

Esa última parte del artículo 33 propuesto, sin duda termina de cerrar la puerta de acceso a la jurisdicción que comenzó a limitarse por medio de diversos criterios jurisprudenciales y de cuyo texto se colige que sólo se podrá reclamar aquellos que impliquen renuncia cuando fueren celebrados entre particulares, sin embargo el reformador pierde de vista que la gran mayoría de las empresas condiciona el pago u otorgamiento de prestaciones a la celebración forzosa de convenios, desde luego desventajosos para la clase trabajadora, por lo que el legislador olvida con ello el principio de *primacía de la realidad*.

Para ejemplificar la evolución de la jurisprudencia, se hace referencia a la jurisprudencia 2a./J. 1/2010, bajo el rubro TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR MUTUO CONSENTIMIENTO. CONFORME AL ARTÍCULO 33 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, EL OPERARIO PUEDE SOLICITAR LA NULIDAD DEL CONVENIO SUSCRITO POR CONCEPTO DE FINIQUITO O LIQUIDACIÓN, SI CONSIDERA QUE EXISTE RENUNCIA DE DERECHOS.²⁷ En este caso si se permitía demandar la nulidad del convenio, al contener éste la renuncia de derechos, ya que el “mutuo consentimiento” quizá era una ficción, pues como se ha mencionado, pudiera ser muy probable que el trabajador fuera obligado a suscribir el convenio en esos términos debido a su necesidad.

²⁵ <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=77776>, 28/8/2018, 9:24 hrs.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Tesis: 2a./J. 1/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 316.

En el mismo sentido existieron las jurisprudencias 2ª/J.162/2006 *CONVENIO LABORAL. LA NULIDAD DEL CELEBRADO ANTE LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE PARA DAR POR CONCLUIDO UN CONFLICTO, DEBE DEMANDARSE EN UN NUEVO JUICIO*²⁸ Y LA 2ª/J.195/2008 *CONVENIO LABORAL SANCIONADO POR LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. LAS CAUSAS DE NULIDAD ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXVII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEBEN DECLARARSE EN EL JUICIO LABORAL O EN EL DE AMPARO, DE OFICIO O A PETICIÓN DE PARTE*²⁹. La cual regula supuestos diferentes a la jurisprudencia citada con antelación, pero cuyo contenido resulta altamente discutible, al establecer que la nulidad de un convenio en contravención con el artículo 123, apartado "A", fracción XXVII se sujete a una declaración de nulidad por parte de autoridad laboral o de amparo, cuando dicha nulidad es plena y emana de la norma fundamental.

La contradicción de tesis 94/2014, visible bajo el rubro, *CONVENIO LABORAL SANCIONADO POR LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. ES IMPROCEDENTE EL PLANTEAMIENTO DE NULIDAD FORMULADO EN SU CONTRA CUANDO EL TRABAJADOR ADUCE RENUNCIA DE DERECHOS, (ABANDONO DE LAS JURISPRUDENCIAS 2ª./J. 105/2003, 2ª./J. 162/2006, 2ª./J. 195/2008 Y 2ª./J. 1/2010)*.³⁰ Es un parteaguas en la interpretación, pues ya no es posible demandar la nulidad de los convenios celebrados ante la Junta, lo que pretende otorgar certidumbre jurídica a este tipo de actos jurídicos, aunque por otro lado tal y como se expresó, establece una barrera insuperable cuando la junta haya aprobado el convenio respectivo y éste contenga renuncia a los derechos de los trabajadores.

El máximo tribunal no precisó si los efectos vinculantes a que refiere comprenden a los convenios fuera de juicio, lo cual sería excesivo y hasta violatorio de derechos humanos (ya que el derecho al trabajo o al producto del trabajo, así como los relacionados a ellos, son derechos humanos) con lo cual se hace nugatorio, el acceso a la justicia y el derecho humano a la tutela judicial efectiva, si se tiene por improcedente la nulidad, negándose la autoridad jurisdiccional a estudiarla siquiera, pues al estimar que ya hubo un pronunciamiento derivado de la "voluntad de las partes" equivaldría a atribuirle la calidad de cosa juzgada sin haberlo hecho, lo que sin duda trastocaría los derechos humanos de los trabajadores y en modo alguno puede considerarse como un avance en la materia.

El más alto tribunal del país, debe poner especial cuidado en este tipo de

²⁸ Tesis: 2ª./J. 162/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 197.

²⁹ Tesis: 2ª./J. 195/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIX, enero de 2009, p. 608.

³⁰ Tesis: 2ª./J. 17/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, t. I, libro 17, abril de 2015, p. 699.

decisiones, pues al intentar tutelar algunos derechos, restringe severamente otros, con lo que además atenta contra el Estado de derecho que debe de perseguir, y sin ánimo de exhaustividad, se expresa que esto ha sucedido en la actualidad en los casos de reconocimiento de antigüedad o la insumisión al arbitraje (ahora insumisión a la jurisdicción) los que bien pueden ser motivo de otro estudio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, no distingue (debiendo hacerlo) el tipo de convenios sobre los cuales es procedente o no reclamar su nulidad, pues resulta por demás claro que no es lo mismo un convenio administrativo, celebrado sin intervención de la autoridad laboral, o con su intervención, pero sin secuela procesal iniciada, o bien si se trata de un convenio que emana de un proceso contencioso y que las partes han decidido terminarlo de ese modo; a lo cual habría que sumarle el contexto en el que se suscribe, para determinar con ello si la voluntad fue libre, o fue la necesidad o las circunstancias las que hayan obligado a llevar a cabo tal acto jurídico.

No obstante, las interpretaciones cambian y deben evolucionar acorde con el paradigma constitucional de los derechos humanos, y se espera sean congruentes con las propias transformaciones del derecho social, así como con la tutela judicial efectiva, que caracterizan y van indisolublemente ligadas al Estado constitucional.

Conclusiones

1.- El paradigma constitucional de los derechos humanos incluye a los derechos sociales, como lo son los de la clase trabajadora, que deben ser objeto ya no sólo de reconocimiento, sino de tutela judicial efectiva.

2.- Los derechos de los trabajadores se entienden en conjunto con el principio de mínimo vital, que le permita al individuo y al grupo social su realización plena, y esto comprende el respeto por otros derechos humanos.

3.- En el presente artículo se han mencionado sin ánimo de exhaustividad, los principios de los derechos humanos reconocidos en la norma fundamental mexicana, a partir de lo cual se permite afirmar que la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores puede revestir también la calidad de derecho humano, lo que deriva de su interdependencia y correlación con otros derechos.

4.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación en una labor de tutela de los derechos humanos, ha trastocado o limitado otros, lo que no resulta coherente ni con el paradigma constitucional de los derechos humanos, ni con la tutela judicial efectiva y mucho menos con el Estado constitucional de derecho.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Victor, *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como marco para la formulación y el control de las Políticas Sociales*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Chile, Argentina, 2006.
- CARPIZO, Jorge, "Los derechos humanos, naturaleza, denominación y

**Los Derechos humanos de los trabajadores en
el marco de la Reforma Laboral**

- características", en *Cuestiones constitucionales*, no. 25., julio – diciembre IIJ – UNAM, México, 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de febrero de 1917.
- DE BUEN, Néstor, *Derecho del trabajo*, Porrúa, México, 2001.
- DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México 2007.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2015, ONU, en http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.
- Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*, México, CNDH, 2016. En ENRIGUE LANCASTER – JONES, Carlos María, *Manual de excepciones civiles*, Porrúa, México, 2009.
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (ed.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, IIJ – UNAM, México, 2015.
- FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, BUAP, México, 2015.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, t. I, libro 17, abril de 2015. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/15-DH-trabajo.pdf>
- <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=77776>
- Los Sentimientos de la Nación de José María Morelos*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2013.
- Principios y derechos fundamentales en el trabajo, del compromiso a la acción OIT*, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_177345.pdf
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, IIJ – UNAM, México, 2002.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *Diccionario de Derecho Laboral*, Oxford, México, 2005.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIV, diciembre de 2006.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIX, enero de 2009.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Fundamentos Teóricos de los Derechos Humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2015.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, Porrúa, México, 1970.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho, autonomía y educación superior*, IIJ – UNAM, México, 2003.

Seguridad social y trabajo autónomo en España: delimitación subjetiva. Inclusiones y exclusiones*

Ana Isabel Pérez Campos**

RESUMEN: La protección social de los trabajadores autónomos, en el Sistema de Seguridad Social en España, está caracterizada por un tratamiento particular que los incluye en un régimen especial de Seguridad Social específico.

En los últimos años, el trabajo autónomo se constituye en motor de la actividad productiva con inmediata repercusión en el mercado de trabajo y en el empleo; por ello se han articulado una serie de medidas a su favor, que han permitido estimular el aumento de los flujos de entrada en el mercado de trabajo de los autónomos y que también han incidido en la mejora de las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y su fortalecimiento.

El presente estudio aborda el alcance de las citadas reformas que, en el ámbito de aplicación subjetivo del trabajo autónomo, en materia de Seguridad Social, ha introducido el legislador, así como su eficacia y aplicación.

Palabras clave: Trabajo autónomo, Seguridad Social, inclusiones y exclusiones.

ABSTRACT: The social protection of self-employed workers, in the Social Security System in Spain, is characterized by a particular treatment that includes them in a specific special Social Security regime.

In recent years, self-employment has become the engine of productive activity with immediate repercussions on the labor market and employment; For this reason, a series of measures have been put in their favor, which have allowed to stimulate the increase of inflow into the labor market of the self-employed and which have also had an impact on improving the chances of survival of the entrepreneurial activity and its strengthening. The present study addresses the scope of the reforms that the legislator has introduced in the area of subjective application of self-employment in Social Security matters, as well as its effectiveness and application.

Keywords: Autonomous work, Social Security, Inclusions, Exclusion.

SUMARIO: Introducción. 1.-Ámbito de aplicación subjetivo. Delimitación general 1.1. Requisitos Generales. 1.1.1. Realización de una actividad económica, personal y directa. 1.1.2 Habitualidad. 1.1.3 Edad. 1.1.4. Nacionalidad. 1.1.5 Modalidad de trabajo: el trabajo autónomo a tiempo parcial. 1.2. Inclusiones específicas: 1.2.1 Familiares del trabajador. Colaboradores familiares y negocios de titularidad compartida. 1.2.2. Colectivos profesionales con sistema especial o con particularidades. 1.2.3. Personal de dirección y gerencia con control efectivo

* Artículo recibido el 31 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 29 de octubre de 2018.

** Prof. Titular de Universidad. Departamento del Derecho Privado y Derecho del Trabajo. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. España.

en sociedades de capital. 1.2.4. Los socios trabajadores por cuenta propia. 1.2.5. Profesiones liberales y sanitarias. 1.2.6. Colectivos incorporados por disposición legal o reglamentaria de carácter específico. 1.3. Exclusiones. Consideraciones finales. Bibliografía.

Introducción

La protección social de los trabajadores autónomos, en el Sistema de Seguridad Social en España, está caracterizada por un tratamiento particular, con una cobertura, en términos generales, más limitada respecto del trabajador por cuenta ajena, lo que propició su inclusión, a efectos de protección social, bajo el denominado régimen especial de seguridad social de los trabajadores autónomos (RETA).

La existencia de dicho régimen especial ha venido justificándose sobre la base de circunstancias tales como la falta de empresario y la diversidad de trabajadores autónomos y sus particularidades derivadas, en su mayor parte, de las diferencias en sus rentas salariales y su cotización. Estas diferencias son, principalmente, las que han venido propiciando que los derechos de seguridad social hayan sido más restringidos para los trabajadores autónomos que para los asalariados.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el trabajo autónomo se constituye en motor de la actividad productiva, con inmediata repercusión en el mercado de trabajo y en el empleo, se han articulado una serie de medidas promoción y aumento de los flujos de entrada, en el mercado de trabajo, de los autónomos y que también han incidido en mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y su fortalecimiento.

Ante la situación descrita el propósito del legislador se ha circunscrito a articular una serie de medidas de fomento y desarrollo de la protección social del trabajador autónomo, en aras a su equiparación con los trabajadores asalariados.

La estructura y el régimen jurídico especial de seguridad social del mencionado colectivo ha realizado un importante acercamiento al régimen general de seguridad social y aunque ello no signifique una identidad o equiparación absoluta, el avance hacia la aproximación de regímenes es una realidad.

La seguridad social de los trabajadores autónomos se encuentra regulada, en la actualidad, en el Título IV de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, donde se contienen previsiones generales sobre el campo de aplicación, y específicas sobre afiliación, cotización y acción protectora. Conviene precisar que la última reforma en materia de trabajo autónomo se ha producido en virtud de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo que ha introducido diversas modificaciones en ese régimen jurídico legal y reglamentario, entre las que cabría desatacar: en primer lugar, las relacionadas con la mencionada equiparación de derechos entre trabajadores autónomos y asalariados y, en segundo lugar, las de incentivo y promoción del trabajo por cuenta propia, tales como mejoras en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores autónomos, bonificaciones en las

cuotas, posibilidad de compatibilizar un trabajo por cuenta propia y una pensión de jubilación, beneficios fiscales, etc.

Obviamente, por razones de espacio no puede darse cuenta aquí de la numerosa evolución de la protección social de este colectivo desde sus orígenes hasta la actualidad. El propósito de este trabajo se sitúa en llevar a cabo un análisis acerca de cómo ha quedado configurado el ámbito subjettivo del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores autónomos. Desde una perspectiva jurídica, se analizará el alcance subjettivo y configuración general de esta prestación; en su vertiente práctica, se detectarán los problemas de ejercicio y aplicación práctica y, en su caso, se valorarán propuestas de mejora.

1.- Ámbito de aplicación subjettivo. Delimitación general

Desde una perspectiva general, el campo de aplicación del RETA se extiende a, todas aquellas

personas físicas mayores de 18 años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena en los términos y condiciones que se determinan en la LGSS y en sus normas de aplicación y desarrollo (art. 305.1 LGSS).

De esta definición general pueden extraerse cuatro grandes notas configuradas en la delimitación subjettiva de este régimen especial: realización de actividad económica de forma personal y directa; habitualidad; edad mínima y nacionalidad. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la legislación sobre el trabajo autónomo permite la realización de este tipo de actividades a tiempo parcial.

1.1. Requisitos generales

1.1.1. Realización de una actividad económica, personal y directa

Las notas que definen al trabajador autónomo exigen que realice una actividad económica; expresión más amplia que la de profesión u oficio, por lo que ha de entenderse que abarca cualquier actividad productiva de bienes y servicios. Por ello, aun cuando la idea de que el trabajador autónomo es su propio empresario, en la base de construcción del régimen especial del trabajo autónomo, para ser calificado como tal, no basta con ser el titular de una empresa o negocio; por el contrario, es preciso que realice su efectivo trabajo de forma habitual y directa, sin que sea obstáculo el hecho de que pueda servirse de la ayuda de otras personas. En consecuencia, lo esencial no es la actividad, sino cómo se desarrolla ésta.¹

También resulta necesario que la actividad se lleve a cabo con la finalidad de

¹ MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “¿Nuevas metas y tuteladas para los trabajadores autónomos? Sobre el sentido y alcance de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (Comentario de urgencia)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, núm. 13, 2017, págs. 18 y ss. BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág.41 y ss. CAVAS MARTÍNEZ F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección social de los trabajadores autónomos: Estado de la cuestión y propuestas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, págs. 51 y ss.

obtener un beneficio económico, es decir, a título lucrativo; quedando fuera del ámbito de aplicación del régimen especial, las actividades puramente recreativas o benéficas que no persiguen un enriquecimiento.

La actividad ha de realizarse profesionalmente, debiendo trabajar de manera personal, con colaboración o no, pero desarrollando la actividad productiva con su propio esfuerzo. Resulta necesario que el autónomo trabaje en su negocio, sin que sea suficiente con tener la titularidad del mismo, por consiguiente, quienes no desarrollan actividad profesional alguna, quedan extramuros del sistema, al menos, en este régimen especial a la que se está haciendo referencia.

En esta línea interpretativa, se incluyen en el régimen especial a los empresarios que realizan de forma habitual, personal y directa una actividad económica, aunque sin precisar esfuerzo físico o manual, pero desarrollando las tareas de gestión y dirección.

Resulta esencial que el trabajador intervenga de forma personal y directa con su propio esfuerzo en esa actividad productiva. En consecuencia,

- El autónomo no es una persona jurídica, lo que supone que queden dentro del régimen especial autónomos las personas físicas; no existiendo obligación de encuadrar empresas constituidas por personas jurídicas.
- Para el desarrollo de su trabajo el autónomo puede contratar los servicios de otras personas (y convertirse en empleador o empresario desde el punto de vista laboral), pero este requisito no es necesario, ya que por definición es una persona que de modo directo realiza la correspondiente actividad profesional, con o sin ayuda o colaboración de otras personas. La doctrina judicial señala, a este respecto, que
el hecho de contratar trabajadores no implica el ejercicio directo de la actividad propia del régimen especial de trabajadores autónomos, y si no se justifica el ejercicio en plenitud de los trabajos por cuenta propia, no cabe denegar la baja de dicho régimen.²
- Tiene que realizar una actividad económica o profesional que deberá organizarse de forma autónoma o por cuenta propia, es decir, fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. La actividad se realizará a título lucrativo.

El trabajador autónomo es titular de la empresa o negocio correspondiente, y existe una presunción *iuris tantum* en ese sentido³; sin embargo, no necesariamente ha de ser así, pues también cabe identificar trabajadores autónomos que realizan actividad dentro de una organización a cuyo frente está otra persona [Sentencia Tribunal Supremo (STS), sala contencioso administrativa de 24 septiembre 1999 (RJ 1999, 7941)].

1.1.2. Habitualidad

El trabajador autónomo ha de desarrollar su actividad de forma habitual o continuada, lo cual permite excluir del régimen especial a las personas que se

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ), Andalucía (Sevilla), sala de lo Contencioso-administrativo, de 23 noviembre 2007, (Rec. 273/2007).

³ Ya establecida por el art. 2.3 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos.

dedican, con un carácter coyuntural o marginal, a la realización de determinadas actividades. Conviene precisar, que se trata de un requisito necesario, aunque no exclusivo.⁴

La problemática que se suscita en relación con este requisito, reside en que no existe una definición legal que delimite cómo debe interpretarse dicha nota configuradora, lo que plantea problemas interpretativos para determinar si la prestación de servicios de un autónomo debiera incluirse o no, en el RETA, en función de su carácter habitual.

En esta línea interpretativa, se esperaba que el legislador, en la última reforma -Ley 6/2017, de 24 de octubre de reformas urgentes del trabajo autónomo-, abordase esta cuestión. No ha sido así, desaprovechándose la ocasión de precisar y delimitar qué es lo que debiera entenderse por realización de una actividad con habitualidad. Habrá que esperar a que, como indica la disp. adic. 4ª de la citada norma, sea la Subcomisión del Congreso de Diputados la que analice y estudie el alcance del término “habitualidad” en el trabajo autónomo, a efectos de la inclusión en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.⁵

Por este motivo, los tribunales se han visto obligados a precisar el alcance del requisito de “habitualidad”, en la actividad realizada por el trabajador autónomo, para poder determinar su inclusión o no en el RETA. A este respecto, se considera que la “habitualidad” hace referencia a “una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad”. La jurisprudencia, en la determinación de si existe o no actividad productiva habitual recurre a una serie de indicios, tales como el de los módulos temporales de realización de la actividad productiva, y/o, en su defecto, también recurre a un módulo retributivo, entendiendo que la superación de un determinado nivel de ingresos del salario mínimo interprofesional es un indicador adecuado de habitualidad.

El criterio temporal utilizado inicialmente para poder determinar la habitualidad exigida legalmente no ha resultado del todo válido por las dificultades de concreción y de prueba, lo que ha llevado a la jurisprudencia a aplicar como indicio de habitualidad el módulo retributivo. Así pue, cuando no puede constatar la habitualidad en el tiempo, debe acudir al montante de los ingresos económicos originados por actividad realizada, ya que el rendimiento económico «guarda, normalmente, una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido» (STS de 29 octubre 1997 [RJ 1997, 7683]). De esta manera, si la dedicación temporal es incierta y los ingresos están por debajo del umbral del salario mínimo interprofesional debe entenderse que no concurre el requisito de habitualidad y, por tanto, no hay obligación de estar encuadrado y en alta en este

⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRIGUEZ INIESTA, G., FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., en AA.VV *Tratado del trabajo autónomo* (Dir. G. Barrios Baudor), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009. págs. 318 y ss.

⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRIGUEZ INIESTA, G., FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., ob. cit., págs. 319. BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 214 y ss.

régimen especial.⁶ En una ampliación y matización de este indicio, existen resoluciones judiciales que consideran que para indicar habitualidad no sólo deben computar los ingresos, sino también los gastos.⁷

Como se observa, el requisito de habitualidad es de difícil cuantificación, lo que ha propiciado que existan discrepancias de criterios, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina judicial, en función del caso concreto. Esta situación generadora de incertidumbre pudiera solventarse con una intervención legislativa, que modulase y definiese el alcance del requisito de habitualidad, en la actividad productiva desarrollada por el trabajador autónomo.

1.1.3. Edad

La inclusión dentro del RETA también se condiciona al cumplimiento de un requisito de edad. Según el art. 9.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio por la que se aprueba el estatuto del trabajo autónomo, el trabajo por cuenta propia puede iniciarse a partir de los 16 años, pero tanto el artículo 7.1.b) LGSS como el art. 305 LGSS exigen mayoría de edad (18 años al menos) para la pertenencia al RETA.

Se observa una diferencia fundamental con respecto al régimen general, donde la edad de encuadramiento comienza a partir de los dieciséis años (mayoría de edad laboral), frente a los dieciocho años exigidos en el RETA.⁸ A este respecto, posición especial podrían tener, desde este punto de vista, quienes adquieran las facultades y derechos de la mayoría de edad mediante emancipación. Como señala la doctrina “puesto que estamos ante un elemento personal y no profesional no debería haber reparos en considerar que está superado el criterio restrictivo de exigir el cumplimiento de los 18 años”.⁹

La doctrina judicial no es unánime a la hora de admitir el alta en el RETA con anterioridad a los 18 años de edad. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 junio 2001 (AS 2001, 3222) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 abril 2001 (AS 2001, 1906), no la admitieron para un menor de 18 años emancipado; sí lo hicieron las SSTSJ de Andalucía/Granada de 27 febrero 1996 (AS 1996, 337) y de Galicia de 8 mayo 1998 (AS 1998, 967); lo que, en definitiva, va a dejar abierta la posibilidad de conflictividad.

Verdaderamente, no se entiende bien la justificación del diverso tratamiento entre trabajadores asalariados y autónomos en función de la edad, en la medida en que no resulta razonable admitir que el menor pueda ser sujeto obligado y responsable de las relaciones jurídicas de afiliación y cotización e, incluso, de protección por los trabajadores que emplea y, sin embargo, no pueda ser sujeto protegido por el sistema. En este sentido y puesto que estamos ante un elemento personal y no profesional no debería haber reparos en considerar que está

⁶ STS de 20 marzo 2007 (RJ 2007, 3185) referida a la actividad de vendedor ambulante.

⁷ STSJ de la Comunidad valenciana de 21 junio 2000 establece que “evidentemente si puede ser un indicio el cúmulo de ingresos también puede serlo el montante de los gastos, en un caso concreto”.

⁸ RAMOS QUINTANA, M., “El ámbito de aplicación subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido. *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2016. (LA LEY 8426/2016).

⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRIGUEZ INIESTA, G., FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., en AA.VV *Tratado del trabajo autónomo* (Dir. G. Barrios Baudor), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 318 y ss.

superado el criterio restrictivo de exigir el cumplimiento de los 18 años.

1.1.4. Nacionalidad

A salvo de lo que se disponga en normas de la Unión Europea y acuerdos internacionales, están incluidos tanto los españoles que residan en territorio nacional como los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España (art. 7.1 LGSS). La redacción actual del citado precepto establece que, “a efectos de la modalidad contributiva, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España quedan incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, siempre que ejerzan su actividad en el territorio nacional”. Por tanto, los extranjeros quedan comprendidos en el campo de aplicación del RETA cuando reúnan los requisitos necesarios para estar encuadrados en el mismo.

En este sentido, en el año 1997 la Tesorería General de la Seguridad Social incluyó en el campo de aplicación del régimen especial, con efectos de 1 de enero de 1997, a los extranjeros nacionales de países que hasta entonces estaban excluidos: Afganistán, Albania, Angola, Bangla Desh, Birmania, Botswana, Chad, Corea, Etiopía, Ghana, Guinea Bissau, Irak, Kampuchea Democrática, Kenia, Laos, Líbano, Liberia, Malawi, Mauritania, Nepal, Nigeria, Pakistán, Samoa, Sierra Leona, Sudán, Tailandia, Turquía, Ucrania, Yibouti, Zaire, Zambia.

Los arts. 10 y 14 Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, confirmaron que los extranjeros que cuenten con las pertinentes autorizaciones pueden desarrollar actividades por cuenta propia y tienen derecho y obligación de proceder al alta en el RETA (o en el Régimen especial de los trabajadores del mar, en su caso).

A nivel de doctrina judicial se ha matizado que, no están incluidos en el sistema de seguridad social, los extranjeros que no hayan obtenido las correspondientes autorizaciones para residir y realizar una actividad por cuenta propia [STSJ de Cataluña 13 noviembre 2003 (PROV 2004, 8272)].

1.1.5 Modalidad de trabajo: el trabajo autónomo a tiempo parcial

En principio, estaba previsto que la actividad propia del trabajador autónomo pudiese desarrollarse a tiempo completo o a tiempo parcial, en virtud de lo previsto en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del trabajo autónomo, aunque, en este contexto el trabajo a tiempo parcial, ofrezca perfiles muy singulares y problemas de identificación o configuración. Ahora bien, la aplicación del citado precepto ha sido suspendida y demorada por las sucesivas leyes de presupuestos hasta situarla, en la actualidad, en el 1 de enero de 2019. Además, esta cuestión será analizada y debatida por la Subcomisión creada para el estudio de la reforma del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.¹⁰ De nuevo, una oportunidad desaprovecha por el legislador en la reforma del sistema de protección y mejora del trabajo autónomo.

1.2. Inclusiones específicas

¹⁰ Disp. Adic. 5ª Ley 6/2018, 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

En aras a facilitar la delimitación subjetiva de este colectivo, a efectos de su inclusión en el RETA, el apartado segundo del art. 305 de la LGSS declara expresamente comprendidos dentro de su ámbito de aplicación toda una serie de colectivos heterogéneos, que son la consecuencia derivada de las vicisitudes por las que han transitado, en el pasado, determinado tipo de colectivos que realizan actividades por cuenta propia, y que no siempre han estado claramente considerados como tales, a efectos de encuadrarlos en este régimen especial.

En citado listado podría sistematizarse en los términos siguientes: familiares del trabajador; profesionales con sistema especial o particularidades; personal de dirección y gerencia con control efectivo en sociedades de capital; socios trabajadores por cuenta propia; profesionales liberales y sanitarias y colectivos incorporados por disposición legal o reglamentaria específica.

1.2.1. Familiares del trabajador. Colaboradores familiares y negocios de titularidad compartida

Se incluyen en el RETA el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso por adopción, que estén ocupados en sus centros de trabajo, convivan en su hogar y estén a su cargo, siempre que realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena.¹¹

La regla responde a la particular situación laboral de esas personas, que quedan excluidas de la legislación laboral y del régimen general de la seguridad social (art.1.3.e ET y 12.2 LGSS) y que, de realizar una actividad profesional, se han incorporado al sistema por esta vía singular.

No sólo el hecho de ser pariente y encontrarse trabajando en el negocio familiar, conlleva la exigencia de alta en el RETA; han de reunir las condiciones de tipo personal que se le exigen al trabajador autónomo. Así pues, la doctrina judicial ha especificado que “los parientes han de probar que reúnen las condiciones propias del RETA para quedar adscritos al mismo”.¹² A estos efectos, el Tribunal Constitucional mantuvo el criterio de que se encuentra incluidos en el RETA el cónyuge y los hijos que de forma habitual, personal y directa colaboran con el trabajador por cuenta propia y siempre que no tengan la condición de asalariados.¹³

La DA 10ª Ley 20/2007 y el art. 12.2 LGSS expresamente admiten la posibilidad de que el titular del negocio contrate como trabajadores por cuenta ajena y en régimen laboral, a hijos menores de treinta años o mayores de esa edad con especiales dificultades de inserción laboral, aunque convivan con él. Idéntica previsión se recoge en el art. 324.4 LGSS para los autónomos incluidos en el sistema especial de trabajadores agrarios. En tal supuesto el familiar se registrará por las reglas de seguridad social propias de los trabajadores por cuenta ajena,

¹¹ Véase, art.305.2.k en relación con art.12.2 LGSS y DA 10ª Ley 20/2007, modificada por la Ley 6/2017).

¹² Por todas, STSJ de Asturias de 6 octubre 1995 (AS 1995, 3634).

¹³ Véanse, Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 79/1991, de 15 de abril de 1991; 92/1991, de 6 de mayo de 1991; 50/1992, de 23 de abril de 1992 y, 49/1994, de 16 de febrero de 1994.

aunque con exclusión de la protección por desempleo (art. 40 RD 84/1996).¹⁴

Más allá de estos supuestos legalmente previstos, los familiares que pretendan figurar como trabajadores asalariados en el sistema de seguridad social deberán romper aquella presunción mediante las oportunas pruebas de residencia o vida independiente. Basta probar la convivencia en el mismo domicilio para que entre en juego la presunción de trabajo por cuenta propia [STS de 26 julio 2004 (RJ 2004, 7482)].

Naturalmente, no cabe hablar de colaboración de familiares cuando la titularidad del negocio es compartida por todos ellos; en tal caso, todos los que sean titulares y trabajen en el negocio tienen la misma condición de trabajadores por cuenta propia y todos ellos habrán de ajustarse a las reglas pertinentes del RETA (art. 324.3 LGSS).¹⁵ Por último, la Disp. Adicional vigésimo sexta de la LGSS ha establecido que en aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado el alta en la Seguridad Social en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por esta se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

1.2.2. Colectivos profesionales con sistema especial o con particularidades

En este grupo podrían incluirse dos colectivos diferentes. En primer lugar, los trabajadores autónomos agrarios, tradicionalmente regulados a través de un sistema de protección social especial. En segundo lugar, los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), que se constituyen en un colectivo de profesionales autónomos con un régimen de protección social con particularidades.

Con efectos de 1 de enero de 2008 los trabajadores por cuenta propia incluidos en el régimen especial agrario quedaron incorporados al RETA, a través del sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, creado dentro del RETA,¹⁶ cuyas particularidades se regulan en los arts. 323 a 326 LGSS.

Estarán incluidos en este sistema especial los trabajadores por cuenta propia agrarios, mayores de 18 años que reúnan los siguientes requisitos.

- a) Ser titulares de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50 por ciento de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente

¹⁴ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

¹⁵ Un caso particular de "titularidad compartida" es el de las explotaciones agrarias reguladas por Ley 35/2011, de 4 de octubre (RCL 2011, 1807), que las define como "unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria" (art. 2). Sus titulares deben estar dados de alta en la seguridad social (art. 3).

¹⁶ Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (BOE 5-7-2007).

de la actividad agraria realizada en su explotación, no sea inferior al 25 por ciento de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas, sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

- b) Que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación agraria por cada titular de la misma no superen la cuantía equivalente al 75 por ciento del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización al régimen general de la seguridad social vigente en el ejercicio en que se proceda a su comprobación.
- c) La realización de labores agrarias de forma personal y directa en tales explotaciones agrarias, aun cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que no se trate de más de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales satisfechos a los eventuales agrarios no supere los quinientos cuarenta y seis en un año, computado de fecha a fecha.

Por otra parte, los trabajadores autónomos económicamente dependientes, TRADE, regulados por la Ley 20/2007, de 11 de julio, que se incluyen expresamente en el RETA [art. 305.2.f) LGSS], y cuentan con alguna particularidad en su régimen de protección (art. 26.3 Ley 20/2007).

Son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y actividades económicas (art. 11.1 Ley 20/2007).¹⁷

Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

- No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
- No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquél (art. 11.2 Ley 20/2007).

¹⁷ Sobre la distinción respecto del trabajador por cuenta ajena, véase, por todas la STS de 2 diciembre 2016 (RJ 20016, 5690).

1.2.3. Personal de dirección y gerencia con control efectivo en sociedades de capital

De conformidad con lo señalado en el art. 305.2.b) LGSS, pertenecen al RETA, quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella.

Existe presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contrario) que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Cuando no concurra ninguna de esas circunstancias, la Administración podrá demostrar, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad, por cualquier medio de prueba. El personal de dirección y gerencia de la empresa que no reúna esas características pertenecerá al régimen general de seguridad social (art. 136.2.b LGSS).

Por otra parte, la jurisprudencia ha venido reconociendo que el administrador socio titular de una participación inferior al 50%, pero con relación de parentesco directo al resto, o el socio con la mayoría del capital social de la empresa, deben estar incluidos en el RETA.¹⁸

1.2.4. Los socios trabajadores por cuenta propia

Originariamente solo se incluían en el RETA los socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de compañías comanditarias cuando trabajasen a título curativo, de forma habitual, personal y directa. La existencia de diferentes clases de sociedades ha conllevado la ampliación de este colectivo dentro del RETA, donde cabe incluir a:

- Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.
- Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes.
- Los socios trabajadores de las sociedades laborales.

¹⁸ Por todas, véanse, STS 12 abril 2005 (RJ 2005, 6310); STS 25 enero 2005 (RJ 2005, 4258).

- Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores. concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.

1.2.5. Profesiones liberales y sanitarias

Los trabajadores autónomos integrados en un colegio o asociación profesional se incluyen en el RETA. Caben destacar los siguientes grupos de profesionales:

- quienes ejerzan una actividad por cuenta propia en las condiciones establecidas con carácter general por el art. 305.1 LGSS que requiera la incorporación a un colegio profesional, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimoctava (art. 305.2.g) en relación con DA 18ª LGSS).
- las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que presten servicios, a tiempo completo, en los servicios de salud de las diferentes comunidades autónomas o en los centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por las actividades complementarias privadas que realicen y que determinen su inclusión en el sistema de la Seguridad Social (art. 305.2.j) en relación con DA 18ª LGSS).¹⁹
- miembros del Cuerpo Único de Notarios [art. 305.2.h) LGSS].²⁰
- miembros del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los del Cuerpo de Aspirantes (art. 305.2.i) LGSS).

1.2.6. Colectivos incorporados por disposición legal o reglamentaria de carácter específico

El artículo 305.2.m) LGSS dispone que pertenecen al RETA cualesquiera otras personas que por razón de su actividad sean objeto de inclusión por norma reglamentaria, conforme a la cláusula general del artículo 7.1.b) LGSS. Naturalmente, por disposición legal también puede procederse a dicha incorporación.

Al amparo de esta habilitación general o de otras habilitaciones precedentes, se han ido incorporando al RETA diversos grupos sociales, como:

- Graduados sociales. Decreto 2551/1971, de 17 de septiembre por el que se declaran incluidos en el campo de aplicación del RETA los graduados sociales que ejerzan libremente su actividad profesional que reúnan la condición de trabajadores por cuenta propia y que figuren integrados en sus colegios oficiales por el ejercicio de la profesión con carácter libre.²¹

¹⁹La STSJ de Catilla y León (Sala de lo Contencioso- administrativo, 1 marzo 2016 (JUR 2016\77899) señala que la DA 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación de los Seguros Privados, establece el carácter voluntario de la opción entre la afiliación al RETA o a la Mutuality de que se trate, pero no excepciona el principio general de la obligatoriedad de la afiliación a la Seguridad Social de los profesionales.

²⁰ El cuerpo de Notarios se incorporó al RETA a través del Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre, inclusión que refiere tanto a los activos como pasivos del Cuerpo único de notarios.

²¹ El Tribunal Supremo admitió la existencia del alta obligatoria en el régimen general de la Seguridad Social y en el RETA del graduado social que compatibiliza el ejercicio libre de su profesión con trabajo por cuenta ajena también como graduado social, pues el ejercicio libre requiere estar colegiado (STS 26 octubre y 19 diciembre 2000 y de 21 marzo 2001).

- Agentes de seguros. Decreto 806/1973, de 12 de abril por el que se dictan las normas sobre la incorporación de los agentes de seguros al RETA. A este respecto también se ha venido cuestionando la inclusión de los subagentes de seguros, cuya figura se regulaba por la Ley 8/1192, de 30 de abril de mediación de seguros privados (hoy derogado por la Ley 26/2006, de 17 de julio). Se consideró que, como para el ejercicio de la actividad del subagente no es exigible la colegiación, los subagentes de seguros podrían solicitar directamente su inclusión en el RETA.²²
- Titulares de oficinas de farmacia. Real Decreto 2649/1978, de 29 de septiembre, por el que se incorporan al RETA, modificado por el RD 3328/1983, de 21 de diciembre. Cabe destacar que la STS de 15 febrero 2015 admite que tanto un farmacéutico titular como uno sustituto causen alta tanto en el régimen general de la Seguridad Social como en el RETA.
- Religiosos de la iglesia católica, en virtud del Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre. Destacan dos motivos principales de la incorporación de los religiosos al ámbito de aplicación del RETA: el primero, por la realización de éstos del denominado “trabajo en comunidad” que ofrece una serie de rasgos comunes con el trabajo por cuenta propia. El segundo motivo, se sitúa en la existencia de dificultades de orden jurídico y legal para asimilar a los religiosos a los trabajadores por cuenta ajena.²³
- Los deportistas de alto nivel se integraron en el RETA en virtud del Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento. El art. 7 LGSS establece que el Gobierno, como medida para facilitar la plena integración social y profesional de los deportistas de alto nivel, podrá establecer la inclusión de los mismos en el sistema de la Seguridad Social. El art. 2 de la citada norma reglamentaria señala que los deportistas de alto nivel mayores de dieciocho años que, en razón de su actividad deportiva o de cualquier otra actividad profesional que realicen, no estén ya incluidos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, podrán solicitar su inclusión en el campo de aplicación del RETA, quedando afiliados al sistema y asimilados a la situación de alta mediante la suscripción de un convenio especial con la TGSS.
- Los escritores de libros no asalariados fueron integrados en el RETA con efectos de 1 de enero de 1987 mediante el RD 2621/1986, de 24 de diciembre,

²² En contra de este planteamiento, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha señalado que el subagente de seguros no tiene encaje en el campo específico del RETA por cuanto el D. 806/1973, de 12 de abril limitó únicamente la incorporación de los agentes de seguros que figuraran con tal condición, sin citar a los subagentes (STS 21 diciembre 1987). Asimismo, el Tribunal Supremo interpretando el concepto de habitualidad como requisito necesario para la incorporación de los subagentes de seguros al RETA, ha considerado que aquel queda cumplido cuando los ingresos obtenidos de la actividad que desarrollan superen la cuantía del salario mínimo interprofesional en un año natural (SSTS 29 octubre 1997 y 29 abril 2002).

²³ BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.186 y 187.

conforme a la DA 2ª Ley 26/1985.²⁴ Esta actividad tenía un régimen especial propio, regulado por Decreto 3262/1970 de 29 de octubre. No obstante, continúan siendo aplicables las normas del extinto régimen especial a los efectos de delimitación del campo de aplicación del RETS (Disp. Final 1.3 RD 2621/1986, de 24 de diciembre y art. 1 OM de 20 de julio de 1987) en cuya virtud pertenecen a este régimen especial los escritores profesionales de libros, publicados por cuenta ajena, de nacionalidad española, cualesquiera que sean su sexo y estado civil, que estén incorporados a algunas de las entidades asociativas profesionales, reconocidas legalmente a estos efectos.

- Como consecuencia de lo dispuesto en el art.1.3.g) ET, transportistas con vehículo propio que con anterioridad prestaban servicios con carácter asalariado pasaron a formar parte del RETA, con mantenimiento de la validez de las cotizaciones realizadas a otros Regímenes del sistema de seguridad social antes del cambio legal que llevó a cabo dicho precepto estatutario, introducido en 1994.

1.3. Exclusiones

La protección social del trabajador autónomo se ha configurado de diferente modo, en función del sector económico de procedencia de este colectivo. No todo trabajador por cuenta propia está incluido en este régimen especial, aunque resulta indudable que las últimas modificaciones legislativas han realizado una ampliación progresiva de su campo de aplicación.

Al igual que sucede con el trabajador asalariado, es la propia Ley la que, de forma expresa y sucinta, señala quién queda fuera de su ámbito de aplicación. Así pues, el art. 306 LGSS enumera una serie de exclusiones, con el objetivo de delimitar la figura del trabajador autónomo, en aras a garantizar mayor certidumbre jurídica.²⁵ No se trata de una enumeración de exclusiones exhaustiva, sino que queda abierta a cualquier relación que no cumpla con los requisitos generales de inclusión antes señalados.

La citada Ley restringe del ámbito de aplicación del RETA a los dos grupos siguientes:

- Trabajadores autónomos que por la actividad a que se dedican deben quedar encuadrados dentro del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.
- Los socios, tanto si son o no administradores, de sociedades de capital cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino únicamente por la mera administración del patrimonio.

²⁴ Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

²⁵ AAVV. *Comentarios a la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*. Dir. J. I. García Ninet, CISS; Valencia, 2007, págs.107-108.

En primer lugar, los trabajadores por cuenta propia del mar quedan fuera del RETA, al mantener su pertenencia a un régimen especial de seguridad social específico, como es el régimen especial de los trabajadores el Mar. La regulación de dicho régimen se encuentra en la Ley 47/2015, de 21 de octubre.²⁶

La pervivencia de dicho régimen especial se prevé limitada, en la medida en que en la Recomendación VI el Pacto de Toledo²⁷ marcó como objetivo, la reducción o minoración, de manera gradual, del número de los regímenes actualmente existente, en aras a la consecución de la plena homogeneización del sistema público de pensiones. De manera que, a medio o largo plazo, todos los trabajadores y empleados quedasen encuadrados, bien en el régimen de los trabajadores por cuenta ajena, o bien en el de trabajadores por cuenta propia. La integración del régimen especial de trabajadores del mar en único régimen de seguridad social no presenta mayores dificultades, eso sí, habrían de incluirse en el régimen general los trabajadores por cuenta ajena, y en el régimen especial de trabajadores autónomos los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

En segundo lugar, también se excluyen del ámbito de aplicación personal del RETA aquellas personas que no realicen actividad profesional alguna. En concreto quedan excluidos, tanto del RETA como del Sistema de Seguridad Social en general, los socios de sociedades de capital cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios, sean o no administradores.

Por tanto, si las actividades del consejero consisten en el ejercicio de funciones de dirección, o se dirigen a prestar otros servicios para una sociedad a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, y poseen el control efectivo, directo o indirecto; éstos se considerarán trabajadores autónomos en los términos previstos en el art. 1.2 c) Ley 20/2007 y art. 305 LGSS. Por el contrario, quedan excluidos los socios que no ejerzan funciones empresariales o profesionales, limitándose su tarea a la mera gestión del patrimonio de los socios.²⁸

Teniendo en cuenta que las actividades o labores que asumen los socios y/o administradores de una sociedad no están determinadas, la dificultad residirá en saber quiénes están fuera o dentro del ámbito de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos. Los miembros de los órganos de administración le competen, normalmente, funciones de dirección, gerencia o representación de la sociedad. Ahora bien, también pueden limitarse a participar en las reuniones de Consejo de administración de la sociedad, teniendo simplemente unas funciones consultivas, de participación en las reuniones del consejo de administración de la sociedad de forma asistencial o pasiva, con falta de actividad profesional.

²⁶ Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE 22-10-2015).

²⁷ Se denomina Pacto de Toledo a la aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados de España, de un documento referente al «análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie E: Otros Textos, 12 de abril de 1995. Número 134.

²⁸ RAMOS QUINTANA, M., “El ámbito de aplicación subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido. Revista Trabajo y Derecho, núm. 4, 2016. LA LEY 8426/2016.

Esta dualidad de funciones y su indeterminación legal va a dar lugar a que los órganos judiciales se vean obligados a despejar las dudas que puedan surgir en cada caso, en aras a determinar las funciones efectivamente realizadas por los socios, consejeros de sociedades de capital social y su inclusión o no en el régimen especial de seguridad social de trabajadores autónomos.

Consideraciones finales

La aplicación de las reglas de delimitación entre el trabajo asalariado y el autónomo se manifiesta con particular complejidad y conflictividad en las relaciones de Seguridad Social; seguramente en mayor grado que en el ámbito de las relaciones de trabajo, en el que con frecuencia el cuestionamiento surge como presupuesto o reflejo de aquéllas o en su caso, en la práctica, también como reflejo de otros eventuales conflictos jurídicos, sociales y económicos.

Esta conflictividad puede manifestarse, además, en una diversidad de facetas y variantes, como consecuencia, precisamente, de la variedad de elementos interconectados que componen las relaciones de Seguridad Social y, especialmente relevante se muestra sobre quienes están dentro y fuera del régimen especial de protección social de trabajadores autónomos.

Desde una perspectiva general, cabe destacar que se ha realizado un valioso y rápido esfuerzo normativo de acercamiento y aproximación entre régimen general y especial de seguridad social. Ahora bien, los avances normativos se han orientado a la garantía de mejores derechos sociales y a la progresiva equiparación, a efectos de protección social, entre trabajadores asalariados y autónomos, dejando en un segundo plano, el alcance del ámbito de aplicación subjetivo de este régimen especial.

A pesar de las diferentes reformas del colectivo de trabajadores autónomos en España en los últimos diez años para su evolución, incentivo y ampliación de protección, se ha perdido la oportunidad de concretar y especificar su campo de aplicación subjetivo. Ejemplo de ello, lo tenemos en la indeterminación del requisito de habitualidad exigido en la actividad profesional desarrollada por el trabajador autónomo.

La dedicación habitual a la profesión es una característica de determinación compleja, en la medida en que la regulación del RETA, no contempla ningún criterio que permita precisar la continuidad exigible en el ejercicio de la actividad productiva del trabajador autónomo.

Las reformas legislativas del trabajo autónomo no han incluido ninguna redefinición conceptual que pueda afectar a este criterio, es decir, se mantiene que el trabajador autónomo sigue siendo aquél que desempeña su profesión de forma «habitual», sin especificar nada más. Sigue, por lo tanto, de actualidad, el debate sobre el alcance que, en la práctica, va a tener esta expresión; y seguirá siendo la jurisprudencia la encargada de perfilar este concepto jurídico indeterminado, en el caso particular y concreto, viéndose obligada a delimitar quienes se consideran trabajadores autónomos, a efectos de su inclusión en el mencionado régimen especial.

En definitiva, la diversificación de sujetos que pueden incluirse en el RETA, junto a una extensa y compleja normativa dispersa y la falta de precisión de los

requisitos de inclusión y exclusión no contribuyen a tener una visión global y general del campo de aplicación subjetivo de este colectivo de trabajadores autónomos; circunstancias que propician que sean los jueces y tribunales los encargados de decir, en cada caso concreto, quién es o no trabajador autónomo, a efectos de su inclusión en el régimen especial de seguridad social.

La pregunta que debiéramos formularnos sería si esta situación tiene su razón de ser por el hecho de estar encuadrado en un régimen especial de protección, por la condición de trabajadores autónomos o; por el contrario, reside en diversos factores y circunstancias que podrían y debieran ser moduladas por el legislador.

Sin duda, el legislador ha perdido la oportunidad de matizar y reducir estas notas discordantes en la regulación del campo de aplicación subjetivo del trabajo autónomo. Habrá que esperar a que la comisión creada para el estudio de la modificación del régimen de protección del trabajo autónomo se pronuncie; en consecuencia, el periodo de reforma del sistema de protección del trabajo autónomo, una vez más y a pesar de las últimas reformas, se mantiene inacabado.

Bibliografía

- BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRIGUEZ INIESTA, G., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., en AA.VV *Tratado del trabajo autónomo* (Dir. G. Barrios Baudor), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009.
- CAVAS MARTÍNEZ F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección social de los trabajadores autónomos: Estado de la cuestión y propuestas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018.
- CABERO MORÁN, E. “Los nuevos Textos Refundidos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Empleo y de la Ley General de la Seguridad Social” (y II) *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 12/2016).
- GOERLICH PESET, J.M., Y GARCÍA ORTEGA, J., “La reforma del régimen de autónomos en la Ley 6/2017”, *Información laboral*, núm. 12, 2017, págs. 22 y ss.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Análisis crítico acerca de la estructura, la composición y los contenidos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015”, *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2016. (LA LEY 8425/2016).
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “Los problemas de encuadramiento en el RETA: algunos ejemplos en la jurisprudencia reciente”, *Actualidad Laboral*, núm. 47, 2002. (LA LEY 4048/2002).
- RAMOS QUINTANA. M., “El ámbito subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido”. *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2016. (LA LEY 426/2016).

Anexo normativo

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.
- Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- Ley 20/2007, de 11 de julio por la que se aprueba el estatuto del trabajo autónomo.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo.
- Ley 6/2018, 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018.
- Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- Decreto número 2551/1971, de 17 de septiembre, sobre inclusión de los Graduados Sociales que ejercen libremente su actividad profesional en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- Decreto 806/1973, de 12 de abril, por el que se dictan normas sobre la incorporación de los Agentes de Seguros al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- Real Decreto 2649/1978, de 29 de septiembre, por el que se incorporan al Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos a los Farmacéuticos, titulares de oficinas de farmacia.
- Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, por el que se incorpora al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica.
- Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.
- Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento.
- RD 1541/2011, de 31 de octubre Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Anexo Jurisprudencial

STC 79/1991, de 15 de abril de 1991.

STC 92/1991, de 6 de mayo de 1991.

STC 50/1992, de 23 de abril de 1992.

STC 49/1994, de 16 de febrero de 1994.

STS de 21 diciembre 1987.

STS de 29 octubre 1997.

STS, sala contencioso-adm. 24 septiembre 1999.

STS de 26 octubre 2000.

**Seguridad social y trabajo autónomo en España: delimitación
subjética. Inclusiones y exclusiones**

STS de 21 marzo 2001.

STS de 29 abril 2002.

STS de 26 julio 2004.

STS de 25 enero 2005.

STS de 12 abril 2005.

STS de 20 marzo 2007.

STS de 2 diciembre 2016

STSJ Asturias de 6 octubre 1995.

STSJ Andalucía/Granada de 27 febrero 1996.

STSJ Galicia de 8 mayo 1998.

STSJ Comunidad valenciana, de 21 junio de 2000.

STSJ Cataluña de 20 junio 2001.

STSJ Murcia de 9 abril 2001.

STSJ Cataluña de 13 noviembre 2003.

STSJ Andalucía (Sevilla), contencioso-adm, de 23 noviembre 2007.

STSJ Castilla y León, contencioso-adm, de 1 marzo 2016.

Derechos humanos y democracia: Una aproximación al análisis de los presidentes Bush y Trump de los Estados Unidos*

Mario Demetrio Palacios Moreno**

Orlando Espinosa Santiago***

RESUMEN: Este trabajo examina comparando la conducta represiva de George Walker Bush y Donald Trump y enfatiza que el gobierno infringe derechos humanos en el contexto de una democracia madura. La estrategia represiva de Trump se instituye principalmente como respuesta ante la amenaza de la inmigración, mientras que la estrategia represiva del gobierno de Bush se arregló principalmente como respuesta ante la amenaza del terrorismo.

Palabras clave: Democracia, represión, Estado constitucional, Estado de derecho, derechos humanos, migración, terrorismo.

ABSTRACT: This paper examines comparing the repressive behavior of George Walker Bush and Donald Trump and emphasizes that the government infringes human rights in the context of a mature democracy. Trump's repressive strategy is instituted mainly as a response to the threat of immigration, while the repressive strategy of the Bush administration was mainly arranged in response to the threat of terrorism.

Keywords: Democracy, repression, constitutional state, rule of law, human rights, migration, terrorism.

SUMARIO: Introducción. 1. Los derechos humanos: entre la democracia y la represión. 2. La doctrina liberal del punto límite. 3. Democracia y represión. 4. Comparando estrategias represivas. 4.1. Terrorismo y migración. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

* Artículo recibido el 5 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 29 de enero de 2019.

** Es profesor-investigador del Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y estudiante del Doctorado en Política y Gobierno en el Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

*** Es profesor-investigador del Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Es Doctor de Investigación en Ciencias Sociales con mención en Ciencia Política por la FLACSO-México.

El encuadre teórico de este artículo es la relación entre la democracia madura¹ y la represión política, que se explica a partir del supuesto de que en situaciones de crisis violentas la democracia tiene una influencia significativa en la conducta represiva del Estado, mientras que el Estado frente al peligro de amenazas es más probable que recurra a la conducta represiva. Esto es, las instituciones democráticas influyen en el comportamiento represivo del Estado y el Estado reacciona frente a las amenazas violentas incrementando la conducta represiva y condicionando la influencia pacificadora de las instituciones democráticas.²

La democracia según Landman³ es un concepto debatible, no obstante, aborda el término mediante un modelo en el que acomoda sus principales características utilizando dos criterios clave: densidad y ligereza de la democracia y su relación con los derechos humanos. Esta es, justamente, la relación que resulta significativa para este trabajo. El modelo de Landman concibe los siguientes arquetipos: democracia procedimental, democracia liberal y social democracia. El primero, es la definición más ligera de la democracia e incluye el derecho a la oposición y a desafiar a los poderosos, la libertad de expresión y de asociación, el derecho a votar y el sufragio universal; el segundo arquetipo, es una definición más densa que la primera pero más ligera que la tercera e incluye derechos civiles, derechos políticos, derechos de propiedad y derechos de las minorías; el tercer arquetipo, es la definición más densa y más incluyente de derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, derechos de propiedad, derechos de las minorías y derechos sociales.⁴ En esta perspectiva, democracia y derechos se reclaman mutuamente y lo que quebranta derechos humanos resquebraja a la democracia.

En la literatura especializada, por represión se entiende “la acción regulatoria del gobierno contra aquellos que desafían el poder y se desarrolla mediante el acoso, el arresto arbitrario, los asesinatos en masa, el asesinato político, la desaparición forzosa, la detención arbitraria, la discriminación de derechos civiles y políticos, la ejecución extrajudicial, el encarcelamiento, la tortura, las prohibiciones y la vigilancia-espionaje”.⁵ Estas acciones represivas deberían ser atípicas en una

¹ Por democracias maduras nos referimos a los países que lograron los requisitos básicos de la democracia tales como el sufragio universal y el voto secreto: Dinamarca 1915; Austria 1918; Gran Bretaña 1928; Francia 1946; Alemania 1946; Italia 1946; Japón 1952; Australia 1962; Estados Unidos 1965 y Canadá 1970. CHANG, Ha-Joon. *Retirar la escalera. La estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*. La catarata, Madrid, 2004, p. 139.

² DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007, pp. 5-11.

³ LANDMAN, Todd, *Human Rights and Democracy. The Precarious Triumph of Ideals*, Bloomsbury Academic, 2013, pp. 26-31.

⁴ *Ibidem*.

⁵ DAVENPORT, Christian, “State repression and political order”, *Annual Review of Political Science*, 10, núm. 1. 2007; DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007; HENDERSON, Conway W., “Conditions Affecting the Use of Political Repression”, *Journal of Conflict Resolution* 35, núm. 1, 1991; POE, Steven C. y TATE, Neal, “Repression of Human Rights to Personal Integrity in the 1980’s: A Global Analysis”, *American*

democracia. En suma, la democracia es una relación indisoluble con los derechos y libertades de los ciudadanos; mientras que, la represión es el deseo y la soberbia “del detentador del poder soberano de someter a reglamentación cualquier acción que los individuos o los grupos intenten emprender”.⁶

El presente trabajo se aproxima a la conducta represiva del expresidente George Walker Bush y a la reciente administración de Donald Trump en Estados Unidos, mediante la dicotomía democracia/represión segmentando el espacio de análisis en dos partes; de tal modo que el contenido de la democracia le pertenece y no puede pertenecer a la esfera de la represión simultáneamente; al crecer la democracia disminuye la represión; por consiguiente, los términos y/o partes principales de la dicotomía son opuestos: la democracia disminuye la represión, la represión socava a la democracia. Estos criterios se verán reflejados en los argumentos que se desarrollan en adelante.

La conjetura a la que se ciñe este trabajo, es que existe influencia del régimen político en la conducta represiva del Estado e influencia de la represión en el régimen político; esto es, que las instituciones democráticas influyen en el comportamiento represivo y que el Estado reacciona frente a las amenazas violentas incrementando la conducta represiva y condicionando la influencia pacificadora de las instituciones democráticas.⁷ Se asevera que la represión es un fenómeno complejo que incorpora múltiples formas de interactividad que necesitan describirse y ser investigadas a fin de comprender cómo influye la democracia en la conducta represiva gubernamental.⁸ El estudio de la represión, pone de relieve el tema de los gobiernos democráticos que se comprometen con la represión política. Por consiguiente, la relación democracia-represión adquiere relevancia en el esfuerzo de explicar las acciones de los funcionarios gubernamentales que se deciden por la represión y no son congruentes en un contexto democrático.

El análisis de la represión estatal se ha desarrollado a partir de dos agendas: la agenda global que compara muchos países e integra el cuerpo de estudios

Political Science Review 88, núm. 4, 1994; APODACA, Clair, “Global Economic Patterns and Personal Integrity Rights after the Cold War.” *International Studies Quarterly*, 45, núm.4, 2001; REGAN, Patrick y HENDERSON, Errol, “Threats and Political Repression in Developing Countries: Are Democracies Internally Less Violent?” *Third World Quarterly* 23, núm. 1, 2002; RIVERA, Mauricio, *Estado de Derecho y Democracia. La Lógica de la Represión Estatal en América Latina. (1981-2005)*, Tesis de Maestría, FLACSO, México, 2008; RIVERA, Mauricio, “Estudios sobre represión estatal en regímenes democráticos. Teorías, métodos, hallazgos y desafíos”. *Política y Gobierno XVII*, núm. 1, 2010; RIVERA, Mauricio, *¿Por qué reprimen las democracias? Los determinantes de la violencia estatal en América Latina*, FLACSO, México, 2012.

⁶ BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 139.

⁷ DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007.

⁸ *Ibidem*.

transnacionales⁹ y la agenda regional que compara pocos países en América Latina¹⁰. Este artículo se ciñe a esa línea teórica y forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre gobernanza, políticas públicas y sociedad civil.

1. Los derechos humanos: entre la democracia y la represión

Observando la represión promovida por el Estado prevalece la percepción según la cual se advierte que desde el conflicto bélico global de 1939-1945 actualmente se han incrementado las atrocidades provocadas por la represión política en todo el mundo, debido principalmente a la vulnerabilidad del “sistema de derecho internacional humanitario” y una feroz represión estatal de la disidencia.¹¹

Nault y England¹² examinando el impacto de la globalización en los derechos humanos, descubren que la represión política ha tenido serias implicaciones para las tres generaciones de derechos humanos. En la dimensión de los derechos civiles y políticos la investigación sostiene que China se ha mostrado inmutable ante la censura internacional por reprimir violentamente el reclamo de democracia en 1989 y afirman que “China continúa reprimiendo los derechos políticos y civiles de sus ciudadanos en nombre del crecimiento económico que se ha hecho posible en gran medida a través de las exportaciones a un mercado global”.¹³

En la dimensión de derechos económicos y sociales la investigación sostiene que la globalización durante tres décadas en África subsahariana no fue capaz de producir sino mínimos beneficios comparados con la enorme catástrofe generada por la aplicación de los llamados programas de ajuste estructural bajo los cuales los países africanos, “fueron requeridos a reducir o eliminar aranceles, recortar el gasto público, devaluar las monedas locales y concentrarse en el pago de la deuda.”¹⁴ El resultado de adoptar estas medidas fue “enorme pobreza, incremento del desempleo, ampliación del analfabetismo, bajas expectativas de vida y otros males sociales”.¹⁵

⁹ HENDERSON, Conway W., “Conditions Affecting the Use of Political Repression”, *Journal of Conflict Resolution* 35, núm. 1, 1991; POE, Steven C. y TATE, Neal, “Repression of Human Rights to Personal Integrity in the 1980’s: A Global Analysis”, *American Political Science Review* 88, núm. 4, 1994; DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007; REGAN, Patrick y HENDERSON, Errol, “Threats and Political Repression in Developing Countries: Are Democracies Internally Less Violent?” *Third World Quarterly* 23, núm. 1, 2002; APODACA, Clair, “Global Economic Patterns and Personal Integrity Rights after the Cold War.” *International Studies Quarterly*, 45, núm.4, 2001.

¹⁰ RIVERA, Mauricio, *¿Por qué reprimen las democracias? Los determinantes de la violencia estatal en América Latina*, FLACSO, México, 2012.

¹¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2015/2016. La situación de los derechos en el mundo*. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2016/02/annual-report-201516/>

¹² NAULT, Derrick M. y ENGLAND, Shawn L., *Globalization and human rights in the developing World*, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2011.

¹³ *Ibidem.*, p. 20.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 21.

¹⁵ *Ibid.*, p. 21.

Sobre los derechos humanos de tercera generación Nault y England afirman que Estados Unidos desde 1993 ha sido el principal adversario en el mundo al derecho al desarrollo. Este discernimiento, desmitifica la imagen de una globalización inherentemente buena y señala las fuertes tensiones sobre los derechos y las libertades civiles y políticas. Cabe señalar que paradójicamente, China y Estados Unidos son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, la primera organización mundial que promueve mantener la paz y la seguridad, proteger los derechos humanos, distribuir ayuda humanitaria, el desarrollo sostenible y defender el derecho internacional.¹⁶

Los informes de Amnistía Internacional sobre las acciones represivas en los primeros años del siglo XXI en las democracias maduras del mundo, destacan que se deterioran lenta, gradual o aceleradamente los derechos humanos el día de hoy. Según esta fuente, la represión estatal alcanza países tales como Estados Unidos, Canadá, Alemania, Australia, Austria, Dinamarca, Francia, Italia, Japón, Gran Bretaña¹⁷ y nutren la conjetura de este trabajo, sobre la probabilidad del resquebrajamiento de un régimen político cuyos fundamentos son el conjunto de principios, a partir de los cuales, se pretendió garantizar y proteger derechos y libertades de los ciudadanos frente al poder del Estado.

2. La doctrina liberal del punto límite

Teórica, histórica y prácticamente el Estado constitucional, de derecho y democrático,¹⁸ emergió para impedir la intensidad del poder político separándolo en cuanto a sus funciones, subordinándolo a la ley en cuanto a su ejercicio y estableciendo la voluntad del pueblo en cuanto a su origen. Vale decir, constituyen el núcleo de la tradición jurídico-política que estableció un punto límite,¹⁹ una

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.un.org/es/index.html>

¹⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2015/2016. La situación de los derechos en el mundo*. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2016/02/annual-report-201516/>
AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Anual 2012. El estado de los derechos humanos en el mundo*. Recuperado de: http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_es.pdf

¹⁸ La teoría nos dice que “Se suele llamar “constitucionalismo” a la teoría y la práctica de los límites del poder; el constitucionalismo encuentra su completa expresión en las constituciones que establecen límites no solamente formales sino también materiales al poder político, bien representados por la barrera que los derechos fundamentales una vez reconocidos y protegidos jurídicamente elevan contra el intento y presunción del detentador del poder soberano de someter a reglamentación cualquier acción que los individuos o los grupos intenten emprender.” BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 139.

¹⁹ El punto límite está implícito en la doctrina liberal del Estado de derecho, al respecto Bobbio (1989) afirma que “En la doctrina liberal estado de derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país que es un límite puramente formal, sino también subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente, y por tanto en principio “inviolables”... Son parte integrante del estado de derecho... todos los mecanismos constitucionales que impiden u obstaculizan el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder y dificultan o frenan el abuso, o el ejercicio

barrera infranqueable detrás de la cual estarían a salvo derechos y libertades. El punto límite, resulta fundamental para los gobernados, porque hace que sus derechos y libertades no estén a disposición del poder del Estado. En igual forma, le confiere eficacia a la acción del Estado y certidumbre a la sociedad porque define con toda claridad lo que está permitido, lo que está prohibido y lo que es obligatorio en la compleja y específica relación entre gobernantes y gobernados.

Hoy en día, observamos la probable ruptura del punto límite, el desmantelamiento, la irrupción, la penetración y el desbordamiento del poder político en alianza con el poder económico en la esfera de los derechos y las libertades de los ciudadanos, adelgazando o borrando la distancia entre lo permitido y lo prohibido, sin embargo, este hecho no es imputable únicamente a los países autocráticos, sino que está ocurriendo de manera extensiva en las democracias de los países desarrollados como Estados Unidos, que durante 2001 a 2008 evidenció “Los vínculos entre el gobierno de George W. Bush y el mundo de la economía global (finanzas, armas y petróleo)”.²⁰ Es decir, la fusión entre la política y la economía, así como las secuelas para los derechos y las libertades. Cabe recordar, que la fusión entre la esfera de la política y la esfera de la economía engendra el tipo de Estado denominado en la teoría política “Estado patrimonialista”, que al confundir el poder con la propiedad no es capaz de proteger ni garantizar derechos y libertades económicas.

En esas circunstancias, resulta difícil salvaguardar las características de un Estado constitucional, de derecho y democrático si el gobernante decide promover la represión para gobernar a sus ciudadanos, excluyendo el debido proceso legal, institucionalizando la sospecha y la vigilancia de sus domicilios, restringiendo, prohibiendo, sancionando y manipulando la opinión y la participación de los electores, un gobierno cuyos líderes y sus aliados son al mismo tiempo dueños o socios de poderosas corporaciones lucrativas.

En la guerra global contra el terrorismo que desató el gobierno de George Walker Bush continúan los interrogatorios, el traslado, la reclusión, la detención indefinida, la desaparición forzada, la tortura, la crueldad, la degradación de los prisioneros, la cadena perpetua, la pena capital y las ejecuciones extrajudiciales. Participan en esta guerra global tanto personal gubernamental norteamericano como agentes de otros gobiernos.²¹

En igual forma, Estados Unidos, no reconoce “la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos”²² Finalmente, los férreos defensores de la

ilegal.” BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 19.

²⁰ MONEDERO, Juan Carlos, *Disfraces del Leviatán. El papel del Estado en la globalización neoliberal*, Centro Internacional Miranda, Caracas, Venezuela, 2008, p. 15.

²¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Anual 2012. El estado de los derechos humanos en el mundo*. Recuperado de: http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_es.pdf

²² *Ibidem*.

Declaración Universal de Derechos Humanos, observan que las atrocidades del gobierno incluye también el “uso excesivo de la fuerza” por parte de las autoridades estadounidenses contra la sociedad civil que protestó contra el poder y la avaricia de las empresas, la desigualdad social y las políticas gubernamentales que fueron incapaces de prevenir y enfrentar la reciente crisis financiera.²³

En esas circunstancias, se infiere el impacto del punto límite que evapora la eficacia de la decisión-acción del gobierno para producir bienestar público y la incertidumbre y el temor irrumpen en el espacio de la sociedad incrementando la vulnerabilidad de los gobernados frente al poder de los gobernantes. Por lo tanto, una sociedad enclaustrada en condiciones que afectan la vida normal, muestra el síntoma de resquebrajamiento del punto límite y presumible desmantelamiento de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

Cabe señalar que cuando la realidad se modifica en forma tan extrema y rápida, el referente teórico empieza a perder su significado, esto quiere decir, que la teoría normativa (el deber ser) ya no resulta del todo aplicable a esa realidad porque lo que estamos observando no es una simple falla del gobierno, sino una discrepancia tan grande entre lo que la teoría dice que debe ser y lo que es en realidad. Por consiguiente, se encara una profunda contradicción en la cual el referente teórico no encaja con los hechos que se observan desde el ángulo de la intensidad del poder político, es decir, se intensifica la separación entre los preceptos y los hechos.

De este modo, la ruptura del punto límite nos proporciona una idea sobre las consecuencias para los derechos y las libertades de los ciudadanos frente a la ampliación del poder del gobierno. Sin embargo, lo que se plantea en este trabajo, es que este fenómeno ya no es único o exclusivo de un gobierno despótico, totalitario, de las dictaduras, de las tiranías o de las juntas militares que en el pasado reprimieron y eliminaron violentamente derechos, libertades y patrimonios alrededor del mundo. Hoy en día, síntomas agudos de la ampliación del poder del gobierno se están manifestando en las sociedades consideradas tradicionalmente como democráticas, en las que se tenía por superada la autocracia y se había logrado impedir la intensidad del poder político. En esta perspectiva, Levitsky y Ziblatt,²⁴ al mismo tiempo que sostienen que la democracia estadounidense es la mejor del mundo reconocen el “riesgo” de la reciente dilatación del poder ejecutivo.

3. Democracia y represión

Regresando a la teoría sobre la compleja relación democracia-represión, los hallazgos de la investigación empírica señalan primero, que la democracia política disminuye la conducta represiva del gobierno; segundo, que frente y/o bajo alguna

²³ *Ibíd.*

²⁴ LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, “Is Donald Trump a Threat to Democracy?”. The New York Times, publicado: 16/12/2016. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/12/16/opinion/sunday/is-donald-trump-a-threat-to-democracy.html>

amenaza la capacidad pacificadora de la democracia tiende a disminuir; tercero, que frente a las amenazas los gobiernos responden con la represión e incluso que un país democrático como los Estados Unidos empleará la represión para contener la amenaza.²⁵ De este modo, las recientes decisiones ejecutivas del presidente Donald Trump, sobre terrorismo,²⁶ deportaciones²⁷ y seguridad fronteriza,²⁸ violan derechos humanos y son incongruentes en un contexto democrático²⁹ manifestando que el eje articulador de las acciones represivas del gobierno estadounidense contra los derechos y las libertades de los ciudadanos son principalmente la migración y la lucha contra el terrorismo.

En Estados Unidos, el expresidente George Walker Bush fue el primero que se decidió por la acción represiva considerada como la “más grande dirigida a la población estadounidense”.³⁰ Esto sugiere que el presidente Trump, está retomando la experiencia de la represión en los primeros días de su mandato, reinsertando el pasado en el presente al incorporar deliberadamente estrategias represivas al proceso de toma de decisiones ejecutivas. De este modo, las circunstancias actuales exigen preguntar:

¿Cómo es que la idea política y la institución que tan frecuente y ampliamente asociamos con la no violencia, la cooperación, la negociación, la razón y la protección de sus ciudadanos (es decir, la democracia política) termina siendo potencialmente el instrumento de violencia, hostilidad, agresión y amenaza para los individuos que viven en la jurisdicción territorial?³¹

4. Comparando estrategias represivas

Analizando la estrategia represiva de Bush y comparándola con la estrategia represiva de Trump, se advierten diferencias y similitudes encaminadas todas ellas

²⁵ DAVENPORT, Christian, “Multi-Dimensional Threat Perception and State Repression: An Inquiry In to Why States Apply negative Sanctions”, *American Journal of Political Science* 39, núm. 3, 1995; DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007.

²⁶ Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States. January 27, 2017. <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>>

²⁷ Enhancing Public Safety in the Interior of the United States. January 25, 2017. <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/25/presidential-executive-order-enhancing-public-safety-interior-united>>

²⁸ Border Security and Immigration Enforcement Improvements. January 25, 2017. <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/25/executive-order-border-security-and-immigration-enforcement-improvements>>

²⁹ DAVENPORT, Christian, “The Immigration Act: repression somewhere between IR, comparative & American Politics”. Disponible en: <http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/category/all/>

³⁰ DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007, p. 7.

³¹ DAVENPORT, Christian, “The perils, prospects and necessity of studying state repression in political democracy (or, maybe now we are ready for a broader/real conversation about repression in democracies)” Recuperado de: <http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/11-2016>.

al impacto o ruptura del punto límite. Cabe señalar que la comparación de la administración Bush y el primer año de gobierno de Trump, podría no ser robusta, ello no impide realizar un ejercicio de reflexión sobre sus implicaciones.

La estrategia de George Walker Bush revela un patrón en el proceso de toma de decisiones ejecutivas integrado por cuatro aspectos:

Primero, frente a los adversarios y las amenazas claras dirigidas contra el Estado estadounidense, el liderazgo político/autoridades promovieron el diseño de nuevas herramientas normativas a fin de producir un cambio en la legislación vigente transformando los parámetros del poder represivo del gobierno acrecentándolo³² clamaron por más recursos económicos aumentando el presupuesto para seguridad interior y defensa.

Segundo, consideraron el apremio como el supuesto básico para tomar las medidas necesarias, evitando perder el tiempo porque resultaba una ventaja para los enemigos del gobierno en turno, por consiguiente, armaron una respuesta frente a la amenaza del terrorismo por la vía rápida³³ y, buscaron el consenso entre los representantes de los ciudadanos a fin de otorgarle legitimidad a la decisión de usar la represión y omitieron la deliberación pública para no perder el tiempo favoreciendo a los adversarios.

Tercero, fueron capaces de abatir prohibiciones, restricciones y controles institucionales característicos de un Estado Democrático librando al gobierno para que pudiera actuar sin repercusiones.

Cuarto, ante la amenaza del terrorismo la estrategia represiva implicó acciones tales como: acorralar y detener sospechosos; allanamiento de moradas; detención arbitraria y secreta; eliminación del acceso público a la información; eliminación y evasión de restricciones legales a la vigilancia policiaca, así como al espionaje contra activistas políticos; encarcelamiento de sospechosos; encubrimiento de las acciones del gobierno; expatriación de sospechosos; imposición de la pena de muerte a protestas y manifestaciones consideradas peligrosas; incautación de recursos financieros; indagación de archivos personales; interrogar y cuestionar duramente; limitar y ajustar las libertades civiles; limitar y prohibir la revelación de información;

³² Bustamante afirma que los sentimientos antiinmigrantes y xenofóbicos generalizados propiciaron que el Congreso estadounidense aprobara “reformas legislativas para aumentar el poder presidencial—como la llamada Ley Patriótica (*Patriot Act*) la cual fue aprobada en 2001—, en desmedro de algunos derechos civiles de protección de los individuos contra actos de autoridad y a favor de la privacidad, los cuales previamente ya se encontraban consignados en las leyes de Estados Unidos”. BUSTAMANTE, Jorge, “La Migración de México a Estados Unidos: de la coyuntura al fondo”. En: TORRES, Blanca y VEGA, Gustavo (coord.), *Los grandes problemas de México. Relaciones Internacionales*. Vol. XII, 1a. ed., El Colegio de México, México, 2010, p. 211.

³³ Kazin sostiene que la Ley Patriótica “se aprobó sin que mediara un debate serio. La mayoría de los legisladores se quejarían después de que no habían tenido tiempo de leer las 342 páginas del documento, pero casi con seguridad no habrían cambiado de opinión, aunque las hubieran leído”. KAZIN, Michael, “Estados Unidos: El sueño corrompido”. En: KAMPFNER, John, *Libertad en venta. ¿Por qué vendemos democracia a cambio de seguridad?*, Ariel, España, 2011, p. 270.

militarizar los espacios públicos; omitir la información a tribunales y abogados; omitir la autorización judicial y la aprobación de tribunales para detener activistas políticos; prohibir manifestaciones; suspender el recurso de *habeas corpus* (evitar la detención y el arresto ilegales), sospechar como criterio de inclusión de cualquier persona como terrorista y atribuir asociación terrorista a actividades legales como las manifestaciones de protesta.³⁴

El patrón represivo del gobierno de George Walker Bush, llevó a la extenuación el punto límite mediante el adelgazamiento del “límite puramente formal” (leyes) y, principalmente, mediante la ruptura del “límite material” (derechos fundamentales); no obstante “no hubo rendición de cuentas por las violaciones de derechos humanos cometidas durante el gobierno del presidente George W. Bush”.³⁵ Las órdenes ejecutivas de Donald Trump se parecen en algunos aspectos a las estrategias represivas del gobierno de Bush destacándose, en ambas, la articulación entre la amenaza del terrorismo y la amenaza de la inmigración.

4.1 Terrorismo y migración

En 2015 en los Estados Unidos, el tamaño de la comunidad hispana en general es de 56.5 millones de personas de las cuales 36.7 millones son de origen mexicano y representan el 63.3% de la población latina, por consiguiente, el grupo mexicano es también el más grande de los 14 grupos que integran esa comunidad.³⁶

Los hispanos son el grupo de mayor crecimiento en la nación estadounidense y seguirá creciendo “Desde 1960, la población latina del país ha aumentado casi nueve veces, de 6.3 millones a 56.5 millones en 2015. Se proyecta que crecerá a 107 millones en 2065”.³⁷ Se infiere, que la tendencia a crecer de la comunidad hispana podría impactar la estructura étnica y lingüística de los Estados Unidos y ser evaluada como amenaza por el Estado estadounidense. En esta perspectiva, los mexicanos que integran el grupo mayoritario de la población hispana en Estados Unidos, si fueron puntualmente percibidos como amenaza por el expresidente George Walker Bush cuya administración promovió la “integridad territorial” y aprobó la “ley del muro” en 2006, con el propósito de “prevenir cruces ilegales” en la frontera sur de los Estados Unidos. En esas circunstancias, de manera individual o colectiva, personas, instituciones y diversas organizaciones privadas avivaron un ánimo racista³⁸ contra los mexicanos que constituyen ahora el mayor peligro/amenaza para Estados Unidos.

³⁴ DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007, pp. 5-8.

³⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Anual 2012. El estado de los derechos humanos en el mundo*. Recuperado de: http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_es.pdf

³⁶ FLORES, Antonio; LÓPEZ, Gustavo; RADFORD, Jynnah. “Facts on U.S. Latinos, 2015. Statistical portrait of Hispanics in the United States”, Pew Research Center. Hispanic Trends. Disponible en: <http://www.pewhispanic.org/2017/09/18/facts-on-u-s-latinos-current-data/>

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ BUSTAMANTE, *Op. Cit.*, pp. 207-218.

En la política de inmigración entre México y los Estados Unidos subyace una complejidad de interacciones cuya característica principal es la desigualdad demográfica y económica. El flujo migratorio entre México y Estados Unidos, así como sus consecuencias, es un fenómeno histórico-social no resuelto del pasado que irrumpe sumándose a los problemas del presente, de tal modo que en 2008 se reportó que “más de 4 mil migrantes han muerto atravesando el “muro” (material y virtual) que separa México de Estados Unidos en el transcurso de los últimos 12 años, esto es, 15 veces más que el número de personas muertas atravesando el muro de Berlín en sus 28 años de existencia.”³⁹ El endurecimiento de las normas aprobadas por el Estado estadounidense, soslaya el principio “*pro bonum commune*”,⁴⁰ es decir, elude lo que debería defenderse, en otras palabras “una idea que viene bajo muchos nombres: democracia, libertad, civilidad, pluralismo, pero tiene una cara invariable. Es la cara de la sociedad tolerante, en la cual los líderes y los gobiernos existen no para usar o abusar de las personas, sino para brindarles libertad y oportunidad”.⁴¹

Soslaya el principio a partir del cual se instituyó la nación estadounidense como soberana e independiente.⁴² Por consiguiente, el endurecimiento de las normas del gobierno, asesta un fuerte golpe al punto límite, al establecer

a] la elevación a crimen federal de la entrada o permanencia en Estados Unidos sin autorización gubernamental, que hasta ese momento estaba penalizada sólo como una falta menor de carácter administrativo; b] la facultad que se otorgaba a cualquier policía de Estados Unidos para arrestar y expulsar de inmediato del territorio estadounidense a cualquier extranjero que por su simple apariencia le pudiera parecer sospechoso de ser un extranjero ilegal (*illegal alien*), disposición que hacía susceptible de arresto y expulsión inmediata a cualquier persona que, por el color de su piel, se le hiciera sospechosa de ser un indocumentado; c] la elevación a delito federal de cualquier acción de ayuda o asistencia a un

³⁹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. “Estados Unidos-México. Muros, Abusos y Muertos en las fronteras. Violaciones flagrantes de los derechos de los migrantes indocumentados en camino a Estados Unidos”. No 488/3, 2008. Disponible en:

<http://www.womenontheborder.org/documents/USAMexiquemigran488esp.pdf>

⁴⁰ “Por el bien común”.

⁴¹ LAKE, Anthony, “The Reach of Democracy; Tying Power to Diplomacy”. The New York Times, Publicado: 23/09/1994. Disponible en:

<http://www.nytimes.com/1994/09/23/opinion/dialogue-the-reach-of-democracy-tyingpower-to-diplomacy.html>

⁴² “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad” Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf

inmigrante indocumentado...y d] la autorización para construir muros fronterizos en gran parte de la frontera con México y el incremento de los miembros de la Patrulla Fronteriza a niveles sin precedente.⁴³

La Guerra Fría se agotó con la caída del muro de Berlín, en esas circunstancias, cabe recordar el reclamo que el cuadragésimo presidente estadounidense Ronald Reagan le hizo al líder de la Unión Soviética frente a la puerta de Brandeburgo “Señor Gorbachov derribe este muro”. Irónicamente, en la post-Guerra Fría, George Walker Bush, levanta un nuevo muro de sofisticación tecnológica aparejado a un significativo incremento de arbitrariedades y deterioro de los derechos humanos, una estrategia represiva llamada “proyecto Sensenbrenner, orientado,...hacia la criminalización de la inmigración irregular y el control policial en las fronteras en nombre de la seguridad nacional y de la guerra al terrorismo.”⁴⁴

Una estrategia represiva que el actual presidente Donald Trump parece obstinado en continuar ya que en materia de inmigración, estableció que para la detención y expatriación de sospechosos es suficiente “el juicio de un oficial de migración” sin necesidad de probar la culpabilidad del sospechoso;⁴⁵ o bien, que no se autorizará visa a persona alguna bajo la sospecha del Departamento de Seguridad Interior de “colaborar con organizaciones criminales”.⁴⁶ La orden ejecutiva del presidente Trump, omite que las personas importan por el hecho de ser personas y que

el Estado debe respetar a todas las personas que en él se encuentren independientemente de que sean ciudadanos o no. Esto vale, por ejemplo, para los trabajadores migrantes, quienes, aunque no posean el rango de ciudadanos en el país en que residen, deben contar con el respeto a sus derechos humanos y laborales.⁴⁷

En materia de seguridad, el presidente Trump pretende prohibir por lo menos 90 días la inmigración de varios países musulmanes y manifestó que desea ampliar la prohibición indefinidamente, por consiguiente, la Ley de Inmigración (*The Immigration Act*) “es represiva porque utiliza el uso real o la amenaza de sanciones físicas contra individuos u organizaciones (por ejemplo, la detención forzada) y la amenaza de tales sanciones (por ejemplo, el encarcelamiento, expulsión del país)”.⁴⁸

⁴³ BUSTAMANTE, *Op. Cit.*, p. 212.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 208.

⁴⁵ ZEPEDA GIL, Raúl, “Órdenes ejecutivas del gobierno de EEUU en materia migratoria: implicaciones para México” Instituto Belisario Domínguez, 2017, p. 2.

<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3348>

⁴⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁷ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, “Sociedad civil y derechos ciudadanos”, En: Revista *Letras Libres*, 2001, p. 14.

Disponible en: <http://www.letraslibres.com/mexico/sociedad-civil-y-derechos-ciudadanos>

⁴⁸ DAVENPORT, Christian, “The Immigration Act: repression somewhere between IR, comparative & American Politics”, 2017. Recuperado de:

<http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/category/all/>

En cuanto al uso de recursos financieros el gobierno de Trump propone incrementar el presupuesto en un 10% para defensa y un 6% para seguridad interior⁴⁹ para combatir lo que concibe como amenazas fortaleciendo los aparatos coercitivos del Estado. En la estrategia del expresidente Bush el Congreso estadounidense aprobó “incrementos presupuestales para gastos de guerra —los que llevaron a un déficit presupuestal de Estados Unidos a niveles sin precedentes en su historia—”.⁵⁰

La estrategia represiva de Trump se instituye principalmente como respuesta ante la amenaza de la inmigración, mientras que la estrategia represiva del gobierno de Bush se arregló principalmente como respuesta ante la amenaza del terrorismo; en ambos casos, el proceso de toma de decisiones ejecutivas generó tensiones hacia adentro y hacia fuera de los Estados Unidos. Tensiones implícitas en la autorización de Bush “para construir muros fronterizos en gran parte de la frontera con México y el incremento de los miembros de la Patrulla Fronteriza”.⁵¹ Tensiones que resurgen con Donald Trump a través de la Ley de Inmigración (*Immigration Act*) contra la población musulmana, dejando ver que “las acciones de una sola autoridad política pueden tener simultáneamente implicaciones tanto nacionales como extranjeras”.⁵² Consecuentemente, las estrategias represivas rebasan la frontera soberana y se asiste a la desterritorialización de las estrategias represivas.

En su momento, individuos, movimientos sociales, organizaciones e instituciones públicas y privadas, reaccionaron y se opusieron a la conducta represiva del gobierno de Bush y, actualmente, ocurre lo mismo contra el gobierno de Trump, vale decir, la decisión de las autoridades políticas de utilizar la represión, en ambos gobiernos, ha estado influenciada por la democracia, en esta perspectiva, la política migratoria del expresidente Bush provocó movimientos de protesta y “fue también la primera vez en la historia de Estados Unidos que se moviliza tanta gente en protesta por proyectos legislativos antiinmigrantes”.⁵³

La política migratoria del presidente Trump empecinada con el “temor al terrorismo” y/o contra “personas muy malas y peligrosas”; provocó la reacción del poder judicial (jueces, cortes, tribunales) y la imposición de restricciones al poder ejecutivo; en igual forma, generó movimientos de protesta y manifestaciones en varios lugares del territorio estadounidense⁵⁴ y reacciones adversas en el exterior

⁴⁹ ZEPEDA GIL, Raúl, “Órdenes ejecutivos del gobierno de EEUU en materia de seguridad: implicaciones para México” Instituto Belisario Domínguez, 2017, p. 1.

Recuperado de: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3415>

⁵⁰ BUSTAMANTE, *Op. Cit.*, p. 211.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 212.

⁵² DAVENPORT, Christian, “The Immigration Act: repression somewhere between IR, comparative & American Politics”, 2017, Recuperado de:

<http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/category/all/>

⁵³ BUSTAMANTE, *Op. Cit.*, p. 213.

⁵⁴ La Jornada, “Corte rechaza apelación de Trump por veto migratorio”, 5 de febrero, 2017, Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2017/02/05/corte-rechaza-apelacion-a-vetomigratorio>

entre las que destaca la actitud de la canciller alemana Angela Merkel quien expresó que “la lucha contra el terrorismo no puede justificar la sospecha generalizada contra las personas de un determinado origen geográfico o religión”.⁵⁵ Comparativamente, en las estrategias represivas Bush/Trump se observa el desencadenamiento y articulación de acciones tanto de aquellos que se deciden por la acción represiva (liderazgo político/autoridades) como de aquellos que se oponen a ella (ciudadanos, organizaciones de la sociedad civil). En el caso específico, del presidente Trump, se destaca la rapidez de la respuesta para contrarrestar la estrategia represiva por parte del poder judicial y las organizaciones de la sociedad civil.⁵⁶ En el caso del expresidente Bush “fueron pocos los que, desde la política convencional, quisieron cuestionar las decisiones que se estaban tomando en su nombre.”⁵⁷ Más aún, se afirma que fracasaron el poder legislativo, el poder judicial y los medios de comunicación socavando la separación de poderes y los derechos individuales.⁵⁸

Conclusiones

La comparación de las estrategias represivas destaca la presencia de escenarios complejos de interactividad entre diversos actores y el reclamo de qué las acciones represivas pueden y deben ser contrarrestadas en un contexto democrático, es decir, si existe el derecho a la oposición y a desafiar a los poderosos.

En la teoría normativa, la democracia se define como “la sociedad del ciudadano”,⁵⁹ como un régimen de gobierno inherentemente bueno y opuesto al régimen autoritario que reprime sistemáticamente a la oposición y produce fragilidad para los ciudadanos.

Levitsky y Ziblatt, sostienen que el día de hoy la “sociedad del ciudadano” en Estados Unidos está en riesgo, utilizan los indicadores creados por Juan Linz y encuentran que Trump tiene todos los rasgos de un gobernante autoritario por su inclinación a la violencia, a coartar libertades y a repudiar la legitimidad de sus adversarios. Afirman que mostró un comportamiento despótico durante y después del proceso electoral rompiendo todas las reglas que “garantizan un mínimo de civilidad y cooperación”.⁶⁰

⁵⁵ EL PAÍS, “Rechazo mundial. La arbitrariedad de Trump desencadena una oposición frontal”, 30 de enero, 2017, Disponible en:

http://elpais.com/elpais/2017/01/30/opinion/1485800029_360284.html

⁵⁶ DAVENPORT, Christian, “The Immigration Act: repression somewhere between IR, comparative & American Politics”, 2017, Recuperado de:

<http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/category/all/>

⁵⁷ KAZIN, *Op. Cit.*, pág. 266.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 266.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 14.

⁶⁰ LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, “Is Donald Trump a Threat to Democracy?” The New York Times, publicado: 16/12/2016. Disponible en:

<https://www.nytimes.com/2016/12/16/opinion/sunday/is-donald-trump-a-threat-to-democracy.html>

Estos incidentes sugieren que el actual mandatario estadounidense está empeñado en construir un campo político con las reglas definidas e impuestas por él al mundo, de este modo, el punto límite está en riesgo y nos advierte de las probables consecuencias que tendrá para los derechos humanos frente a la ampliación del poder del gobierno.

Así como Levitsky y Ziblatt afirman que la mejor democracia del mundo es la estadounidense, Nye afirmó hace más de una década que “Estados Unidos seguirá siendo el país más poderoso en el 2020”,⁶¹ sin embargo, señaló que el desafío para Estados Unidos no es el poder de la fuerza, sino la superior capacidad para erigir un “poder inteligente”.⁶²

Con el arribo de Donald Trump al poder, la actual promoción de estrategias represivas podría fracturar la democracia y se apartan de un “poder inteligente”, razón por la cual, Davenport se pregunta si “tal vez ahora estamos listos para una conversación más profunda/seria sobre la represión en las democracias”.⁶³ De este modo, si se logra que esta dicotomía se convierta en objeto de estudio estaríamos alejándonos de las percepciones reactivas, emotivas, sentimentales y aproximándonos a un mejor entendimiento de una situación o problema que tiene efectos cruciales para la promoción de los derechos humanos en el mundo.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Anual 2012. El estado de los derechos humanos en el mundo*. Recuperado de: http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_es.pdf
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2015/2016. La situación de los derechos en el mundo*. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2016/02/annual-report-201516/>
- APODACA, Clair, “Global Economic Patterns and Personal Integrity Rights after the Cold War.” *International Studies Quarterly*, 45, núm.4, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991.
- BUSTAMANTE, Jorge, “La Migración de México a Estados Unidos: de la coyuntura al fondo”. En: TORRES, Blanca y VEGA, Gustavo (coord.), *Los grandes*

⁶¹ NYE, Joseph, “Estados Unidos en 2020”, *Letras Libres*, 31 de marzo de 2007, págs. 62-63. Recuperado de: <https://www.letraslibres.com/mexico/estados-unidos-en-2020>

⁶² *Ibidem*.

⁶³ DAVENPORT, Christian, “The perils, prospects and necessity of studying state repression in political democracy (or, maybe now we are ready for a broader/real conversation about repression in democracies)” Recuperado de: <http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/11-2016>.

- problemas de México. Relaciones Internacionales*, Vol. XII, 1a. ed., El Colegio de México, México, 2010.
- CHANG, Ha-Joon, *Retirar la escalera. La estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*. La catarata, Madrid, 2004.
- DAVENPORT, Christian, "Multi-Dimensional Threat Perception and State Repression: An Inquiry In to Why States Apply negative Sanctions", *American Journal of Political Science* 39, núm. 3, 1995.
- DAVENPORT, Christian, "State repression and political order", *Annual Review of Political Science*, 10, núm. 1, 2007.
- DAVENPORT, Christian, *State Repression and the Domestic Democratic Peace*, Cambridge University Press, 2007.
- DAVENPORT, Christian, "The perils, prospects and necessity of studying state repression in political democracy (or, maybe now we are ready for a broader/real conversation about repression in democracies)" Recuperado de: <http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/11-2016>.
- DAVENPORT, Christian, "The Immigration Act: repression somewhere between IR, comparative & American Politics" Recuperado de: <http://christiandavenportphd.weebly.com/analog-the-anti-blog/archives/category/all/>
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776.
Recuperado de: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>
- El País, "Rechazo mundial. La arbitrariedad de Trump desencadena una oposición frontal", 30 de enero, 2017, Disponible en: http://elpais.com/elpais/2017/01/30/opinion/1485800029_360284.html
- Federación Internacional de Derechos Humanos, "Estados Unidos-México. Muros, Abusos y Muertos en las fronteras. Violaciones flagrantes de los derechos de los migrantes indocumentados en camino a Estados Unidos". No 488/3, 2008, Recuperado de: <http://www.womenontheborder.org/documents/USAMexiquemigran488esp.pdf>
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, "Sociedad civil y derechos ciudadanos", En: *Revista Letras Libres*, 2001, Recuperado de: <http://www.letraslibres.com/mexico/sociedad-civil-y-derechos-ciudadanos>
- FLORES, Antonio; LÓPEZ, Gustavo; RADFORD, Jynnah, "Facts on U.S. Latinos, 2015. Statistical portrait of Hispanics in the United States", Pew Research Center. *Hispanic Trends*, Disponible en: <http://www.pewhispanic.org/2017/09/18/facts-on-u-s-latinos-current-data/>
- HENDERSON, Conway, "Conditions Affecting the Use of Political Repression", *Journal of Conflict Resolution* 35, núm. 1, 1991.
- KAZIN, Michael, "Estados Unidos: El sueño corrompido", En: KAMPFNER, John, *Libertad en venta. ¿Por qué vendemos democracia a cambio de seguridad?*, Ariel, España, 2011.

- LA JORNADA, "Corte rechaza apelación de Trump por veto migratorio", 5 de febrero, 2017, Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2017/02/05/corte-rechaza-apelacion-a-vetomigratorio>
- LANDMAN, Todd, *Human Rights and Democracy. The Precarious Triumph of Ideals*. Bloomsbury Academic, 2013.
- MONEDERO, Juan Carlos, *Disfraces del Leviatán. El papel del Estado en la globalización neoliberal*. Centro Internacional Miranda, Caracas, Venezuela, 2008.
- NAULT, Derrick y ENGLAND, Shawn, *Globalization and human rights in the developing World*. Palgrave Macmillan, Great Britain, 2011.
- NYE, Joseph, "Estados Unidos en 2020", En: Revista Letras Libres, 2007, Recuperado de: <https://www.letraslibres.com/mexico/estados-unidos-en-2020>
- POE, Steven y TATE, Neal, "Repression of Human Rights to Personal Integrity in the 1980's: A Global Analysis", *American Political Science Review* 88, núm. 4, 1994.
- REGAN, Patrick y HENDERSON, Errol, "Threats and Political Repression in Developing Countries: Are Democracies Internally Less Violent?" *Third World Quarterly* 23, núm. 1, 2002.
- RIVERA, Mauricio, *Estado de Derecho y Democracia. La Lógica de la Represión Estatal en América Latina (1981-2005)*, Tesis de Maestría, FLACSO, México, 2008.
- RIVERA, Mauricio, "Estudios sobre represión estatal en regímenes democráticos. Teorías, métodos, hallazgos y desafíos", *Política y Gobierno* XVII, núm. 1, 2010.
- RIVERA, Mauricio, *¿Por qué reprimen las democracias? Los determinantes de la violencia estatal en América Latina*. FLACSO, México, 2012.
- LAKE, Anthony, "The Reach of Democracy; Tying Power to Diplomacy", *The New York Times*, Publicado: 23/09/1994. Recuperado de : <http://www.nytimes.com/1994/09/23/opinion/dialogue-the-reach-of-democracy-tyingpower-to-diplomacy.html>
- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, "Is Donald Trump a Threat to Democracy?", *The New York Times*, Publicado: 16/12/2016. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2016/12/16/opinion/sunday/is-donald-trump-a-threat-to-democracy.html>
- ZEPEDA GIL, Raúl, "Órdenes ejecutivos del gobierno de EEUU en materia migratoria: implicaciones para México" Instituto Belisario Domínguez, 2017, Recuperado de: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3348>
- ZEPEDA GIL, Raúl, "Órdenes ejecutivos del gobierno de EEUU en materia de seguridad: implicaciones para México" Instituto Belisario Domínguez, 2017, Recuperado de: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3415>

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana*

Cristina Ortíz Hernández**

RESUMEN: *El derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, surge como un claro ejemplo de la protección de los derechos humanos de los gobernados, de tal forma que el individuo pueda desarrollar su proyecto de vida, sin intervención de terceros y/o del Estado mismo.*

Esto es, dicho derecho, es una figura que no se encuentra establecida de forma directa dentro del ordenamiento constitucional mexicano como tal, sino que nace como un reflejo de garantizar el derecho a la dignidad humana, constituyéndose este último en su principal soporte.

Su importancia, radica en que no abarca un sólo derecho en específico, sino que comprende un sector mucho más amplio, extendiendo su protección a derechos tales como: a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil, todos ellos, en pro del propio derecho a la dignidad personal.

Palabras clave: *Libre desarrollo de la personalidad, derechos fundamentales, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, libertad, dignidad humana.*

ABSTRACT: *The right to the free development of the human personality emerges as a clear example of the protection of the human rights of the governed, in such a way that the individual can develop his life project, without the intervention of third parties and/or of the State itself.*

That is, this right is a figure that is not directly established within the Mexican constitutional order as such, but rather is born as a reflection of guaranteeing the right to human dignity, the latter being its main support.

Its importance lies in the fact that it does not cover only one specific right, but includes a much broader sector, extending its protection to rights such as: life, physical and mental integrity, honor, privacy, name, to the own image, to the civil state, all of them, in favor of the own right to the personal dignity.

Keywords: *Free development of personality, fundamental rights, Political Constitution of the United Mexican States, freedom, human dignity.*

* Artículo recibido el 10 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 17 de diciembre de 2018.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana, Maestra en Derecho Penal por la UNIPUEBLA, Doctora en Derecho por la Universidad de Xalapa, Juez del Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y miembro fundador y activo del Colegio de Doctores en Derecho del Estado de Veracruz, México, A.C.

SUMARIO: Introducción. 1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad. 2. Aspectos que componen el libre desarrollo de la personalidad. 3. El libre desarrollo de la personalidad, respecto a la profesión o actividad laboral. 4. El libre desarrollo de la personalidad, respecto al matrimonio. 5. El libre desarrollo de la personalidad, respecto a la preferencia sexual y apariencia. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Nuestra Constitución Política Federal, así como las Constituciones locales de las Entidades Federativas, otorga una amplia protección a la autonomía de los gobernados, así como el goce de ciertos bienes indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que pueden llegar a proponerse los individuos a lo largo de sus años.

Por ello, es de considerar que una de las principales funciones de los derechos fundamentales, es la de proteger esos bienes contra cualquier medida estatal o actuación de terceras personas que puedan afectar, de forma directa o indirecta, dicha autonomía personal, mediante el establecimiento de medios de protección o de figuras; es de este modo, que se contempla la figura al **libre desarrollo de la personalidad**, como una forma de protección al individuo de parte del Estado.

Esta figura no comprende un sólo derecho humano en específico, sino que se compone por un sector mucho más amplio abarcando derechos tales como el de la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, constituyéndose este último como la base principal que sustenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como se verá más adelante.

De ahí, la importancia de la existencia de esta figura jurídica que ha mostrado un constante desarrollo en doctrina y jurisprudencia en nuestro país.

1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

La figura del derecho al libre desarrollo de la personalidad es contemplada por primera vez, a nivel constitucional, en Alemania, en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania,¹ de fecha 23 de mayo de 1949, al señalar en el artículo 2.1, que *“toda persona tiene el **derecho al libre desarrollo de su personalidad** siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”*; texto que se ha mantenido vigente hasta nuestros días.

Igualmente, la Constitución Española contempla dicha figura jurídica, al señalar en su artículo 10.1 que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, **el libre desarrollo de la personalidad**, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*; en tanto que, la Constitución de la República Italiana, en su artículo 2° establece que: *“la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél **desarrolla su personalidad**, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”*.

¹ Adoptada el 23 de mayo de 1948, modificada el 13 de julio de 2017. Vigente.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana

Ahora bien, dicha figura se deriva de los instrumentos internacionales suscritos por México, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al establecer términos semejantes que se refieren al libre y pleno desarrollo de la personalidad, en sus artículos 22, que *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al **libre desarrollo de su personalidad**”*, 26.2, que *“la educación tendrá por objeto el **pleno desarrollo de la personalidad humana** y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”*, y 29.1, que *“toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede **desarrollar libre y plenamente su personalidad**”*.

Por otro lado, el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el **pleno desarrollo de la personalidad humana** y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”*.

Asimismo, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se establece el reconocimiento del desarrollo de la personalidad a favor del niño, enfocándolo en el crecimiento del menor dentro del seno familiar, dentro de un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Por su parte, en Latinoamérica la Constitución Política de Colombia, incluye en 1991 la figura del libre desarrollo de la personalidad, en su artículo 16, al señalar que *“Todas las personas tienen derecho al **libre desarrollo de su personalidad** sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*, constituyéndose en un ejemplo de regulación de este derecho.

No obstante, si bien es cierto que en nuestro país la figura del derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra señalado en forma expresa dentro de nuestra Carta Magna, lo es también que el mismo puede derivarse de forma implícita en el artículo 1º Constitucional, en su último párrafo, donde se establece que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra **que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.**

*El resaltado es propio.

En este punto, cabe señalar que el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagra el derecho a la seguridad jurídica, hace mención del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el **libre desarrollo de la personalidad** y de la salud.

*El resaltado es propio.

Sin que en alguna otra parte del texto normativo constitucional, se haga mención de dicha figura y, por ende, se regule o se establezca su irrestricta protección.

De este modo, en nuestro sistema jurídico ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien ha señalado mediante la emisión de diversos criterios que todo individuo debe de gozar de las garantías que la Constitución Federal otorga –así como de los Tratados Internacionales–, sin que puedan restringirse o suspenderse, más que en los casos y bajo las condiciones que la misma normatividad señala. Sin duda, se advierte la existencia de una voluntad constitucional por parte del Estado de asegurar y proteger el goce de los derechos fundamentales y circunscribir las limitaciones de los mismos a favor de los gobernados.

Lo anterior, en razón de que nuestro orden fundamental prohíbe cualquier tipo de discriminación que atente contra el derecho a la **dignidad humana**, mismo, que es el principal soporte de la figura del libre desarrollo de la personalidad; es decir, se trata del reconocimiento de que todo ser humano tiene una dignidad que debe ser respetada en todo momento; es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana.

En este punto, es necesario señalar qué se comprende por dignidad humana. El concepto de dignidad, deriva del latín *dignitas*, que significa *calidad de ser digno*, esto es, que *merece algo*.²

Tomás de Aquino,³ determinó que la dignidad del hombre es un reflejo del respeto hacía Dios, en razón de que fuimos hechos a imagen y semejanza de él, y, por ende, es superior a cualquier otro.

Al respecto, María Cristina Fix Fierro,⁴ señala la dignidad de la persona, como principio, refiere a las características estrictas de algo verdadero por su simple valor; de tal forma, que adquiere dos vertientes: una **autónoma**, en la que el respeto y defensa se circunscribe por la propia condición inherente a la persona; y, una **relacional**, donde en el ejercicio de los demás derechos, al existir una violación a la dignidad a la persona, sería una violación directa al derecho en sí mismo.

² PALOMAR De Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, Porrúa, México, 2003, pág. 527.

³ MARTÍN Sánchez, María. “El derecho a ser diferente: dignidad y libertad”, *Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos*, CNDH, México, 2015, pág. 22-23.

⁴ “La dignidad de la persona en España y México”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 2, número 6, México, 2007, pág. 9.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana

De tal modo que, para lograr la existencia de una verdadera dignidad humana, se requiere el establecimiento de condiciones, presupuestos y circunstancias que permitan al ciudadano disfrutar de una calidad de vida que promuevan su **desarrollo** tanto físico, psicológico y moral.

Por su parte, Diego García Ricci,⁵ señala que la dignidad humana, como principio jurídico, actúa como fundamento constitucional, puntualizando que Alemania ha definido dicho concepto como *el principio que guía a toda la Constitución y que el Estado no sólo debe respetar sino también proteger*.

En otras palabras, el ser humano se convierte en el “único” poseedor de dicho derecho, por su plena capacidad de obrar desde su razón, por poder decidir por sí mismo y trazar su camino de forma autónoma, asimismo, el individuo no puede ser tratado por otro como un simple instrumento, adquiriendo, en consecuencia, un determinado valor, protegido y respetado por el Estado.

Al respecto, María Martín Sánchez,⁶ señala que, como consecuencia de la estrecha conexión entre la dignidad y los derechos, en razón de que la primera se encuentra dentro de todos los demás, es que se vincula a todos los derechos y libertades, considerándoles como necesarios para el desarrollo de la personalidad del individuo.

Así, la dignidad humana como derecho constitucional, se convierte en un principio general del derecho con un valor superior que la convierte en la fuente del resto de derechos, independientemente de su naturaleza y de la persona, en cuanto estos son necesarios para el desarrollo integral de la personalidad del individuo, tomando como base “el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana”.⁷

Es decir, el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana aborda respectivamente otros derechos fundamentales, tales como: la igualdad, la libertad y la dignidad humana, con relación a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, como elementos fundamentales y necesarios para que el ser humano desarrolle íntegramente su personalidad.

PRINCIPALES DERECHOS QUE CONTEMPLA EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA		
IGUALDAD	LIBERTAD	DIGNIDAD
Todo individuo debe de gozar de las garantías que la Constitución Federal y los Tratados	Todo individuo goza de la facultad para elegir de forma autónoma su forma de vivir.	Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la

⁵ “El muro en la frontera”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 4, número 10, México, 2009, pág. 154.

⁶ *Op. Cit.*, pág. 29.

⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AMPARO Directo civil 6/2008, de 06 de enero de 2009, por el Ministro Sergio A. Valls Hernández, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, página 85.

Internacionales otorgan, sin que las mismas puedan restringirse o suspenderse, más que en los casos y bajo las condiciones que la misma normatividad señala.		edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.
--	--	---

***Elaboración propia**

Por ello, este derecho tiene como objeto principal el tutelar una esfera del individuo: la construcción de su plan de vida, dejando en su caso una norma abierta que protege diversas posibilidades de comportamientos o conductas – ya sea un hacer o no hacer – de conformidad con las particularidades de cada persona.⁸

El derecho al libre desarrollo de la personalidad involucra principalmente reconocer la dignidad humana y la responsabilidad de los sujetos.

El primero, que acepta el valor del individuo y, por ende, sus libertades y los derechos que le corresponden, en tanto que el segundo, surge como una limitante en reflejo de la consideración de la vida y de los derechos de terceros; constituyéndose dicha situación en *“autodeterminación y compromiso personal respecto a las libertades ajenas, como únicos límites de este derecho”*.⁹

Lo anterior, también puede traducirse en dos dimensiones: una externa y una interna. La externa, siendo un derecho que proporciona una “libertad de acción” que permite al individuo a realizar cualquier actividad que considere necesaria para el desarrollo de su personalidad; mientras que la interna, protege una “esfera de privacidad” en contra de acciones externas que puedan limitar su capacidad en la toma de sus decisiones (autonomía personal).¹⁰

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha planteado que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental derivado del derecho a la dignidad, previsto en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales, reconociendo a su vez la superioridad de la dignidad humana, al prohibir cualquier conducta que atente contra esta, partiendo del principio de que la dignidad del

⁸DEL MORAL FERRER, Anabella, *“El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”*, Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. VI, N° 2 (Julio-Diciembre 2012).

⁹ Armando Hernández Cruz, *“Derecho al libre desarrollo de la personalidad”*, La jornada, Sección Opinión, viernes 19 de enero de 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2018/01/19/politica/017a2pol>

¹⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014, de 04 de noviembre de 2015, Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

hombre es algo inherente a su ser y, por tanto, debe ser respetado en todo momento, pues “se trata del derecho a ser considerado como ser humano, como una persona, es decir, como ser de eminente dignidad”.¹¹

En el Amparo Directo civil 6/2008,¹² dicho Tribunal Constitucional señaló que “el individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, **en forma libre y autónoma**, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes”, siendo así que dicho derecho fundamental se compone de un sector mucho más amplio de derechos humanos, entre los que se encuentran los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.

De ahí que, se deberá entender por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como un derecho fundamental que se constituye en la facultad que goza cada individuo para elegir de forma autónoma su forma de vivir,¹³ toda vez que el mismo proporciona la base necesaria para que cada sujeto desarrolle su individualidad, sus características singulares, a partir de su autonomía y autodeterminación, teniendo como límite la obligación de ajustarse a los lineamientos impuestos por la legislación y el respeto hacia los derechos de los demás, sin que existan intromisiones ni presiones de ningún tipo, a fin de permitirle tomar las decisiones que estime importantes en su vida.¹⁴

De este modo, se habla de vulneración de este derecho cuando de forma irrazonable, le es impedido a un individuo, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano; lo anterior, en atención a que debe ser el propio individuo quien decida la mejor manera de desarrollar sus derechos y de construir sus proyectos y modelos de realización personal.

2. Aspectos que componen el libre desarrollo de la personalidad

Como se ha establecido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la base para la consecución del proyecto de vida que tiene cualquier ser humano para sí

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo civil 6/2008, de 06 de enero de 2009, por el Ministro Sergio A. Valls Hernández, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS.

¹² Resolución emitida el seis de enero de dos mil nueve, por el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sergio A. Valls Hernández, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS.

¹³ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, señaló en su **Sentencia C-481/98**, que el núcleo del derecho al libre desarrollo de la personalidad se refiere “a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana”.

¹⁴ De conformidad con la Sentencia T-542/92, emitida por la Corte Constitucional de Colombia el 25 de septiembre de 1992, en el expediente N° 3156.

mismo, al ser éste un ente autónomo,¹⁵ es decir, se constituye como una figura relacionada con los aspectos biológicos, psicológicos y sociales de la vida humana.

Por ello, dicho derecho implica el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como desea ser, de tal forma que es la persona humana quien decide el sentido de su existencia, de conformidad a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etc.; sin que lo anterior, permita el rebase de los límites naturales de los derechos de los demás y del orden público.

De este modo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad abarca los siguientes aspectos:¹⁶

- ✓ Libertad de contraer matrimonio o no hacerlo.
- ✓ Libertad de procrear hijos y su número.
- ✓ Libertad de decidir en qué momento de la vida o no tener hijos.
- ✓ Libertad de escoger la apariencia personal.
- ✓ Libertad para escoger la profesión o actividad laboral.
- ✓ Libertad de opción sexual.

Debido a que todos ellos, son parte de la manera en que un individuo desea desarrollar su vida de forma autónoma, sin que el Estado pueda interferir en esas decisiones, salvo para salvaguardar derechos similares de terceros, a fin de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás.

Es decir, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de vida de sus ciudadanos, debiendo limitarse a sólo diseñar las instituciones que resulten necesarias para facilitar la persecución individual de los planes de vida de los ciudadanos, la satisfacción de los ideales que se propongan, así como impedir que otras personas interfieran en la persecución de dichos planes.¹⁷

De este modo, su defensa debe tener como punto de partida el garantizar que los individuos puedan desenvolverse libremente en ambientes propicios, limpios de obstáculos, sin que ello signifique que se trata de un derecho absoluto.

Pues, el ejercicio libre de este no puede desconocer el derecho de otras personas – ya sean físicas o morales, e inclusive de una colectividad – ni limitar la capacidad punitiva del Estado ante la existencia de algún comportamiento que ponga en peligro el orden social o económico, así como el interés social.

Cabe resaltar que la defensa de esta libertad abarca inclusive la intimidad en los aspectos de la vida que atañen al sujeto, sobre la cual no puede interferir ningún ordenamiento jurídico del Estado que sea respetuoso de la persona humana y

¹⁵ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*

¹⁶ Tesis aislada P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XXX, diciembre de 2009, número de registro: 165822, con rubro **DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.**

¹⁷ Esto es, este derecho protege una libertad consistente en que el ciudadano pueda hacer o dejar de hacer, sin intromisiones externas del Estado o particulares. Contradicción de Tesis 11/2016, consultado en:

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=26928&Tipo=2>

reconozca su autonomía, que puede ir de lo más simple hasta lo más complejo, afectando la vida de una persona.

No obstante, en el presente trabajo se abordará sólo tres aspectos: la profesión o actividad laboral, el matrimonio, y la preferencia sexual y apariencia.

3. El libre desarrollo de la personalidad, respecto a la profesión o actividad laboral

Los artículos 5° y 123 de la Constitución Federal, tutelan la garantía de libertad de trabajo, entendida ésta como la facultad que la persona tiene de escoger, a su libre arbitrio, la profesión, industria, comercio o trabajo que mejor le acomode, siendo las únicas limitantes que:

- No se trate de una actividad ilícita; y,
- No se afecten derechos de terceros, ni de la sociedad en general

Siendo obligación del Estado la de garantizar el ejercicio de esa facultad, a favor de los ciudadanos.

Asimismo, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra el derecho que tiene todo gobernado a un trabajo digno y socialmente útil.

Por ende, el Estado de ningún modo, puede imponer al gobernado, actividad u ocupación alguna en contra de su voluntad, fuera de las excepciones que marca la ley. Lo anterior, toda vez que el Estado debe respetar su libre arbitrio, en **atención al desarrollo de su personalidad**, dentro de la sociedad.¹⁸

Así, cualquier norma que limite a un individuo su elección o decisión, entre trabajar y dejar de hacerlo, transgrede la garantía de libertad señalada en el artículo 1° de la Constitución Federal y, en consecuencia, al derecho del libre desarrollo de la personalidad.

4. El libre desarrollo de la personalidad, respecto al matrimonio

Consecuencia de las reformas del tres de octubre de 2008, al Código Civil para el Distrito Federal, así como del Código Civil Federal, y ante el cambio de paradigmas respecto a la figura del divorcio y su procedimiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁹ emitió un nuevo criterio²⁰ con el que obliga a todos los Tribunales a

¹⁸Tesis: XXIII.3o. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta T. XVI, Novena Época, octubre de 2002, P. 1299, de rubro: **VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES. AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1° CONSTITUCIONAL.**

¹⁹Contradicción de Tesis 73/2014, consultado en: <http://207.249.17.176/Transparencia/Lists/Pest1/Attachments/95/73-2014-CT-PS-VP.pdf>

²⁰Jurisprudencia 1ª./J. 28/2015, Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, 10 de julio de 2015, de rubro: **DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).**

decretar el divorcio sin que el cónyuge solicitante este obligado en acreditar las causales de divorcio señaladas en la legislación civil.

Constituyéndose en nuestra legislación, la figura del “divorcio incausado” o “divorcio exprés”, como reflejo del respeto al **derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**, al determinar el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de los Códigos Civiles que establecen como única forma para divorciarse la demostración de alguna causal de divorcio por parte del solicitante.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, justifica el reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea la existencia del vínculo con su cónyuge; sin que ello, signifique un atentado contra el matrimonio y la sociedad, todo lo contrario, ésta se beneficia, pues se evitan desgastes entre los contendientes y entorno familiar, eliminando los desajustes emocionales e incluso violencia entre los cónyuges.²¹

5. El libre desarrollo de la personalidad, respecto a la preferencia sexual y apariencia

El derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende derechos personalísimos tales como el derecho a la intimidad y a la propia imagen, así como el derecho a la **identidad sexual y de género**, esto es, considera la **libre opción sexual** del individuo como una parte de la manera en que el ciudadano desea proyectar y vivir su vida, en razón de que solo él puede decidir dicho aspecto de forma autónoma.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que se entiende por el derecho a la intimidad, aquel a no ser conocido por los demás, “*en ciertos aspectos de su vida y, por ende, el poder de decisión sobre la publicidad de datos relativos a su persona, familia, pensamientos o sentimientos*”. Por otro lado, el derecho a la propia imagen es aquel que permite al individuo el decidir, de manera libre, la forma en que elige mostrarse frente al resto de individuos que integran la sociedad en la que se desarrolla, de tal forma que logre la individualización ante la sociedad, permitiendo así su identificación.²²

Por otro lado, el derecho a la identidad personal es aquel que tiene el individuo a ser uno mismo, esto es, la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad, de conformidad con los caracteres físicos e internos y las acciones, que lo individualizan y permiten identificarlo; de forma tal que, el individuo podrá determinar libremente la parte de la vida que desea mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público.²³

²¹Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 917/2009, de veintitrés de septiembre de dos mil nueve, Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

²² Tesis: P. LXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXX, Novena Época, diciembre de 2009, P. 7, de rubro: **DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.**

²³ *Idem.*

Así, en consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional de nuestro país, estableció que **la reasignación sexual**, *que decida una persona transexual para adecuar su estado psicosocial a su físico, y de ahí vivir en el sexo con el que se identifica plenamente y ser reconocida como tal por los demás, constituye una decisión que **forma parte del libre desarrollo de la personalidad**, en tanto que es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual y de género ante sí mismo, que influye decisivamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones dentro de la sociedad*".²⁴

Asimismo, dicho órgano jurisdiccional, resaltó la importancia de la protección del individuo respecto a la reasignación sexual, respecto a la adecuación de sus documentos de identidad, mediante la rectificación de su nombre y sexo, pues dicho cambio produce diversos efectos tanto en su vida privada como en sus relaciones con los demás, en las que innegablemente entran en juego los derechos de terceros, así como el orden público, como ocurre en aspectos como el matrimonio, sucesiones, relaciones laborales, servicio militar, filiación, actos contractuales, antecedentes penales, etc.²⁵

Por ello, puntualizó la importancia de permitir al individuo, mediante la aplicación de diversos mecanismos legales, la adecuación de su sexo legal con el que realmente se identifica y vive como propio, con la consiguiente expedición de nuevos documentos de identidad, a fin de evitar una lesión o conculcación de sus derechos fundamentales.

Conclusiones

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la facultad que tiene todo individuo para elegir de forma autónoma y libre su forma de vivir (plan de vida), en atención que no se trata de un derecho humano en específico, sino que se compone por un sector mucho más de derechos como lo son el de la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.

De este modo, nuestra legislación confiere a los gobernados la figura al libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental, sin que ello signifique un permiso de actuación sin limitaciones, puesto que, aun cuando el individuo es libre de decidir en un hacer o no hacer respecto a su persona, dicha decisión deberá estar constreñida al resto de normas jurídicas, a fin de no dañar los derechos de terceros ni al Estado mismo.

Es decir, a través de este derecho, el Estado confirma la autonomía de sus ciudadanos, al tener la libertad de crear un plan de vida basado en la búsqueda del

²⁴ Tesis aislada P. LXIX/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009, número de registro 165698, de rubro: REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

²⁵ Tesis aislada P. LXXIV/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009, número de registro 165694, de rubro: REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O EL ORDEN PÚBLICO.

ideal de lo bueno para cada uno y para cada quien, partiendo de la concepción del bien y del mal que tenga la persona; claro está, sin que ello signifique la inexistencia de la responsabilidad de la persona por sus propias elecciones, ante sí mismo, ante el estado o ante terceros.

Así, encontramos una clara existencia de una voluntad constitucional por parte del Estado de asegurar y proteger el goce de los derechos fundamentales y circunscribir las limitaciones de los mismos a favor de los gobernados; siendo este derecho uno de los más amplios a favor del individuo.

Fuentes de consulta

Bibliografía

- DEL MORAL FERRER, Anabella, *"El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana"*, Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. VI, N° 2 Julio-Diciembre 2012.
- FIX FIERRO, María Cristina, *"La dignidad de la persona en España y México"*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 2, número 6, México, 2007.
- GARCÍA RICCI, Diego, *"El muro en la frontera"*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 4, número 10, México, 2009, pág. 154.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *"Derecho al libre desarrollo de la personalidad"*, La Jornada, Sección Política, viernes 19 de enero de 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2018/01/19/politica/017a2pol>
- ILLAND MURGA, Nicole Elizabeth, *Crónica del Amparo Directo Civil 6/2008, "Rectificación de acta por cambio de sexo"*, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Unidad de crónicas, 2008.
- MARTÍN Sánchez, María. *"El derecho a ser diferente: dignidad y libertad"*, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, CNDH, México, 2015.
- PALOMAR De Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, Porrúa, México, 2003.

Legisgrafía

- Constitución de la República italiana. Vigente.
- Constitución Española. Vigente.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Vigente.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949. Vigente.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo civil 6/2008, de 06 de enero de 2009, por el Ministro Sergio A. Valls Hernández, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014, de 04 de noviembre de 2015, Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 917/2009, de veintitrés de septiembre de dos mil nueve, Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

**El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad
humana en la legislación mexicana**

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-542/92, de 25 de septiembre de 1992, en el expediente N° 3156.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481/98, de 09 de septiembre de 1998, en el expediente N° D-1978.

Contradicción de Tesis 73/2014, consultado en:
<http://207.249.17.176/Transparencia/Lists/Pest1/Attachments/95/73-2014-CT-PS-VP.pdf>

Contradicción de Tesis 11/2016, consultado en:
<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=26928&Tipo=2>

Ejecutoria de Amparo en Revisión 40/2018, de fecha viernes 13 de julio de 2018, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Registro: 27951.

Tesis XXIII.3o. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta T. XVI, Novena Época, Octubre de 2002, P. 1299, de rubro: VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES. AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1° CONSTITUCIONAL.

Tesis aislada P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XXX, Diciembre de 2009, número de registro: 165822, con rubro DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

Tesis aislada P. LXIX/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009, número de registro 165698, de rubro: REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

Tesis aislada P. LXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXX, Novena Época, Diciembre de 2009, P. 7, de rubro: **DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.**

Tesis aislada P. LXXIV/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009, número de registro 165694, de rubro: REASIGNACIÓN SEXUAL. NO EXISTE RAZONABILIDAD PARA LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, IMPIDIÉNDOLE LA ADECUACIÓN DE SUS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, BAJO EL PRETEXTO DE PRESERVAR DERECHOS DE TERCEROS O EL ORDEN PÚBLICO.

Jurisprudencia 1ª./J. 28/2015, Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, 10 de julio de 2015, de rubro: DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA

PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y
LEGISLACIONES ANÁLOGAS).

Descriminalización, Despenalización y Regulación de la Cannabis*

María del Rosario Huerta Lara**

RESUMEN: A propósito del debate entre prohibicionismo versus descriminalización, despenalización o regulación estatal para la producción y distribución de la planta Cannabis Índica, la Suprema Corte de la Nación ha reconocido el justo alcance de la libertad de la persona para decidir respecto al uso medicinal o recreativo de la marihuana, como ya ocurre en otros temas como la reasignación sexual, el aborto incausado, el matrimonio igualitario, la disolución voluntaria del vínculo matrimonial; en todos ellos se pone de manifiesto el reconocimiento de diversas aspectos relativos a la libertad de las personas, asumiendo elecciones, que pese a ser cuestionadas bajo una óptima moral, existe la protección jurídica a sus derechos humanos, debido a su asidero constitucional y los tratados internacionales, pero especialmente por su propia naturaleza y la razonabilidad dentro del contexto social. La política prohibicionista contra las drogas no redujo la prevalencia de las adicciones en el mundo, además de que la represión al acceso a sustancias controladas, ha contribuido a incrementar la violencia y la corrupción asociadas a la delincuencia organizada, afectando a comunidades como a individuos, con ello, los derechos humanos y la salud de la población global y nacional. En este artículo se expone el proceso de reforma que actualmente experimenta el régimen jurídico y el modelo nacional en materia de fiscalización de drogas.

Palabras Clave: Despenalización, legalización y regulación de sustancias

ABSTRACT: Regarding the debate between the prohibition vs decriminalization or regulation by the State of the production and distribution of Cannabis Índica, The Supreme Court of the Nation has acknowledged the right extent of a person's freedom to decide in regards to the medicinal or recreational use of marijuana, just as it is occurring now with other topics such as sexual reassignment, abortion, egalitarian marriage; in all those can be seen the recognition of various aspects on which people decide the way they will lead their lives, no matter how morally questionable it can be, these find juridical protection due to their character as human rights based on the constitution and international treaties, but mainly because of their own nature and their reasonability within the social context. The prohibitive politics against drugs did not reduced the prevalence of addictions in the world, furthermore, the repression to have access to controlled substances, has only contributed to the increase of all the violence and corruption associated with the organized delinquency, affecting entire communities and individuals together with the human rights and the national and global population's health. In this article, the reform process currently experienced by the juridical regime and the national model regarding the taxation of drugs, are exposed.

Keywords: Decriminalization, legalization and regulation of controlled substances. Personal freedom and the right for health.

* Artículo recibido el 14 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 11 de enero de 2019.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana.

controladas. Libertad personal y derecho a la salud. Salud pública. Usos médicos, científicos, industriales y recreativos de la Cannabis Índica. Public Health. Medical, scientific, industrial and recreational uses of Cannabis Índica.

SUMARIO: Introducción. 1. En México, una reforma restringida. 2. Hacia una Ley General para la Regulación y Control de Cannabis 3. Políticas de Cannabis en América Latina. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En México, hace más de dos décadas, se instruye un debate sobre la posible descriminalización, despenalización, legalización y regularización de la producción de la especie vegetal *Cannabis* o marihuana,¹ lo que implica prospectivamente, reglamentar su siembra, cultivo y cosecha; su distribución, esto es, transporte, comercialización y consumo; además, establecer sus fines, sean médicos, científicos, industriales o lúdicos y recreativos.

En contraste, conforme a la legislación nacional vigente en materia de fiscalización de drogas, deben los órganos del Estado emplear preponderantemente el *Derecho Penal* para tutelar el derecho humano a la salud y la salud pública y, a la vez, garantizar la vigencia del orden público, a partir de una premisa *ideológica* que supedita la posesión de sustancias psicotrópicas con cierta clase de valores negativos de carácter *moral* que al trascender a las normas penales, éstas devienen en *delito*, en el que se incluye la marihuana. Por ello, toda conducta relacionada con la sola posesión de sustancias prohibidas por la ley sanitaria se sanciona penal y administrativamente. Expresiones contundentes y visibles de esta desmesurada desproporción normativa son el Código Penal federal y la Ley General de Salud, lo que también explica que estos ordenamientos sean objeto de atención de múltiples iniciativas a favor de la exclusión incriminatoria del uso la marihuana; acción que no debe entenderse como un coto vedado para la acción estatal en materia de

¹ Para la comprensión de estos conceptos, entendemos con el Dr. Ruiz Vadillo, Enrique, como *Descriminalización*, por tal, todo proceso o decisión legislativa en virtud de los cuales se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida, eliminando, por tanto, de forma definitiva, la posibilidad de asociar a la misma una pena. Se trata, en suma, del fenómeno inverso a la tipificación o criminalización. Inclusión y exclusión de comportamientos en el Código penal o en las leyes de esta naturaleza significa criminalizar y descriminalizar respectivamente. Por otra parte, *Despenalización*, que consiste en una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena. Por ejemplo, sustituir una pena de privación de libertad por otra de privación de derechos, o una pena de prisión por otra de arresto. En estos casos estamos en presencia de una desescalada en el sistema punitivo. En cierta manera, y con ciertas reservas, podría decirse que también se despenaliza cuando se establece un sistema de penas alternativas. Por ejemplo, una pena de arresto es sustituida por otra de arresto o multa. El sistema inverso sería el que condujera a un reforzamiento de sanciones penales. RUIZ VADILLO, Enrique, *Descriminalización y despenalización. Reforma penal y descriminalización*, en Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Número Extraordinario 13, Universidad del País Vasco, España, 1999. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174310/08+Descriminaliz.pdf>

regulación de otras drogas y sustancias, que en virtud de sus naturalezas físicoquímicas deban ser controladas desde el poder público, cuando de acuerdo a evidencia científica y sin criterios morales se demuestre afectación a la salud pública, la salud personal y el medio ambiente.

No sólo quienes abogan por derogar las normas prohibicionistas han llamado la atención, a no perder de vista ni obviar la experiencia de aquellos países donde se ha dado la permisión y descriminalización del uso recreativo de la marihuana, mediante procesos de deliberación democrática en el seno de congresos y parlamentos. Así ocurrió en los estados de Colorado y Washington en los Estados Unidos de América, los Países Bajos y Uruguay. Ha sido producto de amplios procesos legislativos, acompañados de políticas públicas muy sólidas. Si bien las causas, procesos de implementación, regulación y consecuencias varían de país en país, un elemento común es que tales medidas se producen en un marco regulatorio fuerte, ordenado e integral.²

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto mediante sentencia por lo menos cinco casos en los que se desaplicaron las normas penales relativas a las sustancias que se encuentran bajo la denominación de la *Cannabis*. Con estos precedentes y de acuerdo a la actual legislación constitucional se abre camino para que este Alto Tribunal, una vez que resuelva en el mismo sentido un quinto caso por reiteración, acuerde elevar al nivel de jurisprudencia estas nuevas permisiones que marcan el procedimiento para declarar inconstitucional, *erga omnes*, dichas normas prohibitivas.

En octubre del 2018 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió a favor de los amparos 548/2018 y 547/2018 que, sumados a otros tres admitidos previamente, crean una jurisprudencia que podría apuntar hacia la despenalización del uso recreativo o lúdico de la marihuana en México. Este fallo debería instruir a jueces y magistrados de todo el país para resolver conforme a los criterios de la Suprema Corte, que argumentan que artículos como el 235, 237, 245 y 248 de la Ley General de Salud, en su apartado sobre la marihuana, violan derechos humanos como el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la salud.³ Esta resolución de la Corte abre, en lo inmediato, la posibilidad de obtener un amparo para consumo lúdico, así como para siembra, cultivo, cosecha, preparación,

² COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Opinión del Ministro José Ramón Cossío Díaz en el Amparo en Revisión 237/2014 (uso recreativo de marihuana)", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

³ Entre los antecedentes de este fallo, podemos destacar los siguientes: El 4 de noviembre de 2015, la SCJN otorgó el amparo 237/2014 a cuatro integrantes de la asociación México Unido Contra la Delincuencia que solicitaron el recurso luego de haber sido rechazados por la Secretaría de Salud, a través de su Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris)

El 11 de abril de 2018 el abogado Ulrich Richter obtuvo un segundo amparo, el 1115/2017

El 13 de junio de 2018 el tercer amparo, el 623/2017, benefició al entonces senador Armando Ríos Piter Además, el 23 de agosto pasado la SCJN avaló el uso terapéutico de la marihuana en la Ciudad de México.

acondicionamiento, posesión, transporte e importación de cannabis para consumo personal, únicamente para quienes sean beneficiados por el amparo. Aún hace falta que la SCJN emita una declaratoria de inconstitucionalidad de distintos artículos de la Ley General de Salud para que sea el Congreso de la Unión quien realice las modificaciones necesarias; el Congreso tendría 90 días para hacer dichos cambios a partir de que sea notificado.

Por otra parte, en el ámbito del Poder Legislativo federal, anteriores legislaturas conocieron diversas iniciativas, en el sentido de la descriminalización o despenalización de la *Cannabis*, formuladas por las fracciones de los institutos políticos, además de las decisiones ciudadanas presentadas por los organismos de la sociedad civil, en el sentido de afirmar la descriminalización, despenalización, legalización y regulación de la *Cannabis Índica*

De la esfera del Poder Ejecutivo federal, destacan dos iniciativas presentadas por su titular al Congreso de la Unión. La primera que fue aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación, se refiere a la descriminalización de la *Cannabis* para *uso medicinal y científico* exclusivamente, dejando indemne el resto de las normas prohibitivas.⁴

En el año dos mil diecisiete, el Ejecutivo Federal envió otra iniciativa al Congreso de la Unión para que se autorice y se deroguen las normas que prohíban la producción y distribución de la *Cannabis Sativa* y sus derivados. La novedad de esta nueva iniciativa es que incluye la descriminalización del *uso recreacional*, así como las medidas para la prevención de su consumo y la rehabilitación de sus usuarios. Sin embargo, debe anotarse que una vez turnada a comisiones y aprobada por éstas, el procedimiento legislativo quedó inconcluso por haber acabado el periodo ordinario en el que se planteó, difiriéndola al interés de futuras legislaturas.

Como podemos observar la política del Estado mexicano, pese a su arraigado prohibicionismo en esta materia, recientemente ha optado por la vía de una gradual liberación de las normas que incriminan el uso de la planta. A pesar de ello, debe señalarse que desde los años noventa del siglo pasado México es adherente a dos tratados de Derecho Internacional, a saber, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, celebrado en el año de 1988, cuyos precedentes son el Convención sobre Sustancias Sicotrópicas (1971). Esos tratados en materia de fiscalización de drogas, además de ser fuente jurídica del derecho penal en México, son complementarios y proporcionan la base legal para la tomas de acción en contra de delitos relacionados con drogas. Así mismo, contienen medidas internacionales para asegurar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con fines médicos y científicos, y para prevenir el desvío de estas sustancias a fines ilícitos.

En este tenor, el Estado mexicano, hasta el momento, no ha iniciado, en sede de la ONU, procedimiento de denuncia y readhesión a los tratados, con una nueva

⁴ CONGRESO DE LA UNIÓN, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, México, 2017.

reserva que permita al órgano legislativo llevar a cabo el proceso de reforma, al margen del derecho internacional, orientado a la despenalización de la *Cannabis*, sin contraponerse a las normas de los tratados. En este punto, tampoco el Estado mexicano ha intentado un procedimiento similar dentro de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que permita la declasificación punitiva de la *Cannabis*.

Ha de verse que todo este movimiento implica la correlación de normas nacionales con normas internacionales, sin las cuales no puede ser alterado el *status* vigente. Cualquier iniciativa debiera comenzar por modificar las relaciones jurídicas del Estado mexicano con los organismos internacionales responsables de mantener vigente un orden internacional de carácter prohibitivo.

En México, la controversia entre prohibición y libre disposición de la marihuana tiene como contexto un proceso universal que ha iniciado en los países potencialmente consumidores de *Cannabis*, es decir en Europa y USA, quienes han despenalizado, legalizado y regularizado la producción y consumo de la *Cannabis*. En el caso de los Estados Unidos, sólo tres estados de la Unión mantienen la prohibición; ocho han legislado a favor del uso recreativo, medicinal, científico e industrial; y el resto ha legislado favorablemente sólo para uso médico. El 18 de junio de 2018 el Parlamento canadiense aprobó el proyecto de legalización de la *Cannabis*.

En Uruguay, en el año 2012 se remitió un proyecto de ley para regularizar el mercado de la *Cannabis* por la cual el Estado se encargaría de su distribución y producción. En ella, el Estado ejercerá toda otra actividad material que resulte necesaria, previa, concomitante o posterior para la ejecución de las actividades antes referidas. El 10 de diciembre de 2013 se aprobó una ley que regula el mercado de la planta, su producción (que será controlada por el Estado), la comercialización, la tenencia y los usos recreativos y medicinales de la marihuana, así como también las utilizaciones con fines industriales.

En Europa, el caso notable es Portugal; el país que más ha despenalizado la posesión de drogas desde 2001.

En México, el debate se ha constreñido a dos enfoques, uno de carácter punitivo que sanciona la producción y consumo de la *Cannabis*, por asociarla a la comisión de diversos delitos que van desde los más simples hasta los más complejos como la delincuencia organizada; contrapuesta a ella, mucho se ha argumentado respecto a los consumidores, conforme a un derecho fundado en la tutela de la autonomía personal en la cual cada quien es libre, sin perjuicio a la salud general, del consumo médico o recreativo de la *Cannabis* y sus derivados. Es decir, como lo han argumentado, mediante sus votos, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trata de la protección de una libertad que el Estado injustificadamente pretende acotar e intervenir.⁵

⁵ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Opinión del Ministro José Ramón Cossío Díaz en el Amparo en Revisión 237/2014 (uso recreativo de marihuana)", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

El argumento de que se desactivarían los delitos en contra de la salud y concomitantes una vez que se levante la prohibición de la *Cannabis*, debería considerarse como un juicio de peso, en el sentido de reducir la actividad delictiva y las finanzas que genera el comercio ilegal. También se ha considerado que esto disminuiría los índices altísimos de violencia. Empero, debe anotarse que el origen de la violencia delictiva tiene diversas causas que no son exclusivas del comercio ilegal de la *Cannabis*, razón por la cual esta decisión no sería trascendente sino fuera acompañada de una amplia estrategia que no solo combatiera el fenómeno en sí, mediante su regularización, y cuyo fin principal sea la construcción del estado de derecho y la paz. Por eso es innegable el fracaso de la guerra contra las drogas y por corolario la opción del gobierno federal de militarizar la lucha contra el tráfico, lo cual ha traído un incremento en la violencia, la desarticulación social y política de comunidades y poblaciones. También debe destacarse que pese a las políticas prohibitivas tanto en el ámbito nacional como internacional, el consumo de la *Cannabis* se ha incrementado notablemente, según indica el último informe mundial sobre drogas.⁶

1. En México, una reforma restringida

La reforma legislativa en materia de *Cannabis*, celebrada en México, restringida a descriminalizar y regularizar su uso médico y científico, contribuirá a que la población tenga acceso a medicamentos farmacológicos derivados de la *Marihuana*, siempre y cuando dichos productos cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad sanitaria y con un registro sanitario emitido por la Comisión Federal de Prevención de Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) mediante el cual acredite que las sustancia que contienen y sus procesos de fabricación demuestran características de calidad, seguridad y eficacia.

Como se indicó, en abril de 2016 el titular del Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la Unión una iniciativa de reformas a la Ley General de Salud y al Código Penal Federal, a fin de regular el uso y consumo de la *Cannabis* con fines médicos y científicos para beneficiar a quienes requieran tratamientos médicos.

De acuerdo al proceso legislativo de marras, el Proyecto de Reforma fue aprobado por las Cámaras de Senadores y Diputados, remitiéndose posteriormente al Ejecutivo Federal para que formulara las observaciones respectivas y se promulgara y publicara la reforma aprobada. Posteriormente, el 19 de junio de 2017 fue publicada por el diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y el Código Penal Federal, por virtud del cual se regulan los derivados farmacológicos de la *Cannabis*, especialmente la sustancia activa denominada *Tetrahidrocannabinidiol* (THC), sus isómeros y variantes estereoquímicas.

⁶ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Informe Mundial sobre las Drogas 2017. Resumen, conclusiones y consecuencias en materia de políticas*, Vol. I, Ed. UNODC, Austria, 2017.

Así mismo, la reforma eliminó del artículo 237 de la Ley General de Salud la porción normativa que indicaba a la *Cannabis Sativa*, *Índica* y *Americana* o *marihuana* que impedía la realización de cualquier actividad de la cadena productiva con la planta y sus derivados, por lo cual ahora es posible actualizar a la *Cannabis* con fines médicos y en la investigación científica.

En el mismo sentido, la reforma al Código Penal Federal permite a la Secretaría de Salud otorgar autorización para importar estupefacientes, sustancias psicotrópicas, productos o preparados que los contengan, incluyendo los derivados farmacológicos de la *Cannabis*:

De acuerdo al Artículo 195 bis:

(...)

El Ministerio Público Federal no procederá penalmente por este delito en contra de la persona que posea:

I. Medicamentos que contengan narcóticos, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

II. Peyote u hongos alucinógenos, cuando por la cantidad y circunstancias del caso pueda presumirse que serán utilizados en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por sus autoridades propias.

(...)

2. Hacia una Ley General para la Regulación y Control de Cannabis

Esta iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley General para la Regulación y Control de Cannabis fue presentada al nuevo Senado de la República por la Senadora Olga Sánchez Cordero.

De acuerdo a la Exposición de Motivos el mayor reto que enfrentan los modelos de regulación de la Cannabis es el de equilibrar el enfoque de salud pública con el interés del comercio. Mientras la salud pública busca minimizar riesgos y daños relacionados con el consumo de Cannabis, el interés del comercio busca promover su uso para obtener mayores ganancias. El modelo que se propone, consiste en impulsar un modelo de regulación legal estricta, es decir, el punto medio entre una prohibición absoluta y el libre mercado.

Para la iniciativa, un mercado estrictamente regulado tiene como característica que exista un mercado comercial monitoreado en toda la cadena de valor; creación de un padrón de volúmenes de producción; coordinación de la Federación con las entidades, así también debe existir un marco regulatorio flexible, que pueda adaptarse a nueva evidencia de un tipo de producto, en especial, en el uso de aditivos, edulcorantes o en los límites de otros componente de la Cannabis; incluye además la prohibición de promoción, patrocinio y publicidad de la Cannabis y sus derivados para uso personal. Se debe también implementar sanciones administrativas con flexibilidad a ejecutar sanciones más laxas, cuando exista contravención a las normas de licencia sobre producción, distribución y venta;

destaca también la implementación de sanciones penales para delitos ejecutados con violencia.

Esta regulación se enmarca en los siguientes ejes rectores:

1. Respetar las autonomías de las personas
2. Proteger la salud de las personas frente a un producto psicoactivo
3. Minimizar la alteración de potencias de componentes de la *cannabis*
4. Promover información basada en evidencia, sobre-etiquetado y condiciones de consumo
5. Proteger de riesgos a la población más vulnerable: niños, niñas y jóvenes.
6. Establecer la venta de cannabis como un servicio socialmente responsable
7. Facilitar programas de rehabilitación y tratamiento para todo aquél que lo solicite.

Este proyecto de iniciativa de Ley General para la Regulación y control de Cannabis es de utilidad pública y sus disposiciones son de orden público y de interés y de observancia general en todo el territorio nacional, sobre los que la nación ejerce soberanía y jurisdicción. Le son supletorias la Ley General de Salud y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Tiene aplicación a las siguientes materias:

1. La siembra,
2. cultivo,
3. cosecha,
4. producción,
5. transformación,
6. etiquetado,
7. empaquetado,
8. promoción,
9. publicidad,
10. patrocinio,
11. transporte,

12. distribución,
13. venta,
14. comercialización,
15. portación y
16. consumo de la *cannabis* y sus derivados;
17. también para fines personales, científicos y comerciales.

En el mismo sentido, se propone el control sanitario de la *cannabis* tanto para usos personales, científicos y comerciales.

El proyecto incluye la concurrencia entre la Federación y las Entidades Federativas. También contempla la aplicación de medidas de seguridad y sanciones de la *cannabis* y sus productos en los términos establecidos en el proyecto.

Por otra parte, destaca el artículo 5 del citado proyecto, donde se establecen las siguientes finalidades: Brindar la posibilidad a pacientes con enfermedades de difícil tratamiento que puedan acceder a medicamentos con características que permitan mejorar sustancialmente su calidad de vida y bienestar. También se propone fomentar la promoción, la educación para la salud, así como la difusión del conocimiento de los riesgos atribuibles al consumo de cannabis.; desalentar las actividades ilegales mediante sanciones apropiadas y medidas de aplicación (sic). También se propone establecer lineamientos para el diseño y evaluación de políticas públicas basadas en un diagnóstico; además de prevenir y disminuir la incidencia en casos de automedicación y envenenamiento por consumo no controlado de cannabis y sus derivados. Como corolario, incluye un capítulo de artículos Transitorios en el que se ordenan en un plazo perentorio de 180 días, omitir los reglamentos. Destaca el numeral tercero en el que ordena a las autoridades correspondientes en un periodo de 30 días elaborar los programas de excarcelación de personas susceptibles de beneficiarse de los efectos de ese decreto, los cuales, señala la propuesta, deberán ejecutarse en un periodo no menor de 2 meses a partir de su determinación.

En diverso numeral, el proyecto considera que tanto el Gobierno de la ciudad de México, los de las Entidades Federativas y los Municipios deberán adecuar sus leyes y reglamentos, bandos y demás disposiciones jurídicas.

3. Políticas de cannabis en América Latina

De acuerdo al *Informe sobre Políticas de Drogas*, denominado *De la Punición a la Regulación: Políticas de cannabis en América Latina y el Caribe*, elaborado por el

Transnational Institute,⁷ existe una clara tendencia, en países de la región, aquéllos que impulsan reformas en sus ordenamientos penales, para la liberación de los usos, medicinal y recreativo, de la marihuana. Descriminalización y despenalización, parciales o absolutas, en cualquier grado, son los signos principales de estas reformas. Imposibles de soslayar, debido a que la mayoría se realizó en conflicto con la prohibición establecida en el derecho internacional, a saber:

DE LA PUNICIÓN A LA REGULACIÓN: POLÍTICAS DE CANNABIS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE		
PAÍS	ORDENAMIENTO JURÍDICO	ASPECTOS RELEVANTES
Brasil	Ley 11.344 de 2006	En su artículo 28 establece que las conductas de adquirir, guardar, tener en depósito, transportar o traer consigo para consumo personal no se penarán con prisión. Sin embargo, no deja de considerarlas delito con penas de advertencia, servicios comunitarios y asistencia a programas educativos. En la misma situación se encuentran quienes siembren cultiven o cosechen plantas para consumo personal, según el inciso primero del mismo artículo.
México	Ley de Narcomenudeo (Diversas Reformas al Código Penal y Procesal Penal Federal, así como a la Ley General de Salud)	De la conjunción de estas normas se establecieron tres categorías discriminadas por cantidades para la simple posesión. En el caso del cannabis, la posesión hasta la cantidad de 5 gramos se considera no punible para la ley penal, pero sigue resultando una prohibición administrativa que se sanciona con multa. Si la cantidad no supera los 5 kilos se considera un delito de “narcomenudeo” y los estados que integran la federación son los encargados de su persecución. En estos casos si la posesión no puede considerarse destinada a la comercialización, la pena es de 10 meses a 3 años de prisión, pero si se considera con esa finalidad la pena va de 3 a 6 años de prisión. Por encima de los 5 kilos se considera un delito de tráfico (“mayorista”) y las penas para la posesión son de 4 a 7 años y medio de prisión o de 5 a 15 años de prisión, dependiendo si se prueba o no la finalidad de tráfico. Por encima de ellos los delitos de tráfico se sancionan con pena de 10 a 25 años de prisión. Las actividades vinculadas al cultivo también están sancionadas con pena de prisión en tres categorías, pero sin distinción de cantidades. Si el cultivo no se puede afirmar destinado al tráfico, la pena es de 2 a 8 años de prisión. Si se prueba dicha finalidad, la pena va de 2/3 de 10 a 25 años de prisión; pero en caso de escasa

⁷ CORDA, Alejandro y FUSERO, Mariano, “Informe sobre políticas de drogas. De la Punición a la Regulación: Políticas de cannabis en América Latina y el Caribe”, *Transnational Institute*, Septiembre, Países Bajos, 2016.

Descriminalización, Despenalización y Regulación de la *Cannabis*

		instrucción y extrema necesidad económica, la pena es de 1 a 6 años de prisión.
Argentina	Ley 23.737 de 1989	No penaliza el consumo de drogas sino mediante conductas accesorias como el cultivo o la tenencia. Los delitos de tráfico de drogas tienen una pena de 4 a 15 años de prisión. La simple tenencia se pena con 1 a 6 años de prisión. Y si es para consumo personal tiene una pena de 1 mes a 2 años de prisión, pudiéndose desviar el proceso hacia una “medida de seguridad” curativa o educativa según se trate de un “dependiente” o “experimentador”. El cultivo para consumo personal tiene la misma pena, pero dependiendo de la interpretación judicial puede considerarse como un delito de tráfico. La norma no establece un régimen de cantidades (umbrales) y la definición entre conductas relacionadas al tráfico y al consumo personal, queda a la discreción y arbitrariedad de los operadores judiciales. Ello se acentuó en 2005, con la llamada ley de “desfederalización” mediante la cual se permitió que las agencias penales de las provincias persiguieran determinados delitos, principalmente vinculados a los usuarios y la venta en menor escala.
Uruguay	Ley 19.172 de 2013	Regula el mercado de cannabis con cualquier finalidad. Entre los fines y principios, se mencionan la promoción de la salud pública “mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños del uso del cannabis”; la cual se llevará adelante mediante la asunción por parte del estado de toda la cadena de producción y comercialización del cannabis y sus derivados a través de la creación el Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA). Así, mediante la separación de mercados se busca “proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico”, para asegurar al más alto nivel posible de salud. En mayo de 2014 comenzó a regir junto con su reglamentación. Mediante esta regulación se permite acceder al cannabis a personas mayores de 18 años, mediante tres vías de acceso: producción doméstica para consumo personal, Clubes de Membresía, y venta en farmacias.
Chile	Ley 20.000 de 2005	Permite el consumo de drogas en lugares privados, pero sanciona determinadas conductas como el cultivo, el porte o la tenencia. El artículo 50 de la ley, establece pena de multa, asistencia a programas de prevención o rehabilitación y participación en actividades de servicio a la comunidad cuando el consumo se realice en lugares públicos (consumo ostentoso). La misma sanción se establece para la portación de sustancias con fin de

		consumo en lugares públicos y para el consumo concertado en recintos privados; exceptuando el porte, tenencia y/o consumo con fines medicinales. El mismo tipo de penas se establece para el autocultivo. La normativa no establece un régimen de cantidades (umbrales) y la definición entre conductas relacionadas al tráfico y el consumo personal, queda a la discreción y arbitrariedad de los operadores judiciales. La técnica legislativa utilizada para no sancionar el consumo personal, brinda lugar a dicha discrecionalidad, habilitando en la práctica la criminalización de meros consumidores. La reglamentación de la Ley 20.000, dispuesta por Decreto N° 867/2007 del Ministerio del Interior, establece la ilicitud de ciertas drogas, plantas y sustancias. Este decreto ubica al cannabis y sus derivados dentro del Título I de la norma, que clasifica a las “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud...”. En enero de 2016 se publicó el Decreto N° 1524 mediante el cual, en teoría, se pretendió suprimir el cannabis del listado I y pasarlo al listado II. Ahora bien, estudiando la norma se observa que en el Artículo 1° se “INCORPORA” al cannabis al listado 1, mientras que el Artículo 2° de la misma norma “SUPRIME” el cannabis del mismo listado.
Colombia	Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes -ENE-)	Debe anotarse que la Constitución Política de Colombia, reformada en 2009, establece que “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”. Sin embargo la norma no establece una sanción penal para ello, sino la implementación de medidas y tratamientos administrativos con el consentimiento informado del “adicto”. La ley 30, vigente desde 1986 y conocida como Estatuto Nacional de Estupefacientes (ENE), establece que el porte de drogas en cantidades permitidas para uso personal no está penalizado. En el caso del cannabis, la cantidad permitida es de 20 gramos y 5 gramos en forma de resina. Pero también el Código Penal sanciona el delito de porte (“llevar consigo”) en distintas escalas según la cantidad. Hasta 1 kilo de cannabis (o 200 gramos de resina), la pena es de 64 a 108 meses de prisión; hasta 10 kilos o 2 kilos de resina, la pena es de 96 a 144 meses de prisión; y por encima, la pena es de 128 a 360 meses de prisión. A fines de 2015 el Ministerio de Salud y la Protección Social reglamentó los usos medicinales y científicos del cannabis, mediante un Decreto presidencial firmado por

		el Presidente Santos. Dicha norma fue modificada y amparada legalmente mediante aprobación en el Congreso Nacional de la ley 1787 de julio de 2016 que regula toda la cadena de valor del cannabis medicinal, haciendo principal hincapié en las licencias de producción y en la protección de pequeños productores locales en el marco de los programas de sustitución de cultivos. A fines de junio de 2016, antes de que se aprobara la ley, el Gobierno expidió la primera licencia para la fabricación farmacéutica de cannabis medicinal a una empresa extranjera, con fines de exportación.
Jamaica	Ley de Drogas Peligrosas de 1948	La Ley de Drogas Peligrosas de 1948 (con sus reformas) sancionaba con prisión de hasta 5 años y multa, la tenencia de cannabis y otras actividades relacionadas. El 24 de febrero de 2015, la Cámara de Representantes de Jamaica aprobó una enmienda a esa Ley. La reforma entró en funcionamiento el 15 de abril de 2015. A partir de la nueva ley, la posesión de 2 onzas (56,6 gramos) o menos de cannabis ya no es un delito susceptible de arresto, acusación o comparecencia ante los tribunales y tampoco da lugar a antecedentes penales. Sin embargo, la policía puede emitir un ticket para una persona en posesión de 2 onzas o menos de marihuana; similar a una multa de tráfico. Si bien la tenencia para consumo personal no está criminalizada, sí existe la posibilidad de ser sancionado con penas administrativas, lo cual implica que la tenencia de cannabis sigue siendo ilegal. En este sentido, la posesión de más de 2 onzas de marihuana continúa siendo un delito y los infractores pueden ser detenidos, acusados, juzgados en los tribunales y ser condenados a una multa, encarcelamiento o ambos, quedando la condena registrada en los antecedentes penales de la persona. La reforma legal contempla como excepción a este delito la posesión de cannabis con fines religiosos como sacramento en adhesión a la fe rastafari. Otras excepciones contempladas en la ley son la posesión de marihuana con fines médicos o terapéuticos recomendado o prescrito por un médico certificado u otro profesional de la salud o profesional aprobado por el Ministerio de Salud; la posesión de cannabis con fines de investigación científica llevada a cabo por una institución de educación superior acreditada o cuando esté aprobada por el Comité Científico Consejo de Investigación; y la posesión de marihuana en virtud de una licencia, autorización o permiso expedido en el marco de la última reforma. El cultivo para consumo personal está permitido hasta cinco plantas por hogar, pudiendo solicitarse autorización para cultivar con fines científicos o religiosos.

Puerto Rico	Ley de Sustancias Controladas del Estado Libre Asociado de Puerto Rico	Sanciona la posesión de marihuana con pena única de prisión de 3 años (que puede variar entre 2 y 5 años según atenuantes o agravantes) y multa de hasta 5.000 dólares en caso de primera ofensa. Para estos casos también se contempla la posibilidad de suspender el proceso y, en caso de cumplir con las reglas impuestas, cerrar el mismo. La ley sanciona distintas conductas de tráfico con pena fija de 12 años (que puede variar entre 5 y 20 años según atenuantes o agravantes) y multa de hasta 25.000 dólares. Sin embargo, la reclasificación efectuada por el Departamento de Salud en julio de 2015 mediante la Orden Declarativa N° 32, produjo que las conductas de tráfico vinculadas al cannabis pasaran a tener una pena fija de 7 años (variable entre 5 y 10 años según atenuantes o agravantes) y multa de hasta 15.000 dólares. Existe un proyecto de ley en el parlamento que dispone que la posesión de hasta 14 gramos o menos de marihuana será sancionable con multa no mayor a 100 dólares. Este proyecto fue aprobado por el Senado en 2013, pero hasta mediados de 2016 aguardaba la aprobación de la cámara de representantes. A principios de 2016 entró en vigencia el Reglamento 155/2015, que regulaba el cannabis con fines médicos y de investigación científica. En esta extensa reglamentación, además de ratificarse la reclasificación mencionada se autoriza a los médicos a recetar cannabis hasta un máximo de suministro por 30 días, el cual no podrá exceder de 2,5 onzas (70 gramos aproximadamente) por día. También se establece el cultivo y producción de cannabis a partir de un sistema de licencias otorgadas a privados, quedando prohibido el autocultivo.
Costa Rica	Ley 8.204	Nunca sancionó el consumo o la tenencia para consumo personal de drogas con prisión. Pese a ello, los usuarios siguen siendo alcanzados por el sistema penal, sobre todo a través de la agencia policial. Sus conductas corren el riesgo de ser consideradas delitos de tráfico, cuya pena es de 8 a 15 años de prisión según la Ley 8.204.

Conclusiones

Existe un movimiento *cannábico* de carácter internacional que plantea el fin de la prohibición y la liberación del uso de la *Cannabis*.

La prohibición de la *Cannabis* inicia en Estados Unidos de América, a principios del siglo anterior. Se propone el mejor control de la población productiva a partir de la criminalización de hábitos y conductas que el momento económico requería para el despegue industrial y la acumulación capitalista.

Se debe y funda en valores morales que pretendían corregir todo tipo de *desviación* al delito. Con la hegemonía norteamericana en el ámbito de la recién fundada

Naciones Unidas, se impusieron las normas prohibicionistas en las convenciones de derecho internacional, de las cuales la mayoría de países son adherentes. A partir de entonces sigue vigente en el ámbito del Derecho Internacional, la criminalización de la producción y consumo de la *Cannabis*.

A más de cien años de prohibicionismo, ha surgido un movimiento global y local que ha impulsado y contribuido en la elaboración de legislación nacional que han optado por la liberación de la producción y consumo de la marihuana, ya sea para fines médicos, industriales, científicos y especialmente lúdicos o recreativos, reconociendo en la planta sus atributos.

Esta coyuntura suscita un conflicto entre normas jurídicas nacionales e internacionales, por una parte; por otra, en el ámbito de los Estados federados, el conflicto ha surgido entre normas estatales que pugnan por la liberación contra normas federales que la prohíben, ejemplo que se puede observar en la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Por otra parte, en el caso de México existen iniciativas a nivel local, como es el caso de la legislatura del Estado de Guerrero que ha planteado al Congreso de la Unión se autorice a los campesinos que la producen el cultivo no solo de la marihuana, sino principalmente, de la planta denominada Amapola para usos especialmente médicos y científicos.

En México el estado actual de la legislación permite el uso medicinal de la marihuana. Para ello se ha debido reformar la Ley General de la Salud como el Código Penal Federal que la sanciona. En esta línea existen muchas iniciativas tanto de las organizaciones civiles como del Ejecutivo Federal en el sentido de liberar su uso lúdico o recreativo. Para efecto del uso médico, se ha legislado el Reglamento que regula el cultivo, producción y distribución.

El uso recreativo y lúdico y la liberación absoluta de las prohibiciones que pesan sobre la planta ha sido motivo de diversas iniciativas que no han podido desarrollarse, no solamente por causas atribuibles a la oposición, sino también a la vigencia de normas internacionales de las cuales México es adherente, esto especialmente en lo relativo a la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. En este tenor, el Estado mexicano hasta el momento no ha iniciado ningún procedimiento de denuncia y readhesión con una nueva reserva que permita el proceso de reforma, orientado a la despenalización de la *Cannabis*.

Por último, este debate desde un principio hasta el presente oscila entre las posturas asumidas por muchos Estados Nacionales, especialmente en Europa: Portugal y España que cuentan con la legislación más avanzada, y en Norte América: Canadá, Estados Unidos y México que van desde la autorización para usos médicos, industriales, científicos y lúdicos. En América del Sur, Uruguay es el caso más emblemático de la región por dos cuestiones centrales, la primera porque el Estado ha asumido la total rectoría para la producción, distribución y control para todos los usos de la *Cannabis* y, respecto a esto último, ha reconocido el derecho a la libertad y a la autonomía personal de los consumidores en el uso y consumo de esta planta.

Bibliografía

- BEWLEY-TAYLOR, Dave, BLICKMAN, Tom y JELSMA, Martin, *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*, Ed. Global Drug Policy Observatory, Países Bajos, 2014.
- DE LA FUENTE, Juan Ramón (coord.), *Marihuana y salud*, Ed. FCE-UNAM-ANM, México, 2015.
- DÍAZ CUERVO, Jorge, *Drogas. Caminos hacia la legalización*, Ed. Ariel, México, 2016.
- EL-HAGE, Javier, *Límites de derecho internacional para la Asamblea Constituyente. Democracia. Derechos humanos. Inversiones extranjeras. Control de drogas*, Ed. Fundación Nova, Bolivia, 2006.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia y GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, Miriam, *Legalización del consumo, producción y comercialización de las drogas, elementos para el debate en México. Marco Teórico Conceptual, Antecedentes, Marco Jurídico Actual, Iniciativas presentadas (Primera Parte)*, Ed. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Análisis de Política Interior, LXII Legislatura, Cámara de Diputados, México, 2013.
- GUZMÁN GANDARILLAS, Janet, MARTÍNEZ PANIAGUA, Rodolfo y GARZA BÉJAR, Jorge Alberto, *Análisis Costo-Beneficio. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Cannabis y Derivados de la Misma*, COFEPRIS-Secretaría de Salud, México, 2017.
- MARTÍNEZ ORÓ, David Pere, *Controversias y reflexiones para el debate de los pilares de la regulación de la Cannabis*, Ed. Edición Responsable, España, 2018.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Informe Mundial sobre las Drogas 2017. Resumen, conclusiones y consecuencias en materia de políticas*, Vol. I, Ed. UNODC, Austria, 2017.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Escenarios para el problema de drogas en las Américas*, Cartagena de Indias, 2012.
- PEÑA NIETO, Enrique, *Iniciativa de Decreto de Ley por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y se reforma el párrafo tercero del artículo 195 del Código Penal Federal*, Ciudad de México, 21 de abril de 2016.

a) Hemerografía

- COORDINACIÓN GENERAL JURÍDICA Y CONSULTIVA y SUBDIRECCIÓN EJECUTIVA DE LEGISLACIÓN Y CONSULTA, "Reforma legal para el uso de Cannabis o Marihuana con fines médicos y de investigación científica", *Revista COFEPRIS. Protección y Salud*, Año 2, Núm. 10, agosto, México, 2017. Disponible en: <http://revistacofepris.salud.gob.mx/n/no10/sabiasqnac.html>
- CORDA, Alejandro y FUSERO, Mariano, "Informe sobre políticas de drogas. De la Punición a la Regulación: Políticas de cannabis en América Latina y el Caribe", *Transnational Institute*, Septiembre, Países Bajos, 2016.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Opinión del Ministro José Ramón Cossío Díaz en el Amparo en Revisión 237/2014 (uso recreativo de marihuana)”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

KAPLAN, Marcos, “Tráfico de drogas en América Latina: emergencia, contexto internacional y dinámica interna”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXVI, Núm. 76, enero-abril, México, 1993. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-amz1340153>

b) Legisgrafía

CONGRESO DE LA UNIÓN, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, México, 2017.

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación, Primera Sección, México, Lunes 19 de junio de 2017.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “La diferencia conceptual entre la despenalización y la legalización”, UNODC, Oficina de Enlace y Paternariado en México, México, 2018. Disponible en: https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2010/29oct_comunicadodeprensa.html

c) Criterios Jurisprudenciales

Amparo Directo en Revisión 4235/2014

Amparo en Revisión 1163/2017

Amparo en Revisión 547/2014

Tesis III.2o.P. J/15, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005.

El Convenio de Estambul en la lucha contra la violencia de género: análisis crítico*

Sandra López de Zubiría Díaz**

RESUMEN: El Convenio de Estambul se presenta como el primer instrumento vinculante en el contexto Europeo en el ámbito de la violencia de género y de la violencia doméstica. Su contenido aborda este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar esencial para su tratamiento, caracterizado por englobar las llamadas 4p (prevención, protección de las víctimas, persecución de agresores y políticas coordinadas e integradas). A pesar de presentarse como un punto de inflexión a nivel internacional en la lucha contra este tipo de violencia, es necesario abordar su estudio desde una perspectiva crítica, que se inicia con la revisión del procedimiento de elaboración y las diferentes reservas interpuestas por las partes. La necesidad de un compromiso mayor por parte de los Estados y la adecuada implementación del Convenio serán una de las propuestas de partida en el presente artículo.

Palabras clave: Convenio de Estambul, GREVIO, violencia de género, violencia doméstica, prevención.

ABSTRACT: The Istanbul Convention is presented as the first binding instrument in the European context in the field of gender violence and domestic violence. Its content addresses this phenomenon from a multidisciplinary perspective essential for its treatment, characterized by encompassing the so-called 4p (prevention, protection of victims, persecution of aggressors and coordinated and integrated policies). Despite presenting itself as an international turning point in the fight against this type of violence, it is necessary to approach its study from a critical perspective, which begins with the review of the elaboration procedure and the different reservations interposed by the parties. The need for a greater commitment on the part of the States and the adequate implementation of the Agreement will be one of the starting proposals in this article.

Keywords: Istanbul Convention, GREVIO, gender violence, domestic violence, prevention.

SUMARIO: Introducción. 1. Proceso de elaboración 2. Contenido del Convenio 3. Falta de compromiso: las dificultades en el proceso de ratificación por los Estados. 4. La posibilidad de establecer reservas 5. Evaluación de su implementación. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

Comenzamos este artículo destacando que se ha necesitado un periodo de tiempo excesivamente amplio para que la comunidad internacional reaccionara ante la

* Artículo recibido el 8 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de diciembre de 2018.

** Profesora del departamento de Derecho Público II y Filología I de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

continua vulneración de derechos a la que la mujer se ha visto sometida a lo largo de la historia. La problemática principal residía, precisamente, en ese olvido en reconocer como sujetos de derechos humanos a las mujeres, cuya manifestación a nivel internacional se retrasó hasta la década de los años 90. Dicha condición de sujeto jurídico-político de los derechos humanos solo puede verse satisfecho cuando el mismo se base en un reconocimiento del “género” como categoría, rechazando las diferentes formas de discriminación que se basan en el mismo y mediante la erradicación de la violencia.¹

Por ello, se considera fundamental la existencia de un texto normativo como el que se estudia, que parta de ese reconocimiento y que permita una mayor efectividad de los derechos reconocidos a esa mitad de la humanidad que había sido relegada al olvido. Si bien es cierto que, como señala Lagarde, resultaría imposible adquirir la efectividad de los derechos de una manera automática, siendo necesario una perspectiva que asuma la necesidad de adquirir objetivos a corto, medio y largo plazo,² no lo es menos que el momento del inicio de la preocupación por el problema de los derechos de la mujer se ha visto postergado durante siglos, por lo que es necesario que el tratamiento del mismo se realice de una forma que permita mejoras con la mayor eficacia e inmediatez posible.

El Consejo de Europa, debido a su naturaleza y competencias, ha mantenido un compromiso firme con la protección de los derechos humanos desde el momento de su creación,³ siendo el Convenio de Estambul el instrumento con el que se pretende plasmar un compromiso directo con los derechos humanos de las mujeres.

A pesar del buen recibimiento de dicho Convenio, especialmente por aquellos sectores que reclamaban un compromiso claro y la actuación del Consejo en el mismo, este documento no se encuentra alejado de la crítica, como pasaremos a desarrollar.

1. Proceso de elaboración

En diciembre de 2008 se produce el paso inicial, creándose un comité de expertos ad hoc para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, formado principalmente por representantes gubernamentales de los Estados miembros del Consejo de Europa (comúnmente conocido como CAHVIO). Dicho comité se encargaría de la redacción del hoy conocido como

¹ LAGARDE, Marcela, *Sinergia y sintonía feminista por los derechos humanos de las mujeres*, en GARCÍA, C., MAQUIEIRA, V., MÓ, E., SANCHEZ, C. & SEBASTIÁN, J. (Eds.). *Violencia de género: escenarios y desafíos. XX Jornadas Internacionales de investigación interdisciplinar. Instituto Universitario de estudios de la mujer*, ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, España, 2015, p.174.

² GOIG, Juan Manuel, *el fundamento de los derechos en la constitución española. Especial consideración al tratamiento de la igualdad y la igualdad de género*, en FERNÁNDEZ, P., *Violencia de género e igualdad (aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, España, 2014, p. 44.

³ USHAKOVA, Tatsiana. La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 1 (4), 2013, p. 7.

Convenio de Estambul, debiendo reunirse hasta en 9 ocasiones para conseguir la redacción final.⁴

Es interesante destacar que, a pesar de tratarse actualmente de un documento de referencia en la lucha contra la violencia que sufren las mujeres, se niega desde un inicio este objeto como único, lo que dificultará los consensos entre diferentes delegaciones a lo largo de las reuniones.

Y es que es precisamente en la primera negociación cuando se especifica que el comité se crea con el objetivo de abordar la violencia doméstica, incluyéndose bajo esta denominación diferentes manifestaciones de violencia sobre la mujer⁵ alejándose en los inicios de la búsqueda de un documento enfocado plenamente en la violencia de género, siendo la cuestión principal puesta de manifiesto la violencia doméstica, en la que erróneamente se incluyen otras manifestaciones de violencia sobre la mujer.

A pesar de ello, es particularmente relevante la adopción de la idea de que todas las medidas que posteriormente serían incluidas en el Convenio deben partir de un cambio cultural, que se aleje de la herencia propia del patriarcado y fomenten la igualdad entre hombres y mujeres⁶ apostando por la necesidad de cambiar el sustrato cultural existente para que el resto de los avances en esta materia puedan tener una auténtica efectividad y supongan una mejoría y un cambio real.

Aunque inicialmente se expusiera que el CAHVIO había sido instituido para tratar el problema de la violencia doméstica, posteriormente se empieza a modificar el alcance de este convenio y se dispone que el convenio tiene como objetivo abordar la violencia contra la mujer, sin abandonar la protección a las víctimas de la violencia doméstica las que, reconoce, son en gran proporción mujeres.⁷

En este caso ya podemos ver positivamente cómo de un enfoque inicial basado en la violencia doméstica se pasa a un objetivo en el que la violencia contra las mujeres es el centro de las reuniones, aunque sin dejar de lado la violencia doméstica. Bien es cierto que es importante recalcar la necesidad de abordar la violencia doméstica -tanto por ser un fenómeno delictivo y, como tal, merecedor de atención; como porque la mayoría de víctimas son mujeres, constituyéndose como un acto de violencia de género, en este caso, en el seno del hogar- pero, aun así, se puede ver la existencia de una imposibilidad manifiesta de abordar el fenómeno de la mujer de forma integral, siendo necesario añadir la violencia doméstica para llegar al acuerdo mayoritario, precisamente porque una parte de las delegaciones se niegan a adoptar una perspectiva de género en el convenio, solicitando un tratamiento “neutral” de la violencia, sin ejercer una mayor protección a las mujeres, víctimas de la violencia de género.⁸ Esta concepción

⁴ CONSEJO DE EUROPA (2011a). Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

⁵ *Ibidem*, p.25.

⁶ *Ibidem*, p.5.

⁷ CAHVIO (25-27 mayo 2009b). Report of the second meeting, p.3.

⁸ *Ibidem*, p. 5.

“neutral” afectaría hasta al ámbito de la legislación, lo que muestra una clara adopción inicial de este Convenio desde una escasa perspectiva de género y desde una falta de comprensión del fenómeno que, efectivamente, exige abordar la diferente legislación desde la admisión de que dicha distinción sí es relevante.

Una cuestión positiva a señalar es el establecimiento de la debida diligencia de los Estados⁹ como una manifestación más de la necesidad de abordar este fenómeno desde el entendimiento del mismo como problema social y sobre el que el Estado debe responder, independientemente de que se produzca en un ámbito público o privado.

También ha de ser aplaudido que desde el inicio se pretenda abordar el fenómeno desde una amplia perspectiva, comprendiéndose dentro del mismo todo tipo de actos -incluyéndose la violencia psicológica-y que se apueste por combatir la violencia más allá de la producida en el ámbito familiar o de la pareja.

Los problemas para conseguir el consenso en el proceso de elaboración se manifiestan en el hecho de que en la quinta reunión sigue sin estar establecido exactamente el alcance del Convenio. Es precisamente la delegación española la que realiza una propuesta basándose en la necesidad de que el objetivo esencial se centre en la violencia contra las mujeres- respecto a la cual no se llegó a un acuerdo-, siendo necesario otra alternativa -en este caso por parte de Bélgica- la cual fue aceptada unánimemente, correspondiéndose con la actual redacción del artículo 2.¹⁰

En las últimas reuniones es cuando más se polarizan las voluntades de los Estados, mientras se abordan cuestiones inicialmente aceptadas, pero que finalmente no resultan tan acordes a las diferentes posturas. Por ejemplo, como señala CAHVIO, existieron disputas entre las delegaciones por el planteamiento de criminalización del acoso sexual y los matrimonios forzados¹¹ y es que la exposición clara de ambos fenómenos y la condena de los mismos en un instrumento vinculante suponen unas implicaciones para los diferentes Estados de total importancia. Como bien dice Celia Amorós, “la clarificación conceptual tiene implicaciones políticas”¹² y el diferente posicionamiento de las delegaciones fundamenta claramente la afirmación hecha por esta autora.

La determinación del ámbito de intervención penal fue igualmente sometido a debate, especialmente en el tratamiento de la violencia psicológica. Concretamente, aunque inicialmente se incluye esta forma de violencia a un mismo nivel que la física, en la octava reunión queda relegada a un segundo plano dado que se establece la posibilidad arbitraria de cada Estado de relegar la violencia psicológica a un ámbito no penal.¹³

En relación con otro tipo de violencia, como es la sexual, también hubo opiniones discordantes. En este caso, uno de los puntos conflictivos se desarrolló

⁹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰ CAHVIO (29 de junio-2 julio 2010b). Report of the fifth meeting, p. 3.

¹¹ CAHVIO (24-24 febrero 2010a). Report of the fourth meeting, p. 3.

¹² AMORÓS, Celia, *conceptualizar es politizar*, en Laurenzo, P., Maqueda, M. & Rubio, A. (Coord.). *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008, p.16.

¹³ CAHVIO (13-17 diciembre 2010c). Report of the eighth meeting, p. 3.

en relación con la falta de consentimiento como elemento clave en la existencia de violación, cuestión respecto a la cual ciertos Estados apoyaron la idea de añadir a esta circunstancia la inclusión del uso de la fuerza.¹⁴ Afortunadamente, y a pesar de esta discrepancia, en la redacción final se abordó por la falta de consentimiento como elemento clave para la existencia de violencia sexual, incluida la violación (art. 36 Convenio), sin necesidad de ese elemento extra a dicha falta de consentimiento, suficiente en sí mismo para hablar de violencia sexual.

En definitiva, como se ha podido comprobar, la elaboración final de este Convenio ha supuesto un complejo proceso en el que las diferentes delegaciones intentaban encontrar una redacción acorde a las pretensiones de cada Estado. Si bien es cierto que finalmente nos encontramos ante un documento de gran importancia, es preciso señalar las dificultades para llegar a su elaboración y las diferentes implicaciones y consecuencias de no abordar directamente la violencia de género desde un inicio, teniendo en cuenta la necesidad de inclusión de la violencia doméstica y un tratamiento neutral en ciertas ocasiones para llegar al acuerdo de todas las delegaciones.

2. Contenido del Convenio

Tras el proceso de negociaciones expuesto anteriormente, se consiguió una redacción final en la que se incluyeron un total de 81 artículos, distribuidos en 12 capítulos, en el cual debemos destacar la importancia de reconocer, “que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”.¹⁵

Así como que, “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”.¹⁶

Como apunta María Ángeles Barrère, se ha de aplaudir la evolución en el tratamiento de la violencia de género partiendo de la inclusión del patriarcado, la violencia estructural y el androcentrismo; en la contextualización del propio fenómeno, algo que, hasta el momento, no se había expuesto de forma taxativa en un instrumento de estas características.¹⁷ Asimismo, resulta relevante destacar la inclusión del concepto de género -no sólo en ese reconocimiento inicial, sino en la incorporación de la definición del mismo en el art. 3.¹⁸

¹⁴ CAHVIO (1-3 diciembre 2009c). Report of the third meeting, p. 4.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, La comisión propone la adhesión de la UE al convenio internacional para combatir la violencia contra las mujeres, 4 de marzo de 2016. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-549_es.htm

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ BARRÈRE, María Ángeles, *género, discriminación y violencia contra las mujeres*, en Lorenzo, P., Maqueda, M. & Rubio, A. (Coord.). *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008, p.44.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*

En el primer capítulo nos encontramos con apartados que habían resultado problemáticos en las diferentes negociaciones. En primer lugar, en relación con los objetivos del Convenio (art. 1) y el ámbito de aplicación del mismo (art. 2) aspectos que supusieron divergencias entre las diferentes delegaciones.¹⁹

Finalmente, se establecieron como objetivos del mismo una redacción que, si bien centra objetivos en la violencia que sufren las mujeres, tampoco se olvida de la violencia doméstica -precisamente para la consecución de la unanimidad de las delegaciones al respecto.

En definitiva, a pesar de que el Convenio nace a partir de una comprensión de la violencia de género desde una perspectiva más amplia (en el sentido de las precedentes Resoluciones de UN), en la que se engloban diferentes actos de violencia, en el transcurso de su elaboración acaba centrándose la atención sobre la violencia en la pareja, lo que se traduce en un menor desarrollo de otros tipos de violencia.

En el ámbito del primer capítulo, otra cuestión que ha suscitado controversia es el establecimiento de una diferenciación, en el artículo 3, entre conceptos que sin embargo parecen aludir a una misma realidad: “violencia contra las mujeres” y “violencia contra las mujeres por razones de género”. Sin embargo, cabe interpretar que la expresión “violencia contra las mujeres” alude a la descripción fáctica de los comportamientos violentos, mientras que la inclusión de las razones de género en la segunda expresión pretende enfatizar las causas estructurales que explican esta violencia.²⁰

Y aunque en relación con los derechos fundamentales, igualdad y no discriminación (art. 4) han existido divergencias en ciertas delegaciones para no incluir en las mismas la “orientación sexual” o la “identidad de género”, sí que nos encontramos, afortunadamente, con una redacción final en la que se incluyen estas categorías. Finalizando este capítulo inicial nos encontramos con la diligencia debida, comentada anteriormente (art. 5) y el establecimiento de políticas sensibles al género (art. 6).

El segundo capítulo profundiza en las políticas integradas y la recogida de datos, desarrollándose su articulado en relación con las políticas globales y la coordinación -en un compromiso de ejercer una acción conjunta -; con los diferentes recursos financieros -debiendo ser “adecuados para la correcta aplicación de políticas” (art.8); destacándose el reconocimiento y apoyo de las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil. Finaliza este capítulo con la necesaria designación por parte de los Estados de un órgano de coordinación que se encargue de la “aplicación, seguimiento y evaluación” del Convenio, especialmente en relación con los datos -cuya recogida e investigación se desarrolla en el art. 11.

En el tercer capítulo del Convenio se aborda la prevención, demostrando la naturaleza multidisciplinar que caracteriza este convenio, alejándose de una

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ MERCADO, Carmen, La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: un análisis comparado del convenio de Estambul y de la convención de Belém do Pará. *Revista europea de Derechos Fundamentales*, 30, 2017, p. 221.

visión meramente protectora, para fomentar el necesario cambio social que solicita este fenómeno.²¹ De esta forma, se incentiva al cambio en la estructura social, la mejora de la concienciación y una mayor sensibilización ante el fenómeno. También la educación y la formación de los profesionales, así como la mejora en los medios de comunicación, se postulan como elementos claves en la prevención.

El siguiente capítulo, el tercero se ocupa prioritariamente de la protección. Con este objetivo, se establecen obligaciones generales para los Estados parte en relación con las medidas que deben tomar para velar por la protección de las víctimas. La información adecuada para las víctimas, en relación con los servicios de protección y las medidas disponibles, se postulan como elemento esencial del convenio (art. 19), así como la necesidad de existencia de diferentes servicios de apoyo generales -de carácter jurídico, psicológico, económico, etc.-, entre los que cabe señalar las medidas para incentivar las denuncias, la creación de espacios de refugio, las guardias telefónicas, el apoyo a las víctimas de violencia sexual y la protección a niños testigos, entre otros. (art. 28).

El capítulo quinto del Convenio es el dedicado al Derecho material, apartado ampliamente debatido en las negociaciones dado que en el mismo se tratan aspectos como las acciones y recursos civiles, así como indemnizaciones a las víctimas. Además, en él se incluyen aspectos especialmente discutidos, como los relacionados con la violencia psicológica, el acoso, la violencia sexual -incluida la violación- los matrimonios forzosos, el aborto y esterilización forzosos, así como las mutilaciones genitales femeninas.

En el capítulo sexto se abordan cuestiones relativas a la investigación, al derecho procesal y a las medidas de protección. En él se exige a las partes el establecimiento de mecanismos de valoración de riesgo, de órdenes de prohibición para garantizar la seguridad de las víctimas o personas en peligro; abordándose asimismo cuestiones en relación con el derecho procesal.

Posteriormente, en el capítulo séptimo, se establecen medidas referidas a la migración y el asilo, que también fueron objeto de diferentes disputas entre las delegaciones. En el mismo, se insta a los Estados a conceder a las víctimas un permiso de residencia autónomo cuando este dependa del de su cónyuge, así como el procedimiento de suspensión de expulsión y el permiso de residencia renovable cuando se dan diferentes circunstancias especialmente difíciles y de las que la no concesión de las diferentes medidas expuestas supondría una mayor vulneración de la víctima y una falta de protección adecuada a la misma (art. 59).

También se aborda la posibilidad de concesión de asilo basada en el género, estableciéndose el supuesto de que la violencia de género pueda ser reconocida como una forma de persecución y, por tanto, susceptible de ser admitida como una circunstancia de concesión del estatuto de refugiada (art. 60) así como la adecuación del principio de no devolución para aquellos casos en los que las víctimas pudieran encontrarse en una situación en la que su devolución

²¹ TRUCHERO, Javier. & ARNÁIZ, Amaya, Aproximación al convenio europeo de violencia contra las mujeres y violencia doméstica. *Revista europea de derechos fundamentales*, 19, 2012p. 138.

supusiera la puesta en peligro de su vida o una situación de tortura o de tratos o daños inhumanos o degradantes. (art. 61).

Sin duda, este es un tema de vital importancia, pero que aún necesita de un mayor desarrollo para su correcta implementación. La cuestión del estatuto de refugiado es un ámbito complejo que requiere un tratamiento más elaborado y cuidadoso, debido a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los demandantes de asilo. La posición de riesgo que sufren muchas mujeres en diferentes países -como, por ejemplo, en aquellos donde se produce la mutilación genital femenina- es una circunstancia que se debe proteger por parte de la comunidad internacional y, precisamente, la concesión de asilo y el principio de no devolución, podrían afianzar dicha protección.

Continuando con el ámbito internacional y la cooperación en el mismo, nos encontramos con el capítulo ocho del Convenio, en el que se aborda la necesidad del establecimiento de una cooperación eficaz entre las partes, promoviendo la celebración de acuerdos, legislaciones uniformes, la cooperación en materia judicial, el establecimiento de medidas para personas en situación de riesgo y, especialmente, el fomento de una información eficaz entre los diferentes Estados parte, especialmente en relación con la protección de las víctimas.

Finalizando con este apartado dedicado al contenido, nos encontramos con los capítulos finales del mismo, en los que se expone el mecanismo de seguimiento del Convenio (capítulo nueve), la relación con otros instrumentos internacionales (capítulo diez), la posibilidad de proponer enmiendas al Convenio (capítulo once), así como una serie de cláusulas finales (capítulo doce) que abordan cuestiones generales del Convenio -como la firma y entrada en vigor del Convenio, así como la posibilidad de adhesión al mismo, de lo que hablaremos en el siguiente apartado.

3. Falta de compromiso: las dificultades en el proceso de ratificación por los Estados

Como se ha puesto de manifiesto, la elaboración del Convenio no ha supuesto una sencilla tarea para sus redactores; como tampoco lo es la adhesión al mismo por parte de los Estados. La necesidad de adecuar sus ordenamientos jurídicos internos y de responsabilizarse directamente de la violencia ejercida en el seno de sus territorios, así como de asumir las obligaciones que se derivan del Convenio se traduce en un gran compromiso. Como ejemplo, podemos ver que, a pesar de encontrarnos ante un documento cuya elaboración se finalizó en el año 2011, no fue hasta 2014 cuando finalmente entra en vigor, atendiendo a las exigencias expuestas en el propio Convenio en su art. 75, necesitando del compromiso inicial de 10 Estados.

De los 47 Estados que forman el Consejo de Europa, 14 Estados protagonizan una situación de falta de compromiso real (Ucrania, Reino Unido, Eslovaquia, Moldavia, Lituania, Letonia, Liechtenstein, Irlanda, Hungría, República Checa, Bulgaria, Armenia, Azerbaiyán y Rusia) dado que ninguno ha ratificado el Convenio.

Es preciso hacer referencia a la posibilidad que se establece para que la adhesión no se limite a Estados parte del Consejo de Europa, permitiendo la ratificación del mismo a aquellos no miembros que hubieran participado en su elaboración. Al respecto, ni Canadá, ni la Santa Sede, ni Japón, ni México, ni EEUU han ratificado -ni siquiera firmado- el Convenio.

De hecho, atendiendo al artículo 76, se permitiría la incorporación a cualquier Estado, siendo invitado por el Comité de Ministros a través de un procedimiento expuesto en dicho artículo. A pesar de esta posibilidad, ningún Estado ajeno al Consejo de Europa se ha adherido al mismo.

Es importante destacar la grave ausencia de la Unión Europea como Organismo Internacional para que se comprometa de forma fehaciente respecto a la lucha contra la violencia de género. Pese a la insistencia por parte de la Comisión Europea en que la Unión Europea “se adhiera al convenio en el marco de sus competencias” para reafirmar “el sólido compromiso de la Unión Europea de luchar contra la violencia de género”²² nos encontramos ante una falta de ratificación que, aun en 2018, no se ha hecho realidad. Se destaca positivamente que se haya firmado, finalmente, el convenio en junio de 2017, pero dicha firma sin una ratificación no supone un compromiso real y parece que tendremos que esperar para verlo hecho realidad.

4. La posibilidad de establecer reservas

El art. 78.1 prohíbe con carácter general la realización de reservas, aunque en el mismo se establece la excepción de lo contenido en los apartados 2 y 3. Estos exponen la posibilidad que tiene cualquier Estado parte de reservarse el derecho a no aplicar o de aplicar sólo en condiciones específicas, las disposiciones establecidas en el art. 30.2, en relación con la indemnización de las víctimas. Siendo una cuestión tan relevante como el establecimiento de una compensación para la víctima, en muchos casos fundamental para el empoderamiento de la misma y la salida de su situación de violencia.

También se posibilita la reserva en relación con el art. 44, apartados 1e, 3 y 4. Se refiere a la competencia de los Estados para adoptar medidas legislativas o de otro tipo cuando el delito sea cometido “por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio” (art. 44.1e) asimismo, el art. 44.3 expone que, en relación con los artículos 36, 37, 38 y 39 (violencia sexual, incluida la violación; matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilización forzosos), “las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia no esté subordinada a la condición de que los hechos también estén tipificados en el territorio en el que se hayan cometido” - por lo tanto, pudiendo excluir su competencia en el asunto de tratarse de un hecho que en el lugar cometido no sea constitutivo de delito- y el apartado 4 del artículo mencionado atiende a que,

a efectos de la persecución de los delitos -expuestos en el apartado 3-las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia con respecto a los apartados 1d (delito cometido por uno de sus nacionales) y 1e (expuesto

²² COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*

anteriormente), no esté subordinada a la condición de que la apertura de diligencias venga precedida de una demanda de la víctima o de una denuncia del Estado del lugar en el que el delito haya sido cometido.

La presentación de reservas se admite de igual manera en relación con el art. 55.1 en lo que concierne al artículo 35 (violencia física) con respecto a los delitos de menor importancia. En este punto es preciso destacar las acertadas palabras de Carmen Mercado,²³ cuando expone su preocupación dado que con este contenido se ignora que aquellos delitos menores de violencia física suelen ser la antesala de una violencia mayor que atente gravemente contra la vida de la persona, o incluso, pueden suponer una ocultación de esa violencia ya manifiesta.

La posibilidad de reservas se extiende sobre el art. 58, en relación con los artículos 37, 38 y 39 por lo que se permite a las partes que expongan su reserva a, adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias a efectos de que el plazo de prescripción para instar un procedimiento relativo a que -dichos delitos- tenga una duración suficiente y proporcional a la gravedad del delito de que se trate, a fin de permitir la tramitación eficaz del procedimiento, después de que la víctima haya adquirido la mayoría de edad.²⁴

Admitiéndose igualmente reserva en relación con el artículo 59 refiriéndose al estatuto de residente para aquellos casos de situaciones particularmente difíciles y sobre la posibilidad de establecer medidas que garanticen a las víctimas la posibilidad de tener un permiso de residencia autónomo, la suspensión de procedimientos de expulsión, etc. Por último, se establece que se pueda reservar el derecho a prever sanciones no penales con respecto a las conductas indicadas en los artículos 33 y 34 -violencia psicológica y acoso.

En relación con lo expuesto, se debe señalar que en la actualidad existen 19 Estados parte que establecen reservas al mismo. En la siguiente tabla se expone de una forma visual, las reservas indicadas por cada uno de los Estados:

ESTADOS CON RESERVA	CONTENIDO DE LA RESERVA
1. ANDORRA	En relación con el art. 30.2
2. ARMENIA (merece la pena señalar que no ha ratificado el convenio)	En relación con los art. 30.2, 55.1 en relación con el art. 35 respecto a delitos menores. Art. 58 en relación con el art. 37 y art. 59.
3. CHIPRE	En relación con los art. 30.2, 44.1e, 3 y 4 y art. 59.
4. REPÚBLICA CHECA	En relación con el art. 44.1e
5. DINAMARCA	En relación con el art. 44.3, respecto a los artículos 36,37 y 39.
6. FINLANDIA	En relación con el art. 55.1
7. FRANCIA	En relación con los art. 44.1e, 3 y 4 y art. 58, respecto a art. 37,38 y 39 (solo aplicable cuando lo recoja la legislación francesa)
8. GEORGIA	En relación con el art. 30.2

²³ MERCADO, Carmen, La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: un análisis comparado del convenio de Estambul y de la convención de Belém do Pará. *Revista europea de Derechos Fundamentales*, 30, 2017, pp.213-239.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*

El Convenio de Estambul en la lucha contra la violencia de género: análisis crítico

9. ALEMANIA	En relación con los art. 59.2 y 3; art.44.1e
10. LATVIA (no ha ratificado el convenio)	En relación con el art. 55.1 respecto al art.35.
11. MALTA	En relación con los art. 30.2, 44.1e y 59.
12. MÓNACO	En relación con el art. 44.1e, 3 y 4; art.30.2 y 59.
13. POLONIA	En relación con los art. 30.2, 44.1e, 55.1 respecto al art. 35 en relación con delitos menores y art. 58 respecto a los artículos 37,38 y 39.
14. RUMANÍA	En relación con los art. 30.2, 44.1e, 3 y 4; art. 55.1 respecto al art. 35 en delitos menores; art. 59 y respecto a no imponer sanciones penales en relación con los art. 33 y 34.
15. SERBIA	En relación con los art. 30.2, 44.1e, 3 y 4.
16. ESLOVENIA	En relación con los art. 30.2, 44.1e, 3 y 4; 55.1 respecto al art. 35 en delitos menores; art. 58 respecto a art. 37,38 y 39; art. 59.
17. SUECIA	En relación con los art. 44.3 y 58.
18. SUIZA	En relación con los art. 44.1e, 3 (respecto a art. 36 y 39), 55.1 respecto al art. 35 en delitos menores y art. 59.
19. REPÚBLICA DE MACEDONIA	En relación con los art. 30.2, 44.3, 55.1 (respecto a art. 35 en delitos menores) y art.59.

Si bien es cierto que el desarrollo del Convenio de Estambul sirve de ejemplo por su tratamiento integral y las distintas medidas dispuestas en el mismo -a pesar de las diversas críticas ya expuestas- no es menos cierto que las posibilidades de reserva que establece expuestas para la consecución de un acuerdo por parte de las delegaciones, facilitan una implementación del mismo más flexible, afectando con ello a la protección de las víctimas -muchas veces a las más vulnerables- y a un tratamiento eficaz de la violencia de género.

5. Evaluación de su implementación

El capítulo nueve del Convenio de Estambul se dedica a establecer un mecanismo de seguimiento de la implementación del mismo por parte de los Estados parte, en consonancia con la voluntad del CAHVIO de crear “un mecanismo de supervisión fuerte e independiente”²⁵ cuestión en la que ha habido acuerdo desde un inicio por parte de todas las delegaciones, pero que supuso un problema en la matización del mismo debido a cuestiones financieras, que parecen excluir el establecimiento de un mecanismo más riguroso.

El Comité de las partes -compuesto por representantes de las partes- tiene encomendada la relevante función de elegir a los miembros del GREVIO, siendo esta la denominación utilizada para referirse al mecanismo que finalmente se adoptó, constituyéndose este en un grupo de expertos independientes en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Es la evaluación de este grupo de expertos el único mecanismo de seguimiento, siendo su posible evaluación negativa la única circunstancia derivada del incumplimiento. Si bien hemos mencionado que nos encontramos

²⁵ CONSEJO DE EUROPA, 2011^a, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 2011, p. 58

ante un documento con una importancia nada desdeñable, especialmente por su carácter vinculante, nos encontramos también con una escasa sanción, limitándose a esta evaluación negativa de dicho grupo. Es cierto que en el ámbito internacional una evaluación negativa es una cuestión relevante, pero en un tema de protección de derechos fundamentales de tal importancia, convendría el establecimiento de mayores mecanismos y sanciones más importantes de cara a un mayor compromiso.

Se ha criticado al respecto que, en comparación con la Convención de Belém do Pará – referente del Convenio de Estambul al constituirse como el primer instrumento vinculante en contexto americano- que comprende un seguimiento de la misma de forma más completa, no se permita la presentación de denuncias individuales ante el GREVIO o ante otro órgano del Consejo de Europa, como puede ser el TEDH, lo que imposibilita el establecimiento de un control jurisdiccional ante los incumplimientos de las partes. Lo que se podría contemplar como un control extra más riguroso al establecido en la actualidad.²⁶ No se debe olvidar que en la Convención se posibilita la presentación de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como mecanismo de protección de las disposiciones englobadas en la Convención (art. 12 Convención de Belém do Pará).²⁷

Se plantea que uno de los motivos por los que quizás esta cuestión no fue abordada fue por la pretensión de crecimiento del Convenio de Estambul, permitiendo que Estados no miembros del Consejo de Europa se adhirieran al mismo en una acertada búsqueda de cooperación internacional, lo que derivaría en la compleja situación de que, de producirse, dichos Estados deberían igualmente reconocer la jurisdicción del TEDH para esta cuestión.²⁸ Sin embargo, nos encontramos con que esta pretensión no se ha visto materializada, ya que ningún Estado no miembro del Consejo ha decidido dar el paso, por lo que la posible dificultad expuesta no supondría, al día de hoy, una limitación para el establecimiento de ese mecanismo extra de control.

En relación con el procedimiento de evaluación, tal y como dispone el Convenio en su artículo 68, se iniciará con la elaboración de un cuestionario por parte del GREVIO que será facilitado a las partes, las cuales deberán enviarlo cumplimentado al Secretario General del Consejo de Europa, acompañado de un informe sobre las diferentes medidas de tipo legislativo y de otro tipo que el Estado asuma para hacer efectivo el articulado dispuesto en el Convenio. Es importante destacar positivamente que el GREVIO podrá recibir informaciones relativas a la aplicación del Convenio por parte del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la Asamblea parlamentaria y otros organismos

²⁶ MERCADO, Carmen, La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: un análisis comparado del convenio de Estambul y de la convención de Belém do Pará. *Revista europea de Derechos Fundamentales*, 30, 2017, p. 231.

²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1994). Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem do Pará.

²⁸ MERCADO, Carmen, *op. cit.*, p.232.

especializados pertinentes del Consejo de Europa, así como los establecidos por otros instrumentos internacionales (art. 68.8 Convenio) siendo igualmente esencial la posibilidad que se establece de que reciban informaciones de las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, así como de instituciones nacionales de protección de derechos humanos (art. 68.5 Convenio). Ello posibilita no sólo una información más completa sobre la implementación del Convenio por parte del Estado parte, sino una mayor independencia en la evaluación.

Posteriormente, el GREVIO deberá realizar una evaluación de la información aportada y establecer una serie de conclusiones que facilitarán nuevamente al Estado parte evaluado. Dicho Estado podrá incorporar comentarios al mismo en una especie de “diálogo” establecido entre ambos, para proceder a la publicación de la evaluación, conclusiones y comentarios. Dichas conclusiones, además, podrán contener recomendaciones dirigidas al establecimiento de medidas que supongan una mejora en la implementación del Convenio, pudiendo establecerse incluso fechas para la presentación de informes respecto a dicha aplicación (art. 68 Convenio).

Merece la pena señalar que si al GREVIO le llegan informaciones fiables de la existencia de una situación que requiera de una atención inmediata por la violación grave del Convenio, se podrá solicitar que se someta a dicho Estado a un informe especial en el que se incluyan medidas para prevenir dicha “violencia grave, extendida o concomitante”, situación ante la cual el GREVIO también puede realizar visitas al territorio, en el seno de su investigación, la cual debe finalizarse con unas conclusiones que deberá enviar tanto al Estado investigado, como al comité de las partes y al comité de ministros del Consejo de Europa (art. 68 del Convenio).

En relación con las diferentes evaluaciones del GREVIO que, en definitiva, se constituyen como su objetivo de trabajo básico, pese a las otras posibilidades expuestas; ya podemos analizar la implementación del convenio respecto a diversos Estados. En septiembre de 2017 se publicaron las primeras evaluaciones y conclusiones respecto de Austria y Mónaco, seguidas de las de Albania y Dinamarca, publicadas en noviembre del mismo año.

Sin poder profundizar en el contenido de las mismas, se puede afirmar que el grado de implementación difiere entre los diversos Estados parte, pudiendo confirmar que la necesidad de una mejora en la implementación, especialmente respecto a la recogida y sistematización de datos, así como en el ámbito de la legislación, es una necesidad en todos los Estados evaluados.

Reflexión final

Como exponíamos inicialmente, si bien debemos reconocer positivamente la elaboración de un instrumento de estas características, igualmente resulta necesario analizar el mismo desde una perspectiva crítica y poder revisar aquellos aspectos mejorables.

Debemos señalar que en su elaboración no se produjo un enfoque total frente a la violencia de género, debiendo añadir al mismo la incorporación de la

violencia doméstica para poder conseguir un acuerdo entre todas las partes. Es cierto que abordar la violencia doméstica es necesario, por diversos motivos, pero la necesidad de incluir este tipo de violencia para calmar las divergencias entre los Estados en este instrumento hace que se desdibuje, una vez más, la línea que diferencia la violencia doméstica, de la de género. Como sabemos, es un tipo de violencia con un sustrato, un contexto y unas consecuencias diferentes, que lo diferencian de aquel que se produce en el ámbito doméstico (aun conociendo que una gran parte de las manifestaciones de violencia de género se producen en dicho ámbito).

Por otro lado, además de la incorporación de la violencia doméstica y de incluir una perspectiva más neutral de la necesaria para un auténtico tratamiento de este fenómeno, nos encontramos con la posibilidad ofrecida por el Convenio de establecer reservas ante cuestiones relevantes del mismo -precisamente aquellas que más disputas produjeron en su elaboración. Esto posibilita una implementación flexible para los Estados que, a su vez, se traduce en una posible limitación de la protección de las víctimas. Esto supone que el compromiso adquirido con la ratificación del Convenio se realice de una forma parcial que, en un contexto de protección y prevención de la violencia de género, no debería posibilitarse.

Conocemos la existencia de un mecanismo para evaluar la implementación del Convenio, el GREVIO, respecto al cual también se han expuesto algunas cuestiones mejorables. Este grupo de expertos ya se ha pronunciado respecto a varios Estados exponiendo cómo la implementación en los mismos ha variado dependiendo del Estado al que nos refiramos, pero viendo cómo no se ha implementado en su totalidad de forma adecuada. Resulta especialmente problemático el ámbito de la legislación penal (países que no incluyen todos los tipos de violencia, falta de perspectiva de género, necesidad de homogeneidad, etc.) además de lo concerniente a la recogida y sistematización de datos (cuestión diferente en cada Estado, con diversas metodologías incluso dentro de cada uno) lo que imposibilita un conocimiento real del fenómeno que ayude a ver la situación, valorar las políticas y evolución del fenómeno, etc. Por lo tanto, poniendo de manifiesto que la implementación del Convenio aún no se realiza de la forma necesaria.

A pesar de lo expuesto, debemos finalizar mostrando un pensamiento positivo sobre la elaboración de este Convenio. Si bien es necesario realizar al respecto reflexiones sobre el mismo y, especialmente, sobre compromiso adquirido por parte de los Estados, debemos encontrarnos igualmente agradecidos/as por la elaboración de este instrumento, sin duda un punto de inflexión en el tratamiento de la violencia de género.

Bibliografía

AMORÓS, Celia, *conceptualizar es politizar*, en Lorenzo, P., Maqueda, M. & Rubio, A. (Coord.). *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008, p.16.

- ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem do Pará, 1994.
- BARRÈRE, María Ángeles, *género, discriminación y violencia contra las mujeres*, en Laurenzo, P., Maqueda, M. & Rubio, A. (Coord.). *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008, pp. 27-47.
- CAHVIO (6-8 abril 2009a). Report of the first meeting.
- CAHVIO (25-27 mayo 2009b). Report of the second meeting.
- CAHVIO (1-3 diciembre 2009c). Report of the third meeting.
- CAHVIO (24-24 febrero 2010a). Report of the fourth meeting.
- CAHVIO (29 de junio-2 julio 2010b). Report of the fifth meeting.
- CAHVIO (13-17 diciembre 2010c). Report of the eighth meeting.
- COMISIÓN EUROPEA, La comisión propone la adhesión de la UE al convenio internacional para combatir la violencia contra las mujeres, 4 de marzo de 2016. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-549_es.htm
- CONSEJO DE EUROPA, 2011^a, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 2011.
- CONSEJO DE EUROPA, 2011b, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estambul, 2011.
- CONSEJO DE EUROPA, Istanbul Convention. Action against violence against women and domestic violence. The negotiations. Estrasburgo, Francia: Council of Europe, 2018. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio>
- GOIG, Juan Manuel, *el fundamento de los derechos en la constitución española. Especial consideración al tratamiento de la igualdad y la igualdad de género*, en FERNÁNDEZ, P., *Violencia de género e igualdad (aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, España, 2014, pp. 47-69.
- LAGARDE, Marcela, *Sinergia y sintonía feminista por los derechos humanos de las mujeres*, en GARCÍA, C., MAQUIEIRA, V., MÓ, E., SANCHEZ, C. & SEBASTIÁN, J. (Eds.). *Violencia de género: escenarios y desafíos. XX Jornadas Internacionales de investigación interdisciplinar. Instituto Universitario de estudios de la mujer*, ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, España, 2015, pp. 169-181.
- MERCADO, Carmen, La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: un análisis comparado del convenio de Estambul y de la convención de Belém do Pará. *Revista europea de Derechos Fundamentales*, 30, 2017, pp.213-239.
- TRUCHERO, Javier. & ARNÁIZ, Amaya, Aproximación al convenio europeo de violencia contra las mujeres y violencia doméstica. *Revista europea de derechos fundamentales*, 19, 2012, pp. 123-156.

USHAKOVA, Tatsiana, La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 1 (4), 2013.

El papel activista del consumidor o Del surgimiento del 'chaneque'¹ femenino^{*}

Cristina Cázares Sánchez^{1**}

RESUMEN: El binomio producción-consumo establece una relación de interdependencia recíproca que obstruye la visión de los efectos o externalidades que el proceso productivo de bienes y servicios ocasiona en los entornos medioambientales donde se lleva a cabo esa producción, causando una inexistencia de causalidad y por ende de responsabilidad del consumidor por los daños realizados por la producción al medio ambiente.

El papel activista de las mujeres hacia la defensa de esos entornos debe incluirse en la toma de decisiones de un consumidor informado, de un consumidor responsable.

Palabras clave: Consumidor, Responsabilidad, Feminismo.

ABSTRACT: The production-consumption binomial establishes a relationship of dependency between both parties that obstructs the vision of the effects or externalities that the productive process of goods and services causes in the environments where this production takes place. There is a dissociation or an inexistence of causality-responsibility of the consumer a cause of the damages caused by production to Planet.

The activist role of women towards the defense of these environments must be included in the decision making of an informed consumer, of a responsible consumer.

Keywords: Consumer, Responsibility, Feminism.

SUMARIO: Introducción, 1. La otra visión del mundo económico, 2. Las preferencias del consumidor, 3. La masculinización del progreso y la feminización del activismo en México. 4. El consumo activista o la Responsabilidad integral y el holismo ecológico como solución, 5. Acciones colectivas y activismo del consumidor mexicano, Conclusiones, Fuentes de consulta.

Introducción

La relación entre producción y consumo conlleva al análisis del proceso de elección o toma de decisión por parte de los consumidores. La teoría de la elección racional

* Artículo recibido el 26 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de enero de 2019.

** Doctora en Derecho, Profesora Tiempo Completo Titular "A" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ El Chaneque como ser mitológico cuidador o guardián de los Recursos en selvas y bosques de Mesoamérica.

establece lineamientos medibles sobre ese proceso de análisis que realizamos los consumidores al momento de decidir sobre un bien o servicio.

El proceso de producción de un bien o servicio siempre trae externalidades medioambientales, ya sean positivas o negativas. Tal parece que son más constantes las segundas que las primeras, por ello a la llegada de una actividad económica a una comunidad, algunas voces, pudiesen levantarse. Así han surgido activistas que luchan contra los megaproyectos en cualquier área económica: minería, tala, turismo entre otras.

El consumo, aún más las preferencias del consumidor y la forma de elección son temas de la ciencias económicas, psicológicas y sociológicas. El Derecho no establece sanciones a la elección del consumidor, si protege su integridad, pero no es objeto de coacción el preferir un producto sobre otro, aun siendo ilícito, el consumo de estupefacientes no es sancionable. Ni siquiera el consumo en exceso de las bebidas alcohólicas, entendido como el hecho en sí mismo, sin que la no coacción se extienda a las consecuencias legales de los actos realizados bajo estas circunstancias, por ello el lector encontrará a lo largo de estas líneas elementos no jurídicos que influyen en la búsqueda de la protección de los bienes comunes naturales. Al respecto, el Derecho posee mecanismos procesales para representar a estos bienes comunes naturales y a los intereses del consumidor en procesos legales.

En este trabajo me enfocaré a uno de los factores sociales que influyen en la elección del consumidor: la mujer y cercanía con el círculo familiar y, a su vez, la relación entre mujeres activistas y la producción de bienes y servicios.

Ambos roles, los juega la mujer, sin premeditarlo. Respecto al primero, el rol abarca el ámbito de influencia familiar y en el segundo caso, llega al activismo por la observación real de las consecuencias de un proceso productivo en su ámbito familiar o en su comunidad. Tal vez la difusión de sus causas podría ampliar el rol de influencia en las preferencias de los consumidores o de los inversionistas para elegir de forma más responsable su consumo.

El objetivo es determinar una relación de influencia en la elección entre mujer y consumo, una relación en la cual, el sujeto femenino puede desde la óptica de la psicología y la economía conducir las preferencias del consumidor, más allá de su familia y evidenciar los procesos productivos que deterioran los bienes comunes.

Esta reflexión, pretende contribuir a la construcción de un consumo responsable de los bienes y servicios en cuya producción siempre con un fin altamente lucrativo, activa la participación social, en especial y no por limitante, de los agentes femeninos al observar el deterioro ecológico que agrava nuestra condición y nos vuelve vulnerables al Cambio Climático en México y que al final acabará incluso con la misma producción de los bienes y servicios ofertados.

1. La otra visión del mundo económico

La relación producción-consumo está fundada en la ideología del progreso, de la Economía liberal que influye en el gusto del consumidor. El modelo económico

El papel activista del consumidor o Del surgimiento del 'chaneque femenino'

estatal predominante se basa en la razón, racionalidad tecnológica-económica-científica del progreso, pero ¿en qué momento se decide seguir el paradigma europeo para construir nuestra Nación?

Después de la lucha Independista o la confrontación con el periodo Colonial, surge la necesidad de crear un nuevo concepto de Nación, de Estado, Gobierno y hasta delimitar un nuevo Territorio.

Así:

La creación de la nación en términos simbólicos y conceptuales fue la faena que concitó a las élites intelectuales postcoloniales. Un lugar común de su discurso constituyó el profundo rechazo a la herencia cultural hispánica...En un discurso dicotómico, expresado en ese conflicto entre "la oscuridad=pasado colonial" y "la luz=civilización europea", la intelectualidad optaba sin vacilaciones por las "luces" de la modernidad europea.²

Se comienza la construcción de un Estado-Nación-Moderno en nuestro País, donde el liberalismo económico funge como una de las bases sólidas para alcanzar el vertiginoso mundo del avance y el progreso, creando así una nueva realidad mexicana, donde el pensamiento dominante establecía las nuevas formas de relación³ entre los agentes sociales del México Independiente, donde las culturas indígenas constantemente vilipendiadas en el México Colonial y excluidas, parafraseando a Hugo Zemelman, del pensamiento parametral español, en el México Independiente comenzarían a ser excluidas de las nuevas estructuras progresistas del pensamiento moderno mexicano.

En las culturas indígenas, la naturaleza no se identifica como el otro inerte o sujeto-objeto de la existencia humana, sino como un Cosmos activo, que envuelve al ser humano. El imaginario de estas culturas crea sujetos activos cuidadores de las criaturas naturales diversas al ser humano, éste último solo podrá utilizarlos para satisfacer sus necesidades de forma ética, pidiendo permiso a esos seres o cuidadores, así surgieron leyendas como la de los "chaneques" de quienes se afirma por un gran sector de la población originaria mexicana, existieron en gran parte de nuestro territorio nacional:

Las percepciones locales pueden ser expresadas a través de leyendas, creencias y tradiciones, además de mitos, las cuales nos ayudan para establecer límites en las conductas y prácticas

² Cancino Troncoso, Hugo (1999) ¿Existe una identidad cultural Latinoamericana?

Las raíces históricas del debate, en Cristoffanini, Pablo R., *Identidad y otredad*. "en el mundo de habla hispánica". Universidad de Aalborg y Universidad Nacional Autónoma de México, México, P 20.

³ "El poder para poder influir refleja los modos de concreción histórica de la realidad social, por lo que debe descomponerse en dos dimensiones fundamentales: a) el poder como acceso a las instancias de decisión institucionalizadas; como espacio claramente demarcado, desde donde los diferentes grupos sociales definen sus relaciones recíprocas, y b) el poder como capacidad de creación de nuevas instancias de decisión; esto es, como rompimiento de las estructuras de dominación existentes" Zemelman, Hugo (2011), *Configuraciones Críticas*, "Pensar epistémico sobre la realidad", Siglo XXI, editores, México, P.90

construidas en la interrelación sociedad-naturaleza...Inclusive, algunas creencias pueden constituirse en instituciones sociales...⁴

Por muy romántico que suene el discurso, la racionalidad del Estado Moderno, no nos permite contar leyendas ni confiar a poderes sobrenaturales los cuidados de nuestro capital verde o capital natural, como hoy lo llama la Economía Verde, por ello el papel activo de los agentes sociales se vuelve indispensable para construir la resistencia a la pérdida de la Naturaleza, sin embargo, surge la pregunta ¿quién está dispuesto a aceptar tal misión? ¿quién puede encauzar los esfuerzos a una lucha contra la Modernidad? ¿es el consumidor de los productos o servicios consciente en su toma de decisiones al momento de consumir?

2. Las preferencias del consumidor

La teoría de la elección racional nacida en el mundo económico⁵ con Adam Smith implica el análisis de la razón de ser de una decisión, y la observación de intereses personales o egoísmo a intereses colectivos o bien de una noción de justicia, como parte del juicio de elección de un ente biológico.

Conlleva el análisis del comportamiento del consumidor y su elección consciente sobre un bien o servicio de un productor o empresa que deteriora el medio ambiente o se ve envuelto en una disputa en la comunidad donde impacta sus actividades productivas o de servicio.

El consumidor tendrá dos variables racionales para decidir:

- a) La renta
- b) El gusto

Ambas variables no implican intereses colectivos, sino individuales. Para la Economía el decidir sobre un producto o servicio A sobre B, incide en el nivel de satisfacción completamente individual del tomador de decisiones. Entonces el gusto es propiamente una construcción social.

¿Tal vez en el gusto pueda incluirse la variable de responsabilidad social? ¿Acaso el consumo responsable solo es un gusto o modo de un sector del consumo?

Sin embargo, en el proceso de decisión existen otros aspectos generales, además de los económicos: culturales, sociales, personales y psicológicos.

El gusto encuentra su fundamento en estos aspectos.

⁴Lazos, Elena et Luisa Paré (2000), *Miradas Indígenas sobre una naturaleza entristecida*, "Percepciones del deterioro ambiental entre nahuas del sur de Veracruz", Plaza Valdés e Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, P.23

⁵ Un amplio estudio sobre la teoría de la elección racional desde el ámbito filosófico, económico y democrático se encuentra en Rivero Casas, Jesús (2012) El cambio racional de preferencias en el proceso electoral de 2006, LXI Legislatura Cámara de Diputados, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3458/3.pdf> [10/11/2018]

El papel activista del consumidor o Del surgimiento del 'chaneque femenino'

Según Rodríguez-Rabadán,⁶ los factores culturales incluyen las clases sociales, pero también la pertenencia a grupos sociales específicos, como es el caso de los BoBo:

Son un grupo de consumidores con un elevado nivel cultural. En su libro, "Bobos in Paradise" -"Bobos en el paraíso"- (2000), el periodista David Brooks definía a una nueva clase social triunfadora, económica y culturalmente, pero con un espíritu muy contradictorio: rebeldes como los hippies de los años sesenta pero materialistas (en el fondo) como los yuppies de los años ochenta (BOhemian & BOurgois). Urbanitas, son hombres y mujeres entre 30 y 40 años, solteros o divorciados o que viven una relación amorosa sin compartir el mismo techo. Son profesionales brillantes, independientes, con conciencia ecológica y social y amantes de las nuevas tecnologías. Buscan diferenciarse de los demás por su ideología progresista (muy a la izquierda), su nivel cultural y su oposición hacia lo ostentoso. Desde el punto de vista del consumo y contrario a lo que pudiera parecer, los BOBOS gustan del lujo discreto y refinado por lo que se rehúsan a comprar artículos de marcas reconocidas a favor de piezas únicas realizadas por artistas o empresas con materiales especiales y/o causas comprometidas. Cada objeto que compren busca reflejar su personalidad y gusto exquisito al precio que sea.⁷

En el caso de los *bohemian* y *bourgeois*, las variables renta y gusto se muestran en sus decisiones, son el consumidor del sector del mercado de los productos ecológicos, de comercio justo, responsabilidad social entre otros.

Por ello, tal vez, en este sector sea común encontrar a consumidores informados sobre el proceso productivo o el origen del producto o servicio que llevan a sus hogares, siendo una causa de exclusión el que la empresa produzca u oferte el servicio se vea involucrada en conflictos sociales con las comunidades con las cuales convive.

Otros factores y que resultan trascendentales para este trabajo son los factores sociales, según el autor mencionado, se encuentran los grupos de referencia, que incluyen a:

personas con influencia directa o indirecta sobre sus actitudes o comportamientos (de los consumidores-agregado de la autora) Se dividen en grupos de pertenencia o primarios y en grupos secundarios. Los grupos de pertenencia son grupos de influencia directa sobre la persona (amigos, vecinos y los compañeros de trabajo), en otras palabras, son todas las personas con las que el sujeto convive habitualmente y de una manera informal. Los grupos secundarios, por otra parte, suelen ser más formales y requieren una menor frecuencia de interacción (grupos religiosos o profesionales)⁸

Dentro de estos grupos de influencia, en específico los secundarios, se encuentran lo que hoy se conoce como *influencers* o líderes de opinión, en cuyos canales de redes sociales recomiendan productos para su consumo o bien desestiman el mismo ante sus seguidores.

⁶ Rodríguez David-Rabadán Benito, Proceso de decisión del consumidor: Factores explicativos del visionado de películas en sala de cine de los jóvenes universitarios españoles. Universitat Internacional de Catalunya (2013). Tesis Doctoral

⁷ Rodríguez Santoyo, Castrejón Mata y Cid Duran:(2010) *Multiculturalismo y Mercados*, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2010c/738/ [11/10/2018]

⁸Rodríguez-Rabadán, *Op. Cit.* P. 44

Es por ello, que ante una ventana de oportunidad, las mujeres activistas, podrían lograr encausar sus esfuerzos a las preferencias del consumidor de los bienes o servicios, cuyo proceso productivo causa el deterioro que ellas mismas combaten.

3. La Masculinización del Progreso y la feminización del activismo en México

Es el Prometeo del Estado Moderno, quien a través de efectos colaterales o externalidades o costes sociales,⁹ desajusta, criminaliza a la naturaleza, le otorga la calidad del otro en conflicto, un conflicto con un sujeto cuyos códigos de comunicación y racionalidad son muy diversos al del ser humano.

El Otro, el contrincante, quién por acción de un solo discurso, se convierte en el enemigo a vencer fundado en el progreso patriarcal.

La producción se vuelve invasora, dominante y transforma el entorno más inmediato a al ser humano, transforma su primer nivel de economía, la de su hogar, la usa y la desecha y surgen los excluidos del progreso, actores sociales como los ancianos de ambos sexos y la mujer, que desde su labor cotidiana se convierte la observadora puntual y en sí misma en externalidad de esta nueva realidad.¹⁰

Es la mujer que entre sus múltiples tareas de su propia realidad, recolección, cuidado de los hijos, marido, ancianos, animales, de su casa y comunidad, de su tierra se convierte en guardiana del bosque, la selva, las playas ante los evidentes escenarios de escasez. Es ella, quién acepta el reto y se convierte poco a poco y da corporalidad al nuevo Chaneque en el discurso de la Modernidad producción-consumo.

Las causas de la asunción de esta nueva tarea tienen explicaciones meramente sociales:

Las mujeres no están más cerca de la naturaleza debido a alguna afinidad psicológica o espiritual elemental, sino a causa de las circunstancias sociales en las que se encuentran-estos, sus condiciones materiales. La desproporcionada responsabilidad de las mujeres ante la corporeidad humana se expresa en parte en el trabajo que realizan, pero también en su disponibilidad para las necesidades biológicas.¹¹

La mujer es la primera en sensibilizarse respecto al cambio de sus condiciones de vida, caminar más kilómetros por agua, observar la fauna o flora local desaparecer, observar la aparición de terrenos infértiles. Enfermedades en su comunidad. Y así comienza a luchar una batalla donde el otro, el enemigo natural, agoniza ante el

⁹ Cfr. La Tragedia de los Comunes en "The Tragedy of Commons" en Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. Gaceta Ecológica, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. <http://www.ine.gob.mx/> consultado el día 8 de marzo de 2015 y **Miró Rocasolano, Pablo** (2002): *El Teorema de Coase y sus implicaciones según "El problema del Coste Social"*, en *Contribuciones a la economía de La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes*: <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/index.htm> consultado el [10/11/2018]

¹⁰ Lazos, Elena et Luisa Paré (2000), *Op. Cit.* P. 105

¹¹ Mellor, Mary(2000), *Feminismo y Ecología*, trad. Ana María Palos, Siglo XXI, primera edición en español, P.227

Enemigo común, un progreso excluyente, dominante y patriarcal. Con esta lucha, varias son las mujeres, que fueron en su momento identificadas como 'histéricas' o 'neuróticas', 'amas de casa con mucho tiempo libre', 'exageradas' incluso fueron minimizadas y humilladas aun cuando tuviesen estudios universitarios en ciencias, sus dichos fueron catalogados como de 'ciencias domésticas', una ciencia reservada a la condición femenina.¹²

En México, ejemplo de mujeres que han asumido el reto de luchar contra el progreso representado como sobreexplotación y afectación de los recursos naturales, y han liderado luchas ecológicas contra empresas específicas (sin que sean limitantes solo de carácter ejemplificativo) son:

1. Valeria Souza, Doctora y Académica de la Facultad de Ciencias cuyos esfuerzos por preservar Cuatro Ciénegas, Coahuila han sido extenuantes y reconocidos como valiosos en la lucha por el agua y sus usos, donde limitar la actividad económica predominante de siembra de alfalfa como bien de producción a la actividad lechera de una reconocida Empresa originaria de Coahuila, México, parecía una tarea titánica y de imposible solución.¹³
2. Guadalupe Álvarez Chulmi, Presidenta de la Asociación Cielo, Tierra y Mar (CityMar) cuyos esfuerzos se encaminan a la preservación del Arrecife, dunas costeras, y el ecosistema en Cozumel.¹⁴ En contra de Fondo Nacional de Fomento al Turismo, al permitir la operación turística de consorcios en zonas de reserva, incluso manglares.
3. Marielza Izurieta Valery, Presidenta de las Mujeres Unidas por Bahía de Banderas, A.C., quién ha denunciado el cierre del acceso a las playas públicas en Nayarit y demás delitos ambientales ocasionados por los grandes consorcios turísticos en complicidad con autoridades locales.¹⁵

0

¹³ Gómez Duran, Thelma (2012) La mujer que convenció a Slim de comprar un Desierto, en Domingo Universal en línea disponible en <http://www.domingoeluniver>¹³ Al respecto la historia de Rachel Carson, bióloga marina y periodista que publicó sus estudios científicos sobre los efectos de los herbicidas y pesticidas en las poblaciones de pájaros e insectos ocasiono la respuesta del gobierno de Estados Unidos y de la industria química y "consistió en burlarse de ella y tildarla de fanática sensiblera, de solterona en zapatillas preocupada por los pájaros" Cfr Mellor (2000) *Op. Cit.* P.30 sal.mx/historias/detalle/La+mujer+que+convenci%C3%B3+a+Slim+de+comprar+un+desierto-776 publicado el día 19 de julio de 2012, [10/11/2018].

¹⁴ Cfr Cordero Deborah (2015), Citymar documenta afectación a duna costera en Cozumel, UNIÓN Cancún, publicado el 04 de febrero de 2015, disponible en <http://www.unioncancun.mx/articulo/2015/02/04/medio-ambiente/citymar-documenta-afectacion-duna-costera-en-cozumel> consultado el día 08 de marzo de 2015; Vázquez, Jesús (2015) Semarnat aprueba la construcción de Aerogolf en QROO en el Economista publicado el 13 de enero de 2015 disponible en <http://eleconomista.com.mx/estados/2015/01/13/semarnat-aprueba-construccion-aerogolf-qroo> consultado el día [10/11/2018]

¹⁵ Cfr Montes, Rodolfo (2012) Playas de Nayarit en Manos de Extranjeros, Reportaje Especial Milenio publicado el 14 de agosto de 2012 disponible en <http://rivieranayaritone.blogspot.mx/2012/08/reporte-especial-de-rodolfo-montes-del.html> [10/11/2018]

4. Existen mujeres como Eva Alarcón, secuestrada y desaparecida por defender su territorio contra las empresas del crimen organizado en Guerrero y otras activistas, desafortunadamente, asesinadas como Juventina Villa Mujica.

Defender la naturaleza del uso, explotación y disfrute de intereses empresariales que incluso no obedecen a la teoría de la elección racional, ya que al acabar con el ambiente es acabar incluso con la humanidad, incluyendo a los empresarios. Tiene un costo muy elevado por el cual pocas personas deciden actuar, por ello las mujeres 'chaneques' poseen un valor inmensurable.

Aún falta que su labor llegue al consumidor de los productos o servicios involucrados en estos conflictos, aún falta conformar al consumidor activista.

4. El consumo activista o la Responsabilidad integral y el holismo ecológico como solución

Dejar solas a las mujeres o identificar las luchas ecológicas versus la producción sin límites y calificarlas como luchas de género implica limitar o encasillar este esfuerzo de forma banal, los procesos de deterioro ambiental y la escasez de los medios naturales que fungen como bienes de producción para las actividades económicas, no sólo afectan al género femenino sino también al género masculino, los efectos de la devastación no distinguen entre hombres y mujeres, y mucho menos entre seres humanos y no humanos.

Por ello, una solución para apoyar los esfuerzos de las mujeres en estas luchas es establecer una responsabilidad colectiva, entre los agentes involucrados en estas afectaciones o problemáticas.

Así, si la oferta de bienes o servicios produce un desequilibrio en el medio ambiente, causando una afectación en el entorno de las mujeres que son impulsadas a tomar roles de activismo. No es solo una responsabilidad de la empresa productora o de servicios, sino también de su consumidor e incluso de sus inversionistas, de sus proveedores, es decir se trata de una responsabilidad extensiva.

En el binomio-producción-consumo intervienen sujetos activos que provocan en una empresa o actividad económica cambios, a ellos se les conoce como *stakeholders*¹⁶

¹⁶ "La AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas), identifica como *stakeholders* " aquellos grupos sociales e individuos afectados de una u otra forma por la existencia y acción de la empresa, con un interés legítimo, directo o indirecto, por la marcha de ésta, que influyen a su vez en la consecución de los objetivos marcados y su supervivencia". Establece la siguiente tipología de *stakeholders*, grupos de interés internos (grupos sociales que se encuentran dentro de la estructura de la organización) se encontrarían los empleados y los accionistas o propietarios y grupos de interés externos (grupos sociales no pertenecientes a la estructura interna de la organización, que se relacionan con ésta desde su independencia orgánica) serían los clientes, proveedores, competidores, agentes sociales (sindicatos, asociaciones de consumidores, grupos de opinión, etc.), administraciones públicas, comunidad local, sociedad y público en general, y el medio ambiente y las generaciones futuras" Vaca Acosta, Moreno Dominguez et al (2007) Análisis de la responsabilidad corporativa desde tres enfoques: *stakeholders*, capital intelectual y teoría institucional en Ayala Calvo J.C y grupo de investigación, Conocimiento, innovación y emprendedores: Camino al Futuro(pdf) disponible en <http://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2234835.pdf> [10/11/2018]. P. 3134

El papel activista del consumidor o Del surgimiento del 'chaneque femenino'

y el reconocimiento de su influencia en la organización o corporación, es la premisa de la responsabilidad social de las empresas.

Cuando son primarios o definicionales se refieren a los consumidores, accionistas o inversionistas, trabajadores; y los secundarios, se refieren a los activistas, competidores quienes pueden influenciar a los primeros.

En la producción, no sólo intervienen los empresarios productores, que no son los mismos que el inversionista; por los cambios en los factores de producción, el inversionista otorga el capital material, (dinero) para comenzar el proyecto productivo, entonces la responsabilidad social de la producción, también se hace extensiva a los inversionistas, quienes deben afrontar el dilema ético de invertir o no invertir en cierta actividad económica.

Estos inversionistas pueden ser influenciados por los activistas, y de ahí que la protección al activa del capital natural, adquiera trascendencia, por la exigencia de una decisión ética acerca de cuál proyecto productivo apoyar y cual disminuir su inversión; reevaluar los productos y servicios producidos y su posibilidad de sustitución.

Por su parte, el Empresario, a través de la ética, debe evaluar la proyección a futuro de su actividad y su conveniencia respecto a su propia existencia y el impacto de continuarla; el inversionista debe afrontar su responsabilidad ética de invertir su dinero en proyectos con mejores rendimientos para él mismo, los llamados negocios 'verdes' son un excelente nicho de inversión.

En los consumidores, una ética en la búsqueda y gestión de la información adquirida sobre el proceso de producción de bienes o servicios, pueden influir en el cambio sus hábitos de consumo, sin importar su género, a un consumo responsable.

Ser consumidor incluye una obligación derivada del acto de consumir: una obligación de decisión.

La obligación del tomador de decisiones o de una elección se basa no solo en las variables renta y gusto, sino también de observación del comportamiento de las empresas ofertantes de productos o servicios, aunque en términos de sectores de mercado los *BoBo* o burgueses y bohemios tengan una afinidad cultural a investigar acerca de los procesos de producción bajo los cuales fueron producidos los bienes o servicios que consumen.

Asimismo, el Estado debe realizar políticas públicas donde se fomente la participación activa en la toma de decisiones de los agentes pasivos de los proyectos que afectan a su ecosistema;¹⁷ como es el caso de las mujeres activistas y permitir

¹⁷ En un Estudio de Caso en la Comunidad Chamula de Chiapas sobre el control y manejo del agua, la autora concluye que "Los compromisos en materia ambiental, asumidos por el gobierno mexicano en diversas cumbres y conferencias internacionales, establecen que el país tomará medidas para incrementar la participación de las mujeres en las instancias de toma de decisiones. El rezago en el cumplimiento de estos acuerdos exige que se ensayen formas nuevas para avanzar en esta dirección. El establecimiento de la participación femenina en las instancias de toma de decisiones es un mecanismo que ha probado ser eficiente en otros ámbitos de acción. Se propone revisar la legislación ambiental en la materia desde una perspectiva de género, en particular, a la Ley de Aguas Nacionales

una gestión social o colaborativa de los bienes comunes, esto es una visión del holismo ecológico,¹⁸ donde todos los agentes involucrados compartan una responsabilidad integral.

5. Acciones colectivas y activismo del consumidor mexicano

Los mecanismos legales para reenfocar las preferencias del consumidor no existen, ya que se trata de decisiones complejas, que con ayuda de la Economía Conductual sería posible variar el comportamiento del consumidor. La ley no sanciona una decisión deficiente en las preferencias del consumidor, esto sería contrario al artículo 5 Constitucional en México, no se puede atentar contra el albedrío de los consumidores imponiéndoles una pena por tomar decisiones adecuadas, esto sin afectación de las sanciones legales que conlleven los actos realizados bajo la influencia de estas decisiones, como la comisión de hechos ilícitos para el Derecho y su asunción de responsabilidad legal.

Sin embargo, el mero hecho de decidir un producto sobre otro, la decisión en sí misma no debe ser punible.

De tal manera, que el Derecho, no conlleva la respuesta para la variación de las preferencias del consumidor, sino otorga herramientas a las mujeres activistas para hacer visible sus causas frente a un número mayor de población.

Con la Reforma del artículo 17 Constitucional el 29 de julio de 2010, se reconoce el ejercicio de las acciones colectivas en México. Anteriormente se denominaban acciones de grupo.

Las acciones colectivas se conceptualizan como:

... un mecanismo legal que legitima a una persona física, grupo de personas, organización civil e incluso a una autoridad, a presentar una demanda en representación de un grupo determinado de individuos (unidos por una causa común), con el fin de tutelar sus intereses colectivos mediante un sólo proceso jurisdiccional, cuya resolución tendrá efectos sobre todo el grupo o colectividad.¹⁹

(LAN) para la incidencia en la política pública ambiental, la que podrá incluir, entre otras medidas, el establecimiento de cuotas de participación por sexo en los comités o patronatos de agua” oares, Denise. (2007). Acceso, abasto y control del agua en una comunidad indígena chamula en Chiapas: Un análisis a través de la perspectiva de género, ambiente y desarrollo. *Región y sociedad*, 19(38), 25-50. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252007000100002&lng=es&tlng=es. [10/11/2018]

¹⁸ Al respecto, Mary Mellor escribe “...Holismo, que representa la inmanencia de la humanidad en su ecosistema en desenvolvimiento. Incertidumbre, como la condición de la existencia biológica/ecológica humana. Responsabilidad y Reciprocidad como sustitutos de las estructuras exploradoras de mediación/parasitismo. Conciencia, en un nivel profundo y espiritual y en un nivel práctico cotidiano con objeto de empezar a vivir dentro de medios sociales y ecológicos. Humildad, que refleja la necesidad que tiene la humanidad de aprender a vivir sin ilusiones de trascendencia. Un día se me ocurrió que todo esto se podría llamar HURRAH” Mellor. *Op cit.* P. 242

¹⁹ Arellano Trejo, Efrén y J. Guadalupe Cárdenas Sánchez, *Acciones Colectivas en México; la construcción del marco jurídico*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Documento de trabajo, núm 20, Cámara de Diputados, LX Legislatura, México, 2011, P. 1

El papel activista del consumidor o Del surgimiento del 'chaneque femenino'

Estas acciones permiten a los agentes afectados comenzar un proceso en representación de otros afectados cuando sus intereses se vean vulnerados. En el caso del consumidor, en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor se establece tal mecanismo y otorga a la Procuraduría la posibilidad de ejercer esta acción colectiva.

ARTÍCULO 26.- Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.²⁰

Ahora bien, se entiende como vulneración a los derechos o intereses colectivos del consumidor cuando se violenten los principios de las relaciones de consumo enumeradas en el artículo 1 del citado ordenamiento legal:

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos; Fracción reformada DOF 04-02-2004 II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones; III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen; IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos; V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores; Fracción reformada DOF 04-02-2004 VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos; Fracción reformada DOF 04-02-2004 VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios. VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados; Fracción adicionada DOF 29-05-2000. Reformada DOF 04-02-2004, 19-08-2010 IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento; Fracción adicionada DOF 04-02-2004. Reformada DOF 19-08-2010, 05-11-2013 X. La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas, y Fracción adicionada DOF 19-08-2010. Reformada DOF 05-11-2013 XI. La libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores que, sin contravenir las disposiciones de esta ley, sean garantes de los derechos del consumidor.²¹

El activismo del consumidor que ejerce una acción colectiva contra un proveedor que no respeta el precio, la inocuidad del producto, o hace uso de publicidad

²⁰ Ley Federal de Protección al Consumidor [última reforma 25/junio/2018] disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc.htm> [17/11/2018]

²¹ *Ibid.*

engañoso o abusiva, es perfectamente comprensible. La Procuraduría de Defensa del Consumidor²² es parte de los siguientes procesos:

1. Inversiones Nextel de México S.A. de C.V. y otras por cobros indebidos.
2. Contra Geo DF S.A de C.V, Banco INVEX IBM, Grupo Financiero y otros, por daños estructurales.
3. Corporación Geo S.A.B de C.V y filiales por incumplimiento generalizado
4. Alicia Fuente Mercado, Gallística de Occidente, Orcen Producciones, Guillermo Caballero Mora y Ticket Portal por cancelación de concierto.
5. Urbi Desarrollos Urbanos, S.A.B de C.V filiales conocidas como Urbi por incumplimiento generalizados.
6. Aero Enlaces Nacionales S.A de C.V. conocida como ViVaAerobús por incumplimiento generalizado.

Como puede observarse la base de las acciones ejercidas son el incumplimiento de los principios de las relaciones de consumo, mencionados en el artículo 1 de la Ley general de protección al consumidor y no son por cuestiones medioambientales o incluso por probable daño a la integridad del consumidor o su entorno.

No obstante, surge el cuestionamiento ¿a través de estas acciones colectivas los consumidores pueden apoyar a los movimientos de mujeres en contra de las empresas productoras de bienes o servicios?

Tal vez, en cuanto a los métodos desleales de abastecimiento establecidos en la fracción VII o en la fracción X, en cuanto a la protección de derechos de los adultos mayores, infancia, personas con discapacidad e indígenas, aquí vale la pena mencionar, que no se encuentra incluidos los derechos de las mujeres.

Es probable que no pueda iniciarse un procedimiento de acción colectiva como expresión del activismo del consumidor cuando la producción u oferta de un bien o servicio dañe al medioambiente, sin embargo, si puede a través de la información adherirse a métodos como el boicot, protestas, e incluso a un proceso de acción colectiva iniciado desde la óptica del Derecho Ambiental.

La información acerca de las consecuencias o externalidades de los procesos productivos de los bienes y servicios que vemos todos los días en nuestra cotidianeidad debe ser difundida al consumidor para efectos de tomar una decisión más reflexiva y así dejar de consumir los productos o servicios causantes de daños aunque la disgregación espacial y temporal no ayude mucho a representar en la mente de los consumidores esa relación causal entre el producto o servicio que consume y el daño realizado a una comunidad que lucha o defiende sus intereses colectivos contra esa empresa; y mucho menos a motivarle a apoyar dejando de consumir los productos y servicios.

²² Información obtenida de <http://acolectivas.profeco.gob.mx/index.php> [17/11/2018]

Esa racionalidad individualista, esa heurística²³ reconocida por la Ciencia Económica, es solo nuestra óptica en la toma de decisiones sobre el acto de consumo.

Conclusiones

Tal parece que el discurso no cambia, el Estado, el Empresario, productor e inversionista y el consumidor, siguen destruyendo, acabando al otro, que irónicamente es el sujeto indispensable: la naturaleza.

La sustentabilidad económica no podrá ser alcanzada sino existe un cambio ideológico del binomio producción-consumo para acabar con la criminalización de la naturaleza y de los sujetos humanos, en su mayor parte mujeres, que construyen el discurso de su lucha para subsistir convirtiéndose en las nuevas chaneques o cuidadoras del entorno, al grado, de peligrar su integridad e incluso su vida.

El Estado debe fomentar una política económica integral de la existencia humana, reconocer la otredad necesaria para la subsistencia de la producción de bienes y servicios, así como reconocer como eje transversal el cambio climático y sus consecuencias para establecer políticas públicas de límites a la producción de ciertos bienes y productos dañinos al Planeta y el consumidor debe ser consciente de las consecuencias de su acto de consumo insostenible y que irremediablemente acabará incluso con sí mismo.

Fuentes de Consulta

- CANCINO TRONCOSO, Hugo, ¿Existe una identidad cultural Latinoamericana? Las raíces históricas del debate, en Cristoffanini, Pablo R., *Identidad y otredad*. "en el mundo de habla hispánica". Universidad de Aalborg y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.
- HARDIN, Garret, "The Tragedy of Commons" en *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995, consultado el día 8 de marzo de 2015 en <http://www.ine.gob.mx/>
- LAZOS, Elena et Luisa Paré, *Miradas Indígenas sobre una naturaleza entristecida*, "Percepciones del deterioro ambiental entre nahuas del sur de Veracruz", Plaza Valdés e Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- MELLOR, Mary, *Feminismo y Ecología*, trad. Ana María Palos, Siglo XXI, primera edición en español, 2000.
- MIRÓ ROCASOLANO, Pablo, *El Teorema de Coase y sus implicaciones según "El problema del Coste Social"*, en *Contribuciones a la economía de La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes*, 2002, <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/index.htm> consultado el [10/11/2018]

²³ Estas heurísticas son estudiadas por la Economía del Comportamiento.

- RODRÍGUEZ SANTOYO, Castrejón Mata y Cid Duran, *Multiculturalismo y Mercados*, Edición electrónica gratuita, 2010, Texto completo en www.eumed.net/libros/2010c/738/ [10/11/2018]
- RODRÍGUEZ DAVID-Rabadán Benito, Proceso de decisión del consumidor, Factores explicativos del visionado de películas en sala de cine de los jóvenes universitarios españoles. Universitat Internacional de Catalunya, Tesis Doctoral, 2013.
- SOARE, Denise, Acceso, abasto y control del agua en una comunidad indígena chamula en Chiapas, Un análisis a través de la perspectiva de género, ambiente y desarrollo. *Región y sociedad*, 19(38), 25-50, 2007, Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252007000100002&lng=es&tlng=es [10/11/2018]
- VACA ACOSTA, Moreno Domínguez, *et al*, Análisis de la responsabilidad corporativa desde tres enfoques: stakeholders, capital intelectual y teoría institucional en Ayala Calvo J.C y grupo de investigación, Conocimiento, innovación y emprendedores: Camino al Futuro (pdf) disponible en <http://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2234835.pdf> [10/11/2018]
- ZEMELMAN, Hugo, *Configuraciones Críticas*, "Pensar epistémico sobre la realidad", Siglo XXI, editores, México, 2011.

Hemerográficas

- CORDERO, Deborahs, Citymar documenta afectación a duna costera en Cozumel, UNIÓN Cancún, publicado el 04 de febrero de 2015, disponible en <http://www.unioncancun.mx/articulo/2015/02/04/medio-ambiente/citymar-documenta-afectacion-duna-costera-en-cozumel> [10/11/2018]
- GÓMEZ DURAN, Thelma, La mujer que convenció a Slim de comprar un Desierto, en domingo Universal en línea, 2012, disponible en <http://www.domingoeluniversal.mx/historias/detalle/La+mujer+que+convenci%C3%B3+a+Slim+de+comprar+un+desierto-776> publicado el día 19 de julio de 2012, [10/11/2018]
- MONTES, Rodolfo, Playas de Nayarit en Manos de Extranjeros, Reportaje Especial Milenio publicado el 14 de agosto de 2012 disponible en <http://rivieranayaritone.blogspot.mx/2012/08/reporte-especial-de-rodolfo-montes-del.html> [10/11/2018].
- VÁZQUEZ, Jesús, Semarnat aprueba la construcción de Aerogolf en QROO en el Economista publicado el 13 de enero de 2015, disponible en <http://eleconomista.com.mx/estados/2015/01/13/semarnat-aprueba-construccion-aerogolf-qroo> [10/11/2018]

Legislativas

**El papel activista del consumidor
o Del surgimiento del 'chaneque femenino'**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [última reforma 27/08/2018], disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos#10552> [17/11/2019]

Ley Federal de Protección al Consumidor [última reforma 25/junio/2018] disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc.htm> [17/11/2018]

Corrupción y Derechos Humanos

Arturo Miguel Chípuli Castillo*

VÁZQUEZ VALENCIA, Luis Daniel, Corrupción y Derechos Humanos: ¿por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?, Peter Lang, Alemania, 2018.

La corrupción es un problema grave que, además de los ya reconocidos impactos que tiene sobre la economía y el gobierno, trae aparejada la vulneración, a veces grave y sistemática, de los derechos humanos (DDHH). Aun cuando los estudios sobre las relaciones entre los DDHH y la corrupción son recientes, cada vez cobra más sentido advertir los funestos efectos que la misma puede tener sobre los derechos fundamentales, ya sean civiles y políticos; o económicos, sociales y culturales. La obra, constituida por ocho capítulos, parte de dicha premisa e inicia desarrollando, en el capítulo primero, un esbozo de la corrupción, sus muy diversas significaciones, atributos y formas de ser estudiada. La corrupción, señala el autor, representa un fenómeno que admite múltiples conceptos, que van desde acepciones muy generales (vinculadas a cuestiones como la privatización del poder público, e intercambios contrarios a las normas que buscan obtener una ventaja); hasta aspectos menos abstractos y más aterrizados (como el nepotismo, el soborno, la extorsión y la prevaricación), observando una gran imprecisión que deriva de una expectativa esencialmente moral: el poder público debiera converger en el bienestar social. Una problemática similar se observa respecto de la construcción de la tipología de la corrupción, pues depende esencialmente de lo que se quiere observar (autonomía, comisión del acto de corrupción, extensión de dichos actos, etc.). Finalmente, el capítulo cierra con las distintas formas en que se ha estudiado la corrupción (las “puertas de entrada”): 1. Causas de corrupción, 2. Consecuencias de corrupción, 3. Estudios sobre *accountability*, 4. Estudios de corrupción política, 5. Lógica propia de la corrupción, y 6. La relación entre DDHH y corrupción. Este último es el que sirve de base para la presente obra.

Derivado de lo anterior, el segundo capítulo analiza la corrupción en México a través de dos miradas diferentes: el estado de la corrupción en México frente al resto del mundo (mediante un análisis *cross national* de bases de datos e indicadores a nivel mundial), y los datos construidos por el propio país a partir de la comparación de entidades federativas. En el primer caso (nivel mundial) se mira a la corrupción a través de los tres indicadores de percepción más conocidos y estandarizados: el índice de percepción de la corrupción (IPC) de Transparencia Internacional (TI), el componente de corrupción de los indicadores mundiales de gobernanza del Banco Mundial (BM), y el componente de corrupción del índice de Estado de derecho del *World Justice Project* (WJP), los cuales tienen un alto índice de correlación. Conforme

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y docente de la Facultad de Derecho de la misma institución.

a dichos indicadores, México se ubica en el décimo lugar (entre 19 países) del IPC para los países de América Latina en el periodo 2012-2015, y es el segundo país con más pago de sobornos entre 2011 y 2013. En el segundo caso (indicadores nacionales), la corrupción destaca por ser, desde 2015, el segundo problema social más preocupante para la población conforme a la Encuesta de Calidad Gubernamental del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), asimismo, y conforme a la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2011-2015, existe un mayor índice de percepción de corrupción en las policías de seguridad pública, jueces, policía judicial y ministerios públicos. El capítulo cierra con un análisis de la corrupción a través de los indicadores de desempeño de los órganos de control interno y externo, donde resalta el problema de autorrestricción de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), el bajo número de irregularidades graves investigadas por la Secretaría de la Función Pública (SFP) y los altos porcentajes de operaciones inusuales, preocupantes y empresas que han sufrido fraudes en México.

El tercer capítulo aborda el tema de los derechos humanos, los problemas para su medición, y la construcción de indicadores a través de las obligaciones a cargo de los Estados. Se destaca la existencia de múltiples bases de datos que analizan a los DDHH. En primer lugar, a nivel internacional, destaca el CIRI, *Human Rights Data Project*, que contempla dos índices: integridad personal (ejecuciones extrajudiciales, tortura, desaparición y prisioneros políticos) y empoderamiento (libertades de expresión, religión, tránsito, entrada y salida del país; y derechos de reunión, asociación, autodeterminación, laborales), cada uno construido a partir de las prácticas de los gobiernos. En ambos índices, México aparece en los últimos lugares para los países de América Latina. Otras mediciones complementarias sobre DDHH destacadas por el texto son: el Producto Interno Bruto (PIB) per cápita con paridad de poder adquisitivo a dólares constantes (BM), esperanza de vida al nacer (BM), años de escolaridad promedio (índice de desarrollo humano), tasa de homicidios intencionales (BM), derechos políticos y libertades civiles (*Freedom House*). En segundo término, se analizan los indicadores nacionales de DDHH a partir de tres distintos tipos: Derechos humanos en general, derechos civiles y políticos; y derechos económicos y sociales. Cada uno generado a partir de datos de la CNDH, PGR, INEGI, CONEVAL, INE, CONAPO, entre otros.

En el cuarto capítulo el autor presenta, de forma general, las distintas relaciones entre los derechos humanos y la corrupción: (i) movimientos anticorrupción y de derechos humanos, (ii) aporte de los DDHH a la lucha contra la corrupción (y viceversa), (iii) las violaciones al principio de igualdad y no discriminación, así como a grupos en situación de vulnerabilidad producidas por actos de corrupción; y finalmente, (iv) las violaciones generales a derechos humanos producidas por la corrupción. Esta última es la que interesa al autor, y donde pone mayor empeño, pues es la que advierte diferentes niveles de complejidad analítica, y la que puede

visualizar los impactos diferenciados de diversos tipos de corrupción. La hipótesis a probar es que un país con mayor corrupción es también un país donde hay mayor violación a los DDHH. Partiendo de lo anterior, en el capítulo se hace un análisis de la relación entre corrupción y derechos humanos, primero, a través de los indicadores internacionales del Banco Mundial, *CIRI Human Rights Data Set*, y Transparencia Internacional. En este mismo tenor, se abordan las relaciones entre ambos conceptos a nivel nacional a través de dos tipos de indicadores de corrupción (objetivos y subjetivos), y dos indicadores de DDHH (derechos civiles y políticos, y derechos económicos y sociales). Los primeros se desprenden de los datos de la ASF y el ENVIPE; los segundos de los informes de la CNDH, INEGI, PGR, CONAPO, CONEVAL, IDH-PNUD. Destaca el impacto agravado que tiene la corrupción sobre los derechos económicos y sociales, por sobre los derechos civiles y políticos.

El capítulo cinco refiere algunas explicaciones alternativas a las violaciones a los DDHH. Cuestiones como la impunidad, el control sobre los gobiernos, las variaciones del PIB y la población se suman al modelo estadístico utilizado a fin de servir como variables de control. Para medir la impunidad se utilizan, para efectos del análisis *cross national*, los componentes “efectividad de la justicia criminal” y “acceso a la justicia civil” del índice de Estado de derecho del WJP; asimismo, y para el análisis nacional, se hace uso de los datos del ENVIPE (cifra negra, porcentaje de denuncias, averiguaciones previas). Por su parte, para medir el control sobre el gobierno, se utilizaron datos del *Polity Project* respecto del tipo de régimen político, el CIRI para el indicador de independencia judicial, y la construcción de un indicador de *accountability* vertical a través del voto de castigo en las entidades federativas. Por otro lado, el PIB se mira a través del indicador de PIB per cápita por paridad adquisitiva a dólares constantes del BM (para el análisis mundial), y del PIB en millones de pesos a precios del 2008 para las entidades federativas del INEGI (para el análisis nacional). Finalmente, la población se recupera del indicador de población mundial del BM y del indicador de población construido por INEGI.

El sexto capítulo se dedica a mirar los hallazgos empíricos de las relaciones entre corrupción y DDHH, tanto a nivel mundial (entre 1996 y 2015), como en las entidades federativas de México (entre el 2000 y el 2014). En el primer caso, se construyen datos para dos periodos: 1996-2011 y 2012-2015. Entre los hallazgos sobresale el impacto negativo que la corrupción tiene en los derechos políticos, en la esperanza de vida, PIB per cápita, escolaridad, independencia judicial, e integridad física. Por su parte, para el ámbito nacional, se construyó un modelo que mira las relaciones entre la corrupción (objetiva y de percepción), y los DDHH (civiles, económicos y sociales) de las entidades federativas. Dentro de los resultados obtenidos, se observa que a mayor corrupción, más homicidios, menos acceso a la salud, y mayor probabilidad de desapariciones forzadas.

Motivado por los hallazgos presentados (mayor corrupción, menos ejercicio de derechos), el capítulo siete realiza un análisis hemerográfico de la corrupción y los

derechos humanos. Tomando notas periodísticas de tres periódicos de circulación nacional como una especie de indicador *proxy* de los actos de corrupción, el autor trata de responder preguntas como ¿Quién comete los actos de corrupción? ¿Qué acto de corrupción es el que prevalece? ¿Qué derechos son los más afectados? Entre algunas otras que difícilmente podrían contestarse a través de las bases de datos, debido en gran medida a que el fenómeno de la corrupción se da de forma oculta o velada. Un aspecto de interés es la frecuencia con que las notas periodísticas dan cuenta de la recurrencia de actos de corrupción en ámbitos relacionados con los derechos a la salud, a la vivienda, al trabajo, al agua, al medio ambiente sano, a la alimentación, a la vida, la libertad y la integridad.

Finalmente, el capítulo ocho estudia las estrategias de combate a la corrupción a través de múltiples miradas, poniendo énfasis en aquella vinculada con violaciones a los DDHH. Dicha estrategia, señala el autor, debe considerar: el tipo de corrupción que se busca combatir, las violaciones de DDHH que se busca evitar, el mecanismo causal entre corrupción y violaciones a derechos humanos en el que se quiere incidir, y el contexto donde opera la relación entre ambos conceptos. Dicho esquema produce distintas interacciones a partir del tipo de corrupción, del tipo de Estado, de las propuestas anticorrupción, y de las deficiencias estatales, mismas que representan la base para la definición de diversas estrategias anticorrupción. El caso mexicano, por ejemplo, se caracteriza por un contexto de crisis generalizada de violaciones a los DDHH (violaciones estructurales), y una respuesta gubernamental construida por cinco ingredientes: clientelismo, negación, simulación, impunidad y corrupción (endémica y generalizada). Toda esta mezcla de elementos particulares requieren de una estrategia que vaya más allá de simples reformas institucionales, incluso orientando la estrategia anticorrupción hacia ideales de justicia híbrida (internacional y nacional) que proporcionen un acompañamiento y reforzamiento de los mecanismos de combate a la corrupción.

Como puede advertirse, la obra resulta relevante en tanto analiza, desde una metodología basada en evidencia empírica y datos contenidos en fuentes reconocidas a nivel nacional e internacional, las diversas relaciones y consecuencias de la corrupción sobre los derechos humanos, planteando además, que una mirada puesta en estos últimos puede motivar estrategias diferenciadas de intervención y de combate a la corrupción, algo que es sumamente importante ante un contexto tan complejo como el de México.

La violencia como drama

Víctor Manuel Andrade Guevara*

ARTEAGA BOTELLO Nelson y ARZUAGA MAGNONI, Javier. *Sociologías de la violencia: Estructuras, sujetos, interacciones y acción simbólica*, FLACSO, México, 2017.

El trabajo que aquí presentamos es, ante todo, un recuento exhaustivo del debate teórico que sobre la violencia se ha dado al interior de las ciencias sociales, particularmente la sociología, incluyendo las reflexiones que desde la filosofía política han hecho autores como Georges Sorel, Walter Benjamín, Frantz Fanon y Hannah Arendt.

El libro se divide en dos partes. En la primera, que consta de tres capítulos, se exponen las teorías que pretenden explicar la violencia desde una perspectiva estructural o normativa, empezando por autores como Georges Sorel, Walter Benjamín y Frantz Fanon que, desde la filosofía social, establecen una distinción entre una violencia negativa que contribuye a la opresión, y una violencia positiva que contribuye a la liberación de los oprimidos.

Desde la perspectiva de Sorel, la violencia sería un drama que enfrentaba fuerzas sociales que construían una idea del bien y el mal, este último propiciado por la estructura de la sociedad capitalista que da lugar a la explotación de que es víctima la clase obrera. Criticaba este autor las visiones racionalistas tanto del liberalismo como del socialismo, que pensaban que los procesos de transformación ocurrirían apelando a la razón y el conocimiento, siendo más importantes los impulsos irracionales, como los que se generan en torno a los mitos. El llamado a la huelga general, sería el conducto para desencadenar esta violencia buena, ejercida a partir de la constitución de un sindicalismo revolucionario que obedecía al impulso de los sueños de liberación a través de una ruptura total.

Siguiendo en parte a Sorel, Walter Benjamín, desde el horizonte de una filosofía de la historia que combinaba la perspectiva del materialismo histórico y el mesianismo judío, establecía la diferencia entre la violencia mítica y la violencia divina, concibiendo a la primera como la violencia que instaura un derecho y a la segunda como la violencia que genera una nueva situación, creando justicia. De esa manera, la huelga general asume la modalidad de una violencia pura, que redime a los dominados del presente y del pasado.

Este esquema dicotómico de una violencia mala y otra violencia buena, trasladado a una situación colonial, es la que orienta a Frantz Fanon al reivindicar también el derecho a una violencia redentora por parte del colonizado, que a través de la violencia ha visto sometido su cuerpo. Las luchas tribales y la emergencia del

* Doctor en Historia y Estudios Regionales por la Universidad Veracruzana, Investigador de Tiempo Completo, Titular C, adscrito al Instituto de Investigaciones Histórico-Sociales de la Universidad Veracruzana.

gran bandido serían la expresión sublimada de ese llamado a la violencia liberadora del cuerpo que, al realizarse, se dota de un aura de pureza. La violencia descolonizadora, al igual que la violencia divina de Benjamín, contribuyen a darle sentido a la existencia del ser colonizado que de esa manera puede convertirse, por fin, en un ser humano.

Hannah Arendt en cambio, concebía la violencia, no como un elemento incrustado en las estructuras del orden social sino como un mero instrumento, rechazando la idea de que la violencia sea la que funda el poder o la autoridad. Por lo contrario, la violencia se usa cuando el poder o la autoridad que alguien ostenta se ve disminuido, dando paso a la tiranía. A diferencia de lo que pensaban Sorel y Benjamin, la violencia puede destruir el poder y este puede recurrir también a la violencia; pero entonces, lo que tenemos es la antipolítica.

En el segundo capítulo de la primera parte se hace una revisión de los autores de la sociología clásica para quienes la violencia se desenvuelve como un drama sin actores, en el que la estructura social y el orden normativo despliegan mecanismos funcionales para perdurar en el tiempo. El repaso empieza con Durkheim, quien ve la violencia como producto de un proceso de diferenciación de la estructura social y de la articulación de una compleja red de sentimientos y creencias colectivas. La violencia tendría lugar a partir de la configuración de situaciones que generan dolor y producen ira en la medida en que se atacan las creencias o los símbolos más sagrados de una colectividad.

Para Max Weber, la violencia es un medio específico de la política y su uso sólo puede regularse a través de dos tipos de ética: la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. La primera se orienta a la consecución de los fines buscados sin reparar en los medios y en las consecuencias, mientras que la segunda acota sus objetivos, ponderando los posibles resultados.

En términos generales, todo grupo político recurre a ambos tipos de ética, participando de las disputas por ejercer la dominación en la comunidad política de que se trate, ya sea un imperio o un Estado-nación. El grupo vencedor ejerce el dominio sobre un territorio y una comunidad a partir del monopolio sobre el ejercicio de la violencia física legítima. Lo importante en el caso de Weber es que considera que la comunidad política se funda en la presión destinada a amenazar y aniquilar la vida y la libertad de movimientos tanto de los extranjeros como de los partícipes y esto es lo que produce sus fundamentos emotivos permanentes, que pesan más que los lazos basados en la comunidad de cultura, de lengua o de origen. Este pathos de la comunidad fundada en el recuerdo político de las luchas políticas comunes a la vida y a la muerte, es lo que funda la conciencia de la nacionalidad.

A continuación, los autores reseñados se detienen en la concepción que de la violencia tenía Talcott Parsons quien prefirió usar el concepto de fuerza en lugar de violencia, concibiéndola como una forma más de interacción social, antes que como un instrumento. La fuerza es el recurso en el que descansa el poder en última instancia, de la misma manera en que el valor del dinero reside en las reservas de oro. En sentido estricto, la fuerza no es equivalente al poder, ya que este descansa

en el reconocimiento que tiene la autoridad a partir de una serie de valores compartidos. Cuando los fundamentos normativos y valorativos en los que se asienta el poder son cuestionados o entran en crisis y se pierde la confianza, tanto la autoridad como quienes se oponen a ella pueden recurrir a la fuerza, a través de mecanismos como la disuasión, el castigo o como demostración de que es posible obligar a alguien a actuar en el sentido establecido por las normas reconocidas como legítimas.

La segunda parte del libro aborda las teorías sociológicas contemporáneas sobre la violencia, centradas en el sujeto, la interacción y la interacción simbólica.

Para Michel Wiewiorka la violencia surge como producto de las condiciones en que se posiciona un sujeto, en la medida en que tiene que luchar contra los diferentes obstáculos que se le oponen o en la manera en que se reafirma en un campo conflictivo. El sujeto no aparece como producto de las condiciones sociales, sino, por lo contrario, como productor de ellas. Así, puede presentarse la violencia de un sujeto flotante, del hipersujeto, el no sujeto, el anti-sujeto y el sujeto sobreviviente. El sujeto flotante enfrenta dificultades para convertirse en actor y por ello reacciona violentamente, como ocurre en las revueltas urbanas o las luchas por los abusos policiales o la discriminación en el acceso a los servicios del Estado. El hipersujeto, en cambio, es alguien que está dotado de un exceso de sentido, como ocurre con quienes profesan una fe o una ideología y llevan al extremo sus convicciones, negando al Otro y suprimiendo cualquier espacio para la interacción a través de la violencia terrorista. El no-sujeto es alguien que actúa violentamente en función de un mandato que le es impuesto, como ocurre con los militares y burócratas, tal como sucedió con los soldados del ejército nazi. El anti-sujeto es aquel que desubjetiviza al otro, haciéndolo objeto de su crueldad, como ocurre con quienes, además de asesinar, torturan y humillan a sus víctimas. Finalmente, el sujeto sobreviviente es aquél que recurre a la violencia porque para conservar su vida no tiene otra alternativa.

Para Hans Joas, cuya teoría sociológica gira en torno de las capacidades creativas que tienen los actores, sobreponiéndose a los límites que pudieran imponer los órdenes normativos o estructurales, la violencia es producto de la canalización que hacen los actores cuando las capacidades creativas de otros entran en crisis. La creatividad de los sujetos, clasificada en: primaria (relacionada con el juego, la imaginación o la fantasía), secundaria (asociada con la capacidad de crear situaciones nuevas en la realidad a partir del conocimiento técnico) y la capacidad integral (que incluye las dos primeras), puede conducir a situaciones de violencia cuando la capacidad creativa secundaria entra en crisis, como por ejemplo, cuando se cuestionan los efectos del orden científico-técnico. Cuando este cuestionamiento no puede canalizarse a la esfera pública, surge la posibilidad de la violencia recurriendo a la capacidad primaria que puede traducirse en respuestas irracionales, o bien, en una capacidad creativa integral, creando nuevas propuestas de reconstrucción del orden social en condiciones situadas.

El repaso continua con la revisión de los planteamientos de Randall Collins, quien se ha propuesto explicar la violencia desde una perspectiva interaccionista, tratando de identificar la manera en que los acontecimientos violentos se desencadenan en las relaciones cara a cara, poniendo en juego un conjunto de expresiones corporales indicadoras de estados emocionales que pueden incluir la agresividad. Conjuntando las posiciones de Durkheim y Erving Goffmann, Collins analiza la violencia a partir de lo que denomina las cadenas de rituales de interacción, insistiendo al igual que Wiewiorka y Joas, en que no basta remitirse a las causas estructurales o los órdenes normativos para entenderla, sino que es necesario identificar lo que sucede en el escenario concreto donde ocurre. Al incrementarse las situaciones de desconfianza en las normas que regulan la convivencia cotidiana se generan campos de tensión y un miedo confrontacional, acelerando los impulsos emocionales que compelen a unos a actuar como victimarios y a otros como víctimas. Para ello, se requiere una sincronización de sus ritmos corporales, en los que se expresa el miedo y la tensión.

El recuento de las teorías de la violencia llega hasta el análisis que desarrolla Charles Tilly sobre las interacciones colectivas en las que la dramatización se ve acompañada de una racionalidad medios-fines en torno de eventos de política contenciosa como los movimientos revolucionarios, las rebeliones, las demostraciones o las huelgas, dependiendo del contexto sociohistórico y el régimen político el tipo de repertorios y performances que se pueden seguir en la confrontación entre demandantes y demandados.

Los actos de violencia colectiva que van desde las acciones oportunistas como los saqueos, las riñas colectivas entre bandas, los ataques dispersos o los rituales que implican linchamientos, ejecuciones, ceremonias de humillación, y otros, dependen del tipo de régimen político y los repertorios de violencia que este considere tolerables o intolerables.

Entre los cuatro autores señalados en esta segunda parte existe un debate acerca de los alcances y limitaciones de sus perspectivas teóricas sobre la violencia. Wiewiorka insistiendo en que el enfoque interaccionista de Collins no puede dar cuenta de lo que sucede antes y después de las interacciones violentas y Collins contradiciéndole al afirmar que, independientemente del tipo de sujeto que se constituya o se excluya, los actores de la violencia tienen que pasar por el proceso de aprender a poner en marcha los actos violentos, acompañándose de los otros, poniendo en juego sus tensiones y sus miedos, enfrentando las situaciones en el momento en que ocurren.

Los autores cierran el libro con una reflexión sobre las teorías de la violencia anteriormente enlistadas, pasándolas por el tamiz de la sociología cultural de Jeffrey Alexander. Los conceptos utilizados por cada uno de los autores, cual si fuesen luces de diferentes tonalidades, son sometidos a una luminosidad dominante para construir un escenario en el que la función principal la ocupa el sentido que se le asigna en la sociedad a las acciones violentas. El énfasis principal que ponen los autores reseñados al estudiar la violencia, se orienta al análisis de las tramas de significado que esta desencadena, así como de las performances que ponen en juego

los actores, configurando situaciones dramáticas de diferente sino. En palabras de los autores, se trata de entender la violencia, no a partir de causalidades estructurales o de los órdenes normativos, como procedían los sociólogos clásicos y la filosofía social de Sorel, Benjamín y Fanon, sino como un fenómeno que tiene un significado en sí mismo, quedando con ello más cerca de los autores contemporáneos como Wiewiorka, Joas, Collins y Tilly. Para Nelson Arteaga y Javier Arzuaga, las interacciones violentas son performances sujetas a interpretación abierta en la esfera civil por medio de sus instituciones comunicativas y de regulación.

Asumir esta postura trae como consecuencia, por supuesto, la necesidad de clarificar una orientación epistemológica y metodológica, ya que si el discurso sociológico que porta el investigador es uno más entre los múltiples que circulan en el espacio público, se tiene que hacer explícito desde que enfoque valorativo y político se hace el análisis, pues no se puede estar adentro y afuera al mismo tiempo. Pensar que a la hora de hacer el análisis, el discurso sociológico se mantiene en el mismo nivel que el de los actores, puede dar lugar a una ilusión igualmente perniciosa que aquella que pretende instalarse sin más, por encima de ellos. Jeffrey Alexander parece olvidar que la investigación sociológica implica una doble hermenéutica en la que se debe efectuar una traducción del lenguaje teórico al lenguaje del sentido común y viceversa. Aunque circulen en el mismo espacio, ambos juegos de lenguaje se rigen por reglas diferentes.

El libro de Nelson Arteaga y Javier Arzuaga es sin duda una referencia imprescindible en el debate sobre las teorías de la violencia y nos interpela para participar en un programa amplio de investigación que confronte esta perspectiva multidimensional con las múltiples modalidades de violencia que se manifiestan y los diferentes actores que en ello intervienen, así como las situaciones contextuales y estructurales que les caracterizan, incluyendo una perspectiva, para usar el lenguaje del pensamiento decolonial, heterárquica; es decir, donde los procesos de violencia se enmarcan tanto a escala macro como micro, poniendo en el escenario, diferentes constelaciones de poder.